



*Autorità Nazionale Anticorruzione*

**Nota illustrativa**

**Bando-tipo n. 1/2017**

**Schema di disciplinare di gara**

**Procedura aperta per l'affidamento di contratti pubblici di servizi e forniture nei settori ordinari sopra soglia comunitaria con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del miglior rapporto qualità prezzo**

## Sommario

Premessa.....	3
1. Il bando-tipo per i contratti di servizi e forniture: aspetti generali.....	4
2. La tassatività delle cause di esclusione e il soccorso istruttorio .....	5
3. Prescrizioni per la prevenzione dell'illegalità e della corruzione.....	7
4. Le premesse al Disciplinare- tipo .....	10
5. Documentazione di gara, chiarimenti e comunicazioni .....	10
6. Oggetto dell'appalto e suddivisione in lotti .....	11
7. Durata dell'appalto, importo a base di gara e opzioni.....	12
8. Soggetti ammessi alle gare in forma singola e associata e condizioni di partecipazione .....	14
9. Requisiti generali e cause di esclusione.....	15
10. Requisiti speciali e mezzi di prova.....	16
11. Avvalimento .....	19
12. Subappalto .....	20
13. Garanzia provvisoria .....	21
14. Sopralluogo.....	22
15. Pagamento in favore dell'Autorità .....	23
16. Modalità di presentazione dell'offerta e sottoscrizione dei documenti di gara.....	24
17. Contenuto della busta A -Documentazione amministrativa .....	26
18. Contenuto della busta B – offerta tecnico-organizzativa.....	30
19. Contenuto della busta C – offerta economica.....	31
20. Svolgimento operazioni di gara: apertura della busta A – Verifica documentazione amministrativa.....	31
21. Criterio di aggiudicazione.....	31
22. Commissione giudicatrice e operazioni di gara .....	34
23. Individuazione dell'anomalia e verifica di congruità delle offerte: procedimento ed esclusione dell'offerta anomala.....	35
24. Aggiudicazione dell'appalto e stipula del contratto .....	37
25. Clausola sociale e altre condizioni di partecipazione.....	37
26. Definizione delle controversie.....	39
27. Autorizzazione al trattamento dei dati personali. ....	39

## **Premessa**

Il D.lgs 18 aprile 2016, n. 50 (in seguito, Codice) dispone che “L’ANAC, attraverso linee guida, bandi-tipo, capitolati-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolazione flessibile, comunque denominati, garantisce la promozione dell’efficienza, della qualità dell’attività delle stazioni appaltanti” (art. 213, comma 2) e che «successivamente alla adozione da parte dell’ANAC di bandi tipo, i bandi di gara sono redatti in conformità agli stessi» (art. 71), precisando ulteriormente che “le stazioni appaltanti nella delibera a contrarre motivano espressamente in ordine alle deroghe al bando-tipo” (*ibidem*).

L’Autorità ha avviato un’attività di aggiornamento dei Bandi tipo già predisposti, e successivamente sospesi prima della pubblicazione a causa del recepimento delle Direttive 2014/23/UE e 2014/24/UE. Il lavoro di aggiornamento, iniziato sulla scorta del Codice approvato ha ricompreso le modifiche intervenute anche ad opera del D. lgs 19 aprile 2017, n. 56 (in seguito, Decreto correttivo o correttivo), che ha segnato il primo e, finora, unico intervento correttivo previsto fin dalla legge di delega.

Il presente lavoro – alla luce del nuovo Codice – adotta il Bando tipo generale servizi e forniture nei settori ordinari sopra soglia comunitaria con il criterio dell’offerta più vantaggiosa sulla base del miglior rapporto qualità prezzo, così perseguendo l’obiettivo di fornire alle stazioni appaltanti uno strumento a garanzia di efficienza, standard di qualità dell’azione amministrativa e omogeneità dei procedimenti (art. 213). Si tratta, invero, dello schema di Disciplinare di gara, che presenta aspetti di complessità maggiore rispetto al mero Bando di gara e, dunque, esigenze di orientamento e standardizzazione più avvertite dalle stazioni appaltanti. Il lavoro di redazione dello schema di Disciplinare avviene, infatti, all’esito della considerazione degli orientamenti più consolidati e aggiornati dell’opera interpretativa dell’Anac e del Consiglio di Stato, nonché dello scambio di informazioni e delle migliori pratiche constatate presso le amministrazioni aggiudicatrici.

La predisposizione del lavoro ha comportato la necessità di aggiornare aspetti, meramente formali, del precedente disciplinare tipo adottato dall’Anac e, soprattutto, ha richiesto l’adeguamento sostanziale ai nuovi istituti giuridici e alle loro interrelazioni (es. subappalto, responsabile unico del procedimento, criteri di aggiudicazione, soccorso istruttorio, compiti e funzioni della commissione giudicatrice, nuove modalità di verifica delle buste, etc.); nel rispetto del divieto di *gold plating*, non è stata trascurata, infine, l’attenzione ai principi e istituti più recenti in tema di trasparenza, prevenzione della corruzione e semplificazione.

Nella esatta definizione della disciplina afferente ad alcuni istituti, particolare attenzione è stata riservata alla sopravvenuta abrogazione del Regolamento, D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 e alla nuova disciplina introdotta con la modalità delle Linee guida. In tal senso, è stato dato rilievo alle Linee guida approvate, tra cui – in particolare – le Linee guida 21 settembre 2016, n. 2, recanti “*Offerta economicamente più vantaggiosa*”, le Linee Guida 26 ottobre 2016, n. 3, recanti “*Nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento di appalti e concessioni*” e le Linee guida 16 novembre 2016, n. 5, recanti “*Criteri di scelta dei commissari di gara e di iscrizione degli esperti nell’albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici*”, avendo cura di segnalare – ove possibile – le parti in corso o in previsione di aggiornamento. Analoga attenzione è stata dedicata alle indicazioni fornite dal Consiglio di Stato con il Parere reso dall’Adunanza della Commissione speciale sullo schema di codice dei contratti pubblici (Cons. Stato, Comm. Spec., 1 aprile 2016, n. 855), nonché al parere sul Decreto correttivo del codice

(Cons. St., comm. spec., 30 marzo 2017, n. 782) e a tutti i pareri, resi in ordine alle singole Linee guida adottate dall'Anac.

Il Disciplinare prende in considerazione la sola procedura aperta di cui all'art. 60 del Codice, con applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità prezzo, di cui all'art. 95, comma 2, Codice. Tale scelta si impone per evidenti ragioni di semplificazione, di ricorrenza tipologica e per rispondere a esigenze di utilità pratica per le stazioni appaltanti. Il criterio prescelto appare, invero, di particolare significato anche per il legislatore comunitario al fine di contemperare i fattori qualitativi accanto agli aspetti meramente economici (*cf.* artt. 67 e 68 della direttiva 2014/24/UE).

Nel caso in cui la Stazione appaltante voglia prevedere un Bando che prevede l'aggiudicazione con il criterio del prezzo più basso, il Disciplinare può essere opportunamente adattato e utilizzato nella misura di quanto compatibile. Il Disciplinare in parola non è vincolante per gli enti aggiudicatori che operano nei settori speciali. Tuttavia, si invitano gli stessi ad utilizzare le parti dello schema proposto, in quanto compatibili con la disciplina dei suddetti settori, al fine di ottenere una maggiore standardizzazione dei bandi di gara.

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 di esclusione, tenendo conto delle disposizioni in materia di regolarizzazione documentale introdotte dal Codice.

La relazione AIR, che seguirà la fase di consultazione, conterrà un'esplicitazione delle ragioni delle scelte effettuate e dei motivi per cui non si è dato seguito ad alcuni dei suggerimenti pervenuti in fase di consultazione.

### ***1. Il bando-tipo per i contratti di servizi e forniture: aspetti generali***

Le norme del Disciplinare-tipo sono vincolanti per le stazioni appaltanti redigenti, fatte salve le parti appositamente indicate come "*facoltative*", per le quali è espressamente consentita dal modello stesso una flessibilità applicativa. Il modello proposto applica infatti disposizioni che – secondo la normativa vigente – devono essere obbligatoriamente presenti nella documentazione di gara, le quali rappresentano il contenuto necessario del disciplinare-tipo, ai sensi dell'art. 71 del Codice e del relativo Allegato XII. Nei limitati casi in cui le stazioni appaltanti lo ritengano necessario, sono consentite eventuali deroghe alle disposizioni obbligatorie, purché non in contrasto con le norme di legge e purché adeguatamente sostenute da espressa motivazione nella delibera a contrarre (art. 71 ult. per., Codice).

Le prescrizioni indicate nel Disciplinare come facoltative e/o alternative corrispondono alle diverse opzioni legittimamente ammesse dalla normativa: 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, una volta che la stazione appaltante abbia optato per una soluzione, tali prescrizioni 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 contiene gli elementi fondamentali della procedura di affidamento che le stazioni appaltanti sono tenute ad inserire nella documentazione di gara ed è tendenzialmente esaustivo di tutte le possibili

fattispecie che in concreto possono verificarsi. Si evidenzia, tuttavia, che per aspetti procedurali, quali, ad esempio, quelli connessi alle gare gestite con sistemi telematici, si dovrà integrare il disciplinare di gara con le norme sulla procedura e le altre indicazioni dettate dal Codice. In particolare, per le gare telematiche si suggerisce l'adozione da parte delle stazioni appaltanti di appositi regolamenti interni di disciplina che possono essere richiamati nel bando. Similmente, in attesa dell'approvazione di specifici bandi per tipologia di gara, opportune integrazioni dovranno essere apportate per l'affidamento di contratti in taluni settori come quello dei servizi attinenti all'ingegneria ed architettura per il quale il Codice e le Linee guida 14 settembre 2016, n. 1 contengono norme specifiche in relazione ai requisiti di partecipazione. Per le procedure indette dalle centrali di committenza il modello predisposto potrà essere utilizzato nei limiti di compatibilità con le specificità dell'oggetto delle diverse tipologie di appalto.

Si precisa, ancora, che nel caso di sopravvenute modifiche o integrazioni normative che dovessero incidere su talune clausole del presente Disciplinare- tipo, le stesse dovranno intendersi sostituite dalle nuove disposizioni nelle more dell'aggiornamento del Disciplinare medesimo. In tal caso, non è richiesta la motivazione nella determina a contrarre per la eventuale deroga. L'Autorità integrerà il bando-tipo, per tener conto di dette modifiche, con annotazioni e aggiornamenti inseriti nel proprio sito web nella pagina relativa al bando-tipo.

Come ogni atto di regolazione, il Disciplinare- tipo sarà sottoposto a verifica di impatto che sarà condotta dopo 12 mesi dalla data di pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale. Si invitano, in ogni caso, le stazioni appaltanti e gli operatori economici a segnalare eventuali problemi e criticità che si dovessero verificare nell'utilizzo del bando-tipo inviando un'apposita comunicazione all'indirizzo mail: [vir@anticorruzione.it](mailto:vir@anticorruzione.it). L'Autorità terrà conto di tali segnalazioni per l'aggiornamento del bando-tipo o per eventuali integrazioni che riterrà necessarie nella fase di vigenza dello stesso.

La presente Nota illustrativa accompagna il Disciplinare seguendo l'ordine dell'articolato. Nondimeno, sono rassegnati con separata evidenza i temi del soccorso istruttorio, da un lato, e le disposizioni a tutela della legalità e prevenzione della corruzione, dall'altro. Di tali elementi, contenuti in disposizioni plurime del Codice, si dà conto nei paragrafi che seguono.

## ***2. La tassatività delle cause di esclusione e il soccorso istruttorio***

Il presente Disciplinare contempla precise e tassative cause di esclusione sulla base di quanto previsto dal Codice e dalle leggi vigenti, anche in considerazione dell'elaborazione giurisprudenziale intervenuta nel tempo, ed evidenzia le stesse utilizzando l'espressa formula “*a pena di esclusione*”. L'inserimento nel Disciplinare di gara di ulteriori cause di esclusione rispetto a quelle previste dal Codice e dalle leggi vigenti è sanzionato dal Codice con la nullità della clausola stessa, senza che sia inficiato l'intero atto (art. 83, comma 8, ult. per.). La norma da ultimo richiamata prevede, infatti, che “*I bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal presente codice e da altre disposizioni di legge vigenti. Dette prescrizioni sono comunque nulle*”. Le Stazioni appaltanti, pertanto, avranno cura di non incorrere nella previsione di cause nulle. Rispetto al quadro normativo previgente – in cui si citavano espressamente il *mancato adempimento alle prescrizioni previste dal codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti*, l'*incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta* il *difetto di sottoscrizione* o di *altri elementi essenziali*, la *non integrità o irregolarità del plico* e quindi la *violazione del principio di segretezza delle offerte* (art. 46, comma 1-bis e richiamate dall'art. 38, comma 2-bis, D.lgs 163/2006) – sono

rivenibili nel nuovo Codice solo il mancato adempimento alle prescrizioni del Codice e delle leggi (art. 83, comma 8) e le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa (art. 83, comma 9, ultimo periodo). Ciononostante è da ritenere che anche le altre ipotesi non più espressamente menzionate possano essere legittimamente contemplate in forza dei principi generali che informano la materia dell'evidenza pubblica e segnatamente dei principi di parità di trattamento, segretezza delle offerte e perentorietà del termine di presentazione delle medesime.

In tale contesto normativo si colloca l'istituto del soccorso istruttorio e in esso trova i limiti di operatività. L'istituto, infatti, è volto ad evitare che irregolarità e inadempimenti meramente estrinseci possano pregiudicare gli operatori economici più meritevoli, anche nell'interesse del seggio di gara, che potrebbe perdere l'opportunità di selezionare il concorrente migliore, per vizi procedurali facilmente emendabili. La versione attuale dell'istituto recepisce la disciplina originaria introdotta per la prima volta nel D.lgs 163/2006 dal d.l. 24 giugno 2014, n. 90, opportunamente depurata di alcune ipotesi e dei caratteri di onerosità che avevano sollevato perplessità e problematiche interpretative e operative nella vigenza della previgente disciplina. L'istituto stesso, più volte modificato, conferma l'utilità di uno strumento in cui trovano un delicato bilanciamento i contrapposti interessi del *favor participationis* e della *par condicio* tra i concorrenti e, al contempo, la complessità strutturale di un istituto che ha conseguenze esiziali per il concorrente e, pertanto, oggetto di contestazioni. La nuova disciplina del soccorso istruttorio conferma, nondimeno, la *ratio* di fondo volta a evitare esclusioni per carenze meramente formali, che non corrispondano ad interessi sostanziali connessi ai principi e alle regole che presiedono al corretto svolgimento delle procedure di gara.

Nell'intento di fornire una guida quanto più possibile esente da incertezze, il Disciplinare promuove una identificazione chiara ed evidente delle clausole escludenti e della relativa sanabilità, alla luce del soccorso istruttorio, fermo restando che le circostanze del caso concreto potrebbero comportare una diversa declinazione delle fattispecie e dei rimedi connessi alle diverse carenze, irregolarità e omissioni. Con riferimento al contenuto delle Buste A), B) e C) sono contrassegnati con il simbolo “▶” le carenze non sanabili e con il simbolo “■” le carenze sanabili.

L'attuale art. 83, comma 9, del Codice dispone che le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio. Tale procedura potrà essere attivata in caso di mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del Documento di Gara Unico Europeo (in seguito, anche DGUE), con **esclusione** di quelle afferenti all'**offerta economica** e all'**offerta tecnica**. Costituiscono irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa.

Da una lettura complessiva e sistematica della norma emerge che, mentre la prima parte prevede che siano oggetto del soccorso istruttorio le carenze di elementi formali della domanda, del DGUE e delle dichiarazioni allegate, il secondo capoverso del richiamato comma 9, contempla espressamente anche la **mancanza**, oltre che l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale, sia degli **elementi** sia del DGUE, con l'unica esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica.

Dal tenore letterale della norma, interpretata alla luce della *ratio* dell'istituto – vale a dire evitare esclusioni per carenze non corrispondenti a interessi sostanziali –, si ritiene che l'espressione “**elementi**”, giustapposta al separato richiamo del DGUE, sia da intendere onnicomprensiva e quindi

inclusiva anche di tutti quegli **elementi a corredo della domanda di partecipazione**, che, entro alcuni limiti e, soprattutto, nel rispetto del principio di parità di trattamento, segretezza delle offerte e perentorietà del termine di presentazione delle medesime, potranno anch'essi essere sanati. L'irregolarità essenziale, pertanto, è sanabile laddove non si accompagni ad una carenza sostanziale del **requisito**<sup>1</sup>, della **condizione**<sup>2</sup>, o dell'**elemento a corredo**<sup>3</sup> alla cui dimostrazione la documentazione omessa o irregolarmente prodotta era finalizzata; e la successiva correzione o integrazione documentale è ammessa laddove consenta di attestare l'esistenza di circostanze preesistenti. Il mancato possesso dei prescritti requisiti (condizioni o elementi) non è, infatti, mai sanabile mediante soccorso istruttorio e determina l'esclusione dalla procedura di gara (cfr. Cons. Stato, 2 marzo 2017, n. 975).

Sotto il profilo procedimentale, al fine di regolarizzare, la Stazione appaltante assegna al concorrente un termine non superiore a dieci giorni affinché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicando il contenuto e i soggetti che le devono rendere. In caso di inutile decorso del termine assegnato, il concorrente è escluso dalla gara. Sebbene la norma non individui un termine minimo per l'integrazione/regolarizzazione da parte del concorrente, si evidenzia l'opportunità che il termine assegnato, comunque non superiore a dieci giorni, sia congruo in riferimento all'oggetto della sanatoria.

### ***3. Prescrizioni per la prevenzione dell'illegalità e della corruzione***

Nel Disciplinare si ravvisano una serie di disposizioni funzionali ad aumentare il livello di trasparenza delle procedure e a prevenire fenomeni di illegalità e corruzione negli appalti pubblici. Il testo recepisce, infatti, tutte le principali istanze normative, così come gli sviluppi in via amministrativa degli indirizzi forniti dall'Autorità in detta materia. In questo senso, sono contemplati: i protocolli di legalità, le misure di incompatibilità per i dipendenti dopo la cessazione del rapporto di pubblico impiego, i controlli antimafia prima della stipula del contratto, l'istituto del *rating di legalità*, l'utilizzo delle *white list* e la *black list*.

Il Disciplinare prevede la possibilità di integrare protocolli di legalità, mediante apposita dichiarazione di accettazione, ove questi siano vigenti per il settore o per il territorio, posto che il mancato rispetto delle clausole contenute negli stessi costituisce causa di esclusione dalla gara ai sensi dell'art. 1, comma 17, della l. 6 novembre 2012, n. 190. A tal riguardo, si rammenta che, per i protocolli di "*nuova generazione*" è

---

<sup>1</sup> L'omessa allegazione delle dichiarazioni dell'ausiliaria, per es., in presenza della dichiarazione di avvalimento dell'ausiliata nel DGUE, è sanabile, diversamente dalla mancata dichiarazione di avvalimento (e di qualsiasi altro elemento da cui si possa presumere la volontà di ricorrervi), laddove in suo difetto il concorrente non abbia il requisito speciale per accedere alla gara.

In tal caso, infatti, ammettere la sanatoria dell'intera carenza documentale in tema di avvalimento equivarrebbe ad acconsentire la sanabilità di un requisito di partecipazione che deve essere inderogabilmente posseduto al momento della presentazione dell'offerta.

<sup>2</sup> L'omessa dichiarazione di presa visione dei luoghi, laddove la condizione di aver preso visione sia stata rispettata, sarà sanabile mediante soccorso istruttorio.

<sup>3</sup> La mancata allegazione della garanzia fideiussoria di cui all'art. 93 del Codice, per es., laddove la stessa, sia stata predisposta entro il termine di scadenza di presentazione dell'offerta e la circostanza risulti da data certa, sarà ammissibile l'allegazione tardiva della polizza mediante ricorso al soccorso istruttorio. In ogni caso saranno sanabili mediante il medesimo istituto le carenze o irregolarità (es. di data e importo) della polizza allegata.

prevista la possibilità di introdurre la clausola risolutiva espressa di cui all'art. 1456 del c.c., connessa ad alcune tipologie di reati, secondo lo schema-tipo di cui all'allegato C delle *“Prime linee guida per l'avvio di un circuito collaborativo tra ANAC-Prefetture-UTG ed enti locali per la prevenzione dei fenomeni di corruzione e l'attuazione della trasparenza amministrativa”* (cfr. protocollo A.N.AC. - Ministero dell'interno del 15 luglio 2014).

In secondo luogo, il Disciplinare recepisce la causa di esclusione nei confronti degli operatori economici che trattino con la pubblica amministrazione in violazione del divieto di cui all'art. art. 53, comma 16-ter, del d.lgs. del 2001, n. 165, secondo cui *“(i) dipendenti che, negli ultimi tre anni di servizio, hanno esercitato poteri autoritativi o negoziali per conto delle pubbliche amministrazioni (...) 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”*. La citata causa di esclusione è attualmente prevista nella dichiarazione presente nel DGUE, parte III, punto D.7.

In terzo luogo, è posta a presidio della legalità la subordinazione della stipula del contratto al positivo esito delle procedure previste dalla normativa vigente in materia di lotta alla mafia e al controllo del possesso dei requisiti prescritti, fatto salvo quanto previsto dall'art. 88 comma 4-bis e 89 e dall'art. 92 comma 3 del d.lgs. 6 settembre 2011 n. 159.

In quarto luogo, è stata introdotta nello schema di disciplinare di gara (v. punto 18.1) la possibilità, per la stazione appaltante, di prevedere l'attribuzione di un punteggio aggiuntivo in favore dei concorrenti in possesso del *rating di legalità*. A tal fine è richiesta, nell'offerta tecnica, la presentazione di una dichiarazione sostitutiva attestante il possesso del *rating* medesimo, fermo restando che la stazione appaltante verificherà la veridicità e sostanza della dichiarazione mediante accesso all'elenco degli operatori in possesso del *rating di legalità* pubblicato sul sito dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e che gli operatori economici stranieri devono essere messi in condizione di fornire certificazioni equivalenti rilasciate da altri organismi o autorità pubbliche.

Appare, in tal senso, superabile l'orientamento che impediva rigidamente la confusione tra criteri soggettivi di prequalificazione e criteri di valutazione dell'offerta (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 3 ottobre 2012, n. 5197; T.A.R. Liguria-Genova, Sez. II, 5 gennaio 2015, n. 2; T.A.R. Toscana-Firenze, Sez. II, 29 gennaio 2009, n. 151; Anac, Determinazione 10 ottobre 2012, n. 7). Il citato orientamento afferma che tale principio, infatti, può essere attenuato consentendo alle stazioni appaltanti di prevedere, nel bando di gara, anche elementi di valutazione dell'offerta tecnica di tipo “soggettivo”, quando questi concernono aspetti organizzativi che si sostanziano in indici d'affidabilità e serietà dell'offerta in termini di logica presumibilità di una migliore esecuzione della prestazione richiesta, purché lo specifico punteggio assegnato al requisito soggettivo non incida in maniera rilevante sulla determinazione del punteggio complessivo. Dette condizioni si verificano con maggior forza negli appalti aventi ad oggetto prestazioni di servizi in quanto l'offerta si sostanzia in un *facere* e, pertanto, questa può essere valutata anche sotto il profilo dell'organizzazione dell'impresa. Pertanto, le stazioni appaltanti potranno attribuire un punteggio ulteriore ai concorrenti in possesso del *rating di legalità*, dal momento che il possesso del requisito in argomento può incidere sulla qualità dell'offerta e sull'affidabilità dell'impresa, riverberandosi in modo specifico sull'attività che dovrà essere svolta; e dovranno, tuttavia, prevedere l'assegnazione di un punteggio contenuto, nel rispetto del principio di proporzionalità.

L'attribuzione di un punteggio ulteriore al concorrente che sia in possesso del *rating di legalità*, potrebbe giustificarsi, quindi, in considerazione del fatto che il *rating* è rilasciato in presenza di requisiti che attengono in modo specifico all'organizzazione aziendale o derivano direttamente dall'adozione di prassi operative improntate alla legalità, alla moralità ed alla correttezza e, quindi, si rivelano astrattamente idonei ad incidere sulle modalità esecutive della specifica prestazione. Si pensi, in via esemplificativa, ai requisiti attinenti all'assenza di provvedimenti di condanna per illeciti antitrust gravi, per violazioni del codice del consumo o per mancato rispetto delle norme a tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro, all'assenza di annotazioni pregiudizievoli nel casellario informatico delle imprese, oppure ai requisiti "ulteriori" riferiti all'adozione "di una funzione o struttura organizzativa che effettui il controllo di conformità delle attività aziendali a disposizioni normative applicabili all'impresa" o di "un modello organizzativo ai sensi del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231", oppure "di processi volti a garantire forme di *Corporate Social Responsibility*".

Si rammenta che il *rating di legalità*, rilasciato ai sensi dell'art. 5-ter decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1 dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato, può essere richiesto alle imprese operanti in Italia, iscritte al registro delle imprese da almeno due anni e con un fatturato minimo di almeno due milioni di euro. Pertanto, tale criterio potrà essere introdotto esclusivamente per gli appalti per i quali il fatturato minimo di partecipazione, anche per gli operatori concorrenti con identità plurisoggettiva, sia superiore a tale soglia. Inoltre, esso potrà essere rilasciato soltanto agli operatori economici iscritti da almeno due anni al Registro delle Imprese: in tal senso, potranno beneficiare dell'attribuzione dello stesso, oltre che le imprese aventi sede legale in Italia, anche le società estere aventi in Italia una sede secondaria caratterizzata dalla stabile presenza di una persona fisica munita di rappresentanza nei confronti di terzi, ai sensi dell'articolo 2508 del codice civile, ai gruppi europei di interesse economico di cui al decreto legislativo 23 luglio 1991, n. 240 e alle società che sono assoggettate alla legge italiana ai sensi dell'articolo 25 della legge 31 maggio 1995, n. 218. Per le imprese che non rientrano in tali categorie, la stazione appaltante dovrà prevedere, nel Disciplinare, la possibilità di comprovare con mezzi equivalenti il possesso dei requisiti che avrebbero consentito l'attribuzione del *rating*, al fine di riconoscere, anche in tali ipotesi, l'attribuzione del punteggio ulteriore.

In ultimo luogo, nell'ipotesi di servizi o forniture rientranti in una delle attività a maggior rischio di infiltrazione mafiosa di cui al comma 53, dell'art. 1, della legge 6 novembre 2012, n. 190, è stata prevista la necessità di richiedere, a pena di esclusione dalla gara, l'iscrizione del concorrente nell'elenco dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori non soggetti a tentativo di infiltrazione mafiosa (c.d. *white list*) istituito presso la Prefettura della provincia in cui l'operatore economico ha la propria sede, oppure, in ossequio a quanto previsto nella circolare del Ministero dell'interno n. N. 110011119/20(8), del 23 marzo 2016, l'intervenuta presentazione della domanda di iscrizione. Secondo la richiamata circolare, infatti, "allorché l'impresa che ha presentato domanda di iscrizione nelle *white list* sia interessata ad accedere ad un contratto o ad un subcontratto che si inserisce nel piano di realizzazione di un'opera pubblica, e non abbia ancora conseguito l'iscrizione in *white list*, si pone l'esigenza di evitare che la mancata conclusione della procedura di iscrizione finisca per determinare un pregiudizio patrimoniale all'impresa, per causa ad essa non imputabile, derivante dalla impossibilità di pervenire alla conclusione del contratto. In siffatti casi, la stazione appaltante, dopo aver soddisfatto l'obbligo di consultare le *white list*, in tal modo accertandosi che l'impresa abbia già assolto l'onere di richiedere l'iscrizione, potrà dare avvio all'iter contrattuale ricorrendo alla Banca Dati Nazionale Unica della Documentazione Antimafia. In altri termini, la stazione appaltante consulterà la Banca Dati Nazionale Unica della Documentazione Antimafia immettendo i dati relativi all'impresa, come in ogni altra situazione di ordinaria consultazione di tale piattaforma finalizzata al rilascio della documentazione antimafia".

#### **4. Le premesse al Disciplinare- tipo**

Le “*Premesse*” al Bando Tipo sono preordinate a fornire le informazioni generali sull'appalto: denominazione della stazione appaltante che bandisce la gara, procedura adottata, *etc.* 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. E' stata prevista, altresì, la possibilità di richiedere l'indicazione del Codice Unico di Progetto (CUP), non potendosi escludere l'applicabilità a taluni affidamenti di servizi di investimento pubblico. Tale codice accompagna ciascun progetto a partire dalla fase formale di assegnazione delle risorse ed è costituito da una stringa alfanumerica di 15 caratteri.

Parimenti, il paragrafo potrà essere utilizzato per riportare la motivazione, già contenuta nella determina a contrarre, della richiesta di un determinato fatturato che costituisce una condizione di legittimità della previsione del requisito (art. 83, comma 5) o per indicare le motivazioni circa la mancata suddivisione dell'appalto in lotti ovvero delle deroghe al Disciplinare- tipo (art. 51, comma 1).

#### **5. Documentazione di gara, chiarimenti e comunicazioni**

Tutta la documentazione di gara elencata al punto 2 del disciplinare deve essere messa a disposizione degli operatori economici sul profilo del committente. Il dato normativo di riferimento andava in precedenza rinvenuto nell'art. 32 della l. 18 giugno 2009, n. 69 e nel 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. Attualmente invece, il Codice dà atto di tale possibilità all'art. 73, comma 4, penultimo periodo e nell'allegato V, punto 2, lett. a). 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.

Le stazioni appaltanti devono prevedere e disciplinare le modalità e i termini per la sottoposizione di richieste di chiarimenti. Si specifica che i chiarimenti forniti dalla stazione appaltante rivestono una funzione meramente esplicativa delle disposizioni contenute nel disciplinare di gara e, pertanto, non hanno capacità innovativa. Come più volte precisato dalla giurisprudenza amministrativa, nelle gare d'appalto le uniche fonti delle regole di gara sono costituite dal bando, dal capitolato e dal disciplinare con i relativi allegati. I chiarimenti auto- interpretativi della stazione appaltante non possono mai modificare le regole di gara, né possono integrarle, poiché le predette fonti devono essere interpretate e applicate per quello che esse oggettivamente prescrivono, senza che possano acquisire rilevanza atti interpretativi postumi forniti dalla stazione appaltante (cfr. Cons. Stato Sez. V, 23 settembre 2015, n. 4441, Cons. Stato Sez. V, 31 ottobre 2012, n. 5570).

Ai sensi dell'art. 76, comma 6, del Codice le comunicazioni di cui al comma 5 (aggiudicazione, esclusione, decisione di non aggiudicare e stipula del contratto) sono fatte mediante posta elettronica certificata o strumento analogo negli altri Stati membri, pertanto le stazioni appaltanti devono

prevedere nei bandi o nelle lettere di invito l'obbligo per i candidati o concorrenti di indicare un indirizzo di posta elettronica certificata per le eventuali comunicazioni.

Attenzione, inoltre, è stata posta sul tema della progettazione del servizio/fornitura, pertanto il progetto, di cui all'art. 23, commi 14 e 15, del Codice, è annoverato espressamente tra i documenti di gara omnicomprensivo di tutti i documenti che regolano l'esecuzione del servizio/fornitura (capitolato speciale, schema di contratto...). Come ormai acquisito dal Codice, 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, è uno strumento indispensabile per il corretto dispiegamento della concorrenza nelle gare d'appalto e per il controllo sulla fase esecutiva.

## **6. Oggetto dell'appalto e suddivisione in lotti**

L'oggetto dell'appalto deve necessariamente essere specificato mediante indicazione del *Common Procurement Vocabulary* (in seguito, CPV), che dovrà essere dettagliato e quanto più prossimo al servizio/fornitura da affidare. Nel caso di appalto di servizi, la Stazione appaltante avrà inoltre cura di specificare con esattezza le eventuali prestazioni di carattere principale e secondario. Tale scomposizione rileva, come noto, anche ai fini della costituzione di eventuali raggruppamenti temporanei di tipo verticale o misto.

In tema di importo ed oggetto dell'appalto, al fine di agevolare l'utilizzo del modello di Disciplinare, sono state introdotte specifiche clausole per l'ipotesi di suddivisione dell'oggetto dell'appalto in lotti funzionali. Al riguardo, si richiama l'obbligo delle stazioni appaltanti, ove possibile ed economicamente conveniente, di suddividere gli appalti in lotti funzionali. Tale suddivisione è finalizzata a favorire l'accesso al mercato dei contratti pubblici delle micro, piccole e medie imprese e deve avvenire nel rispetto della disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici (art. 51, Codice). A titolo esemplificativo, l'opportunità di tale suddivisione potrebbe essere valutata nel caso in cui il servizio debba essere svolto – o le forniture debbano essere consegnate – 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. La suddivisione in lotti può essere prevista anche nell'ipotesi di servizi o forniture tra loro eterogenei, quando la stazione appaltante ne ravvisi l'opportunità e a condizione che la stessa assicuri il necessario coordinamento delle prestazioni per il tramite del responsabile del contratto .

Si noti che la possibilità di suddividere in lotti funzionali può essere accompagnata da ulteriori misure volte a promuovere la partecipazione delle imprese di minori dimensioni, a favorire lo sviluppo della concorrenza e a contenere i rischi di gestione dei contratti. In presenza di un numero molto elevato di lotti, ad esempio individuati su base geografica, può essere utile valutare l'opportunità di porre un limite al numero di lotti assegnabili ad uno stesso concorrente. Tale limite - se ben calibrato tenendo opportunamente conto del numero, della natura e della dimensione dei lotti, nonché dei potenziali concorrenti per ciascun lotto - può favorire lo sviluppo della concorrenza, incoraggiando la partecipazione di imprese medio- piccole e più giovani che avrebbero ridotte possibilità di ottenere l'assegnazione dell'intero appalto e, presumibilmente, sarebbero disposte a presentare offerte più vantaggiose rispetto ai partecipanti più grandi/esperti. L'utilizzo di questo strumento è strettamente connesso ad una profonda conoscenza del mercato con particolare riferimento alle concrete possibilità

di aumento della partecipazione ed alla consapevolezza che qualora il limite sia “*stringente*”, ovvero vi siano effettivamente dei concorrenti che risultino vincitori di un numero di lotti il cui valore è superiore alla loro capacità economica, la stazione appaltante dovrà riassegnare i lotti in “*eccesso*” al concorrente che segue in graduatoria e quindi a condizioni meno vantaggiose. In tali casi si pone, per la stazione appaltante, il problema di quali lotti assegnare a ciascun concorrente risultato primo in graduatoria su un numero di lotti superiore alla propria capacità. La stazione appaltante, in sostanza, dovrà stabilire preventivamente, già nel bando di gara, il criterio di assegnazione dei lotti secondo i criteri (esemplificativi) indicati nel disciplinare o altri che siano chiaramente previsti e descritti che dovessero risultare in eccesso.

Nello schema di disciplinare è stata inserita, pertanto, in ossequio alla disciplina nazionale e comunitaria, la possibilità di prevedere la limitazione della partecipazione a e/o aggiudicazione di un numero massimo di lotti. È stata, altresì, inserita la clausola facoltativa riferita alla possibilità di associare più lotti al medesimo offerente.

In considerazione degli effetti restrittivi derivanti da siffatte previsioni, si ritiene che le stazioni appaltanti debbano valutare, caso per caso, all’esito dell’esame del mercato di riferimento e dell’oggetto dell’affidamento, l’opportunità di inserire tali limitazioni, ponderando i possibili effetti pro-concorrenziali e/o l’esigenza di garantire l’affidabilità dell’approvvigionamento, con la concorrente esigenza di affidare i contratti oggetto dei diversi lotti al miglior prezzo possibile.

Si ritiene, invece, che - in relazione alla specifica gara per la quale sia previsto l’utilizzo di formule di aggiudicazione interdipendenti e a valle dell’esame del mercato di riferimento, laddove emerga il rischio di fenomeni distorsivi della concorrenza - la stazione appaltante potrà inserire la clausola che limita la partecipazione ai lotti per i quali si possiede la complessiva capacità esecutiva.

### ***7. Durata dell'appalto, importo a base di gara e opzioni.***

La Stazione appaltante cura le informazioni generali sull’importo dell’appalto, la durata, comprensiva di eventuali proroghe, opzioni di revisione dei prezzi, prestazioni straordinarie, affidamento dei servizi analoghi, rinnovi, da compilarli in base alle proprie specifiche esigenze.

L’importo posto a base di gara per i servizi/forniture oggetto d’appalto deve essere calcolato per tutta la durata contrattuale, al netto dell’IVA e degli oneri di sicurezza non soggetti al ribasso. I costi della manodopera, pur rientrando nell’importo complessivo dell’appalto e come tali soggetti a ribasso, dovranno essere individuati separatamente (art. 23, comma 16, ult. per., Codice). Nei documenti contrattuali, la stazione appaltante potrà, in caso di appalto di servizi o di forniture periodiche, specificare la periodicità dei pagamenti/canoni.

In presenza dei prezzi di riferimento per servizi e forniture elaborati dall’Anac in taluni settori, così come previsto dall’art. 9, comma 7, del d.l. 24 aprile 2014 n. 66, si richiama l’obbligo delle stazioni appaltanti di tener conto di tali prezzi, per la programmazione dell’attività contrattuale della pubblica amministrazione. In questo senso è altresì opportuno che la stazione appaltante tenga conto degli stessi nei documenti di gara, come ad es nel settore sanitario ai sensi dell’art. 17, d.l. 6 luglio 2011 n. 98.

Tali prezzi costituiscono prezzo massimo di aggiudicazione, anche per le procedure di gara aggiudicate con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa (art. 9, d.l. n. 66/2014) e i contratti stipulati in violazione di tale prezzo massimo sono nulli, pertanto ove pubblicati la stazione appaltante dovrà

tenerli in considerazione, nell'importo vigente alla data di pubblicazione del Bando, ai fini della determinazione dell'importo a base di gara. Gli enti non soggetti agli obblighi di cui al richiamato art. 9 del d.l. n. 66/2014 potranno comunque considerare i prezzi di riferimento come utile parametro nella determinazione dell'importo a base di gara.

Secondo un'interpretazione strettamente letterale della norma sembrerebbe che il rispetto del prezzo di riferimento sia condizione indispensabile per l'aggiudicazione del contratto e non per l'ammissibilità dell'offerta economica. Tuttavia, si ritiene che detta opzione ermeneutica comporterebbe l'inaffidabile conseguenza che – ad esempio, nei casi in cui il criterio di aggiudicazione preveda l'utilizzo di formule interdipendenti, per mezzo delle quali la valutazione di ciascuna offerta dipende dalla valutazione delle restanti – il concorrente che ha presentato un'offerta economica superiore al prezzo di riferimento finirebbe per condizionare la procedura di valutazione pur non potendo mai risultare aggiudicatario. Oppure potrebbe verificarsi il caso in cui, dato il prezzo a base d'asta superiore ai prezzi di riferimento, laddove in gara non venissero offerti ribassi tali da ricondurre il prezzo offerto dall'aggiudicatario, quanto meno, allo stesso importo dei prezzi di riferimento, si addirebbe all'impossibilità di aggiudicazione dell'appalto con evidente dispendio di risorse economiche, e non solo, per la gestione di una procedura di fatto, inutilmente espletata. Per tali ragioni, si è ritenuto di aderire ad un'interpretazione logico-sistematica della disposizione in esame prevedendo espressamente l'inaffidabilità dell'offerta economica che presenti un prezzo superiore a quello di riferimento. Al fine di agevolare l'attività di verifica delle stazioni appaltanti è stato, altresì, previsto che l'operatore economico indichi nel modello di offerta economica il prezzo di riferimento utilizzato e le relative modalità di calcolo.

Si ritiene opportuno evidenziare che dal momento che i prezzi di riferimento sono elaborati alle condizioni di maggiore efficienza di beni e di servizi, è possibile che in caso di utilizzo degli stessi per la determinazione dell'importo a base di gara, i ribassi offerti dai concorrenti non avranno significativi scostamenti sia rispetto al prezzo posto a base di gara che rispetto alle offerte presentate da ciascun concorrente. Pertanto, in tali casi le stazioni appaltanti potrebbero valutare l'opportunità di diminuire l'importanza dell'elemento prezzo attraverso, ad esempio, la riduzione del peso della componente economica o utilizzando un criterio diverso da quello aggregativo-compensatore.

Con riguardo alla flessibilità del contratto, si osserva che, tra le parti facoltative, è prevista, la possibilità di ricorrere alla c.d. "*ripetizione di servizi analoghi*" (art. 63, comma 5, Codice). Tale facoltà potrà essere esercitata, mediante attivazione di una procedura negoziata ai sensi dell'art. 63, comma 5, con un congruo preavviso, prima della scadenza del termine originario. L'esercizio di tale facoltà postula infatti che il contratto originario non sia ancora scaduto, disciplinando la norma in esame il caso di affidamenti paralleli e non in sequenza tra di loro. Ciò è reso evidente dal termine entro il quale i servizi aggiuntivi possono essere affidati, ossia il triennio decorrente dal momento di stipulazione del contratto iniziale, termine che implica fisiologicamente una concomitanza dei rapporti contrattuali piuttosto che una successione dei medesimi (TAR Piemonte sez. I, 12 giugno 2014, n. 1029; TAR Abruzzo Pescara, sez. I, 22 luglio 2014 n. 357). Per assicurare un corretto esercizio della facoltà di cui all'art. 63, comma 5, Codice, è stata pertanto integrata l'apposita clausola del Disciplinare, prevedendo l'affidamento dei servizi analoghi entro il termine di scadenza del contratto, se inferiore a tre anni, oppure, entro il termine di tre anni dalla sottoscrizione del contratto, se di durata superiore.

Si richiama l'attenzione sulla perdurante vigenza del principio che vieta il rinnovo tacito del contratto. La *vis expansiva* del divieto di cui all'art. 23 l. 18 aprile 2005 n. 62 è stata, infatti, rintracciata nella

circostanza che tale divieto esprime un principio generale, attuativo di un vincolo comunitario discendente dal Trattato UE che, in quanto tale, opera per la generalità dei contratti pubblici (T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. II, 7 aprile 2015 n. 490). Tuttavia, ad avviso del Consiglio di Stato né l'art. 23 della l. 18 aprile 2005, n. 62 (legge comunitaria 2004), né il pregresso art. 57 D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, né i principi comunitari consolidati in materia contrattuale, hanno mai impedito il **rinnovo espresso** dei contratti, allorché la facoltà di rinnovo, alle **medesime condizioni** e per **un tempo predeterminato e limitato**, fosse ab origine prevista negli **atti di gara** e venisse esercitata in **modo espresso e con adeguata motivazione**. I divieti di cui alle norme richiamate sono ispirati alla finalità di scongiurare affidamenti reiterati allo stesso soggetto in elusione al principio di concorrenza, che più di ogni altro garantisce la scelta del miglior contraente, sia sotto il profilo della qualificazione tecnica dell'operatore, che della convenienza economica del contratto; tuttavia, allorché la possibilità del rinnovo contrattuale [sotto forma di servizi analoghi come previsto nel disciplinare tipo] sia resa nota ai concorrenti sin dall'inizio delle operazioni di gara, cosicché ognuno possa formulare le proprie offerte in considerazione della durata eventuale del contratto, nessuna lesione dell'interesse pubblico alla scelta del miglior contraente è possibile riscontrare, né alcuna lesione dell'interesse generale alla libera concorrenza, essendo la fattispecie del tutto analoga, dal punto di vista della tutela della concorrenza, a quella nella quale si troverebbero le parti contraenti nell'ipotesi in cui la stazione scegliesse ab inizio una più lunga durata del contratto (per es. sei anni, anziché tre più tre) (Cons. Stato, Sez. III, sentenza 5 luglio 2013, n. 3580)

Si ricorda infine che, ai sensi dell'art. 35 del Codice, ai fini del calcolo del valore del contratto e dell'eventuale superamento delle soglie, 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 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.

#### ***8. Soggetti ammessi alle gare in forma singola e associata e condizioni di partecipazione***

Il Disciplinare contiene il riferimento ai soggetti individuati dall'art. 45 del Codice. Si rammenta che tale indicazione 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 (Determinazione 21 ottobre 2010, n. 7)<sup>4</sup>.

Tra i soggetti indicati è prevista anche la figura dell'aggregazione di imprese di rete; in relazione ad essa sono disciplinate le modalità di partecipazione 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 23 aprile 2013, n. 3.

---

<sup>4</sup> 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.

Con riferimento alla figura del Raggruppamento temporaneo di imprese, appare opportuno rammentare che è sempre consentita la possibilità di costituire raggruppamenti temporanei, anche di tipo **sovrrabbondante**, e che in tal caso l'esclusione dalla gara non potrà mai essere automatica (cfr. Comunicato del Presidente del 3 settembre 2014 a chiarimento delle indicazioni contenute nella Determinazione 10 ottobre 2012, n. 4). Qualora la stazione appaltante ravvisi possibili profili anticoncorrenziali nella formazione del raggruppamento sovrrabbondante avrà 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 rientrante 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. Si ricorda che eventuali casi dubbi circa le effettive finalità di raggruppamenti di imprese considerati sovrrabbondanti potranno sempre costituire oggetto di segnalazione all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (cfr. il *Vademecum* per le stazioni appaltanti. Individuazione di criticità concorrenziali nel settore degli appalti pubblici) o all'Anac.

L'Autorità ha optato per la scelta di ritenere applicabile il divieto partecipazione plurima o contestuale di cui all'art. 48, comma 7, Codice, in relazione a ogni singolo lotto. Il presupposto per l'applicazione del divieto in esame è, infatti, l'unicità della gara, a cui il medesimo soggetto concorre più volte, sebbene in forme diverse, con la conseguenza che il divieto stesso non si applica in caso di suddivisione dell'appalto in lotti distinti qualora la stazione appaltante abbia disciplinato i rispettivi affidamenti in maniera tale che gli stessi siano totalmente indipendenti gli uni dagli altri e privi di qualsivoglia reciproco condizionamento. Rimane salva la possibilità, per la stazione appaltante, di derogare alla previsione del Disciplinare- tipo, previa espressa motivazione nella determina a contrarre, nel caso in cui particolari esigenze specifiche facciano ritenere opportuna la scelta contraria. Ciò potrebbe avvenire quando si profilino rischi di eccessiva concentrazione del mercato, di collusione, di spartizione del mercato, oppure quando si ravvisi la necessità di garantire l'unitarietà del servizio ovvero di assicurare che i fornitori dei diversi lotti siano tutti completamente diversi e non coincidano soggettivamente neanche in parte.

### ***9. Requisiti generali e cause di esclusione***

Le disposizioni contenute nel paragrafo rubricato "*Requisiti generali e cause di esclusione*" richiamano le cause di esclusione previste dall'art. 80 del Codice e dalla normativa vigente in tema di divieto a contrarre con la pubblica amministrazione.

La formulazione del paragrafo è volutamente sintetica tenuto conto dell'esistenza del DGUE e del suo richiamo nello specifico punto del disciplinare relativo al contenuto della Busta A).

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. Sul punto, cfr paragrafo sulle prescrizioni per la prevenzione dell'illegalità e della corruzione.

## **10. Requisiti speciali e mezzi di prova**

Il Disciplinare contiene indicazioni in ordine ai requisiti speciali di partecipazione alla gara e alle modalità con cui gli stessi possono essere richiesti e comprovati, tenendo conto anche delle previsioni dell'allegato XVII del Codice.

Le stazioni appaltanti possono richiedere, in coerenza con un principio ampiamente consolidato in giurisprudenza, requisiti ulteriori rispetto a quelli normativamente previsti, qualora questi siano proporzionati, ragionevoli oltre che pertinenti e logicamente connessi all'oggetto dell'appalto e allo scopo perseguito (*cf. ex multis*: T.A.R. Puglia Lecce, Sez. III, 29 aprile 2015, n. 1423; Cons. Stato Sez. VI, 15 giugno 2010, n. 3740).

In tema di idoneità professionale i concorrenti devono essere iscritti, a pena di esclusione dalla gara, nel registro della Camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura o nel registro delle Commissioni provinciali per l'artigianato, o presso i competenti Ordini professionali, secondo le prescrizioni di cui all'art. 83 del Codice, laddove tale iscrizione sia prescritta per l'esercizio dell'attività oggetto di appalto.

Relativamente ai requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, il modello riporta alcuni esempi ripresi dall'art. 83 del Codice alla luce di quanto dettagliato anche nell'allegato XVII. È 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.

Relativamente al fatturato, si ricorda che la richiesta di un certo ammontare deve essere misurata non in astratto, ma in relazione al valore dell'appalto ed alle specifiche peculiarità dell'oggetto della gara, fermo restando il limite massimo del doppio del valore stimato dell'appalto, calcolato in relazione al periodo di riferimento dello stesso. In un'ottica pro concorrenziale è stato previsto non solo il fatturato annuo minimo non superiore al doppio del valore dell'appalto ma è stato contemplato, altresì, un fatturato medio annuo posseduto nell'ultimo triennio, in modo da agevolare la dimostrazione mediante il ricorso ad una media. La richiesta del requisito del fatturato è soggetta comunque all'obbligo di motivazione.

Per i requisiti di capacità economico-finanziaria, nei soggetti che partecipano in forma associata, è previsto che il soggetto che riveste le funzioni di mandatario o che è indicato come tale debba possedere i requisiti in misura maggioritaria (art. 83, comma 8, terzo periodo). 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 (Determinazione 10 ottobre 2012, n. 4). 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 a 30 e a 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 secondario 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 (*cf. art. 48, comma 2, Codice*).

In tema di requisiti di capacità economica, si deve ricordare che l'art. 83 del Codice rinvia all'art. 86 che a sua volta rinvia all'all. XVII per l'indicazione dei mezzi di prova di tale capacità.

Con riferimento alle cd "*idonee referenze bancarie*" si rileva che esclusivamente l'allegato XVII, parte I, contempla non meglio specificate "*idonee dichiarazioni bancarie*" unitamente all'adeguato livello di copertura assicurativa contro i rischi professionali. Peraltro, spesso la richiesta delle idonee referenze bancarie non veniva interpretata dagli istituti bancari nel senso che essi dovessero riferire sulla qualità dei rapporti in atto con le società oggetto di richiesta (correttezza e puntualità di queste nell'adempimento degli impegni assunti con l'istituto, assenza di passività con lo stesso istituto o con altri soggetti, sempre che tali situazioni fossero desumibili dai movimenti bancari o da altre informazioni in loro possesso) come la giurisprudenza amministrativa aveva avuto modo, per contro, di puntualizzare (cfr. Cons. Stato, sez. V, 9 marzo 2015, n. 1168). Inoltre, spesso, la richiesta del requisito in parola, in relazione all'oggetto ed al valore dell'appalto, ai fini della dimostrazione della capacità economico-finanziaria dei concorrenti, non appariva proporzionato al costo richiesto dagli istituti bancari per il rilascio delle referenze, in alcuni casi anche molto oneroso, per gli operatori economici, con conseguenti possibili effetti escludenti.

In considerazione di tali premesse e in ragione della mancata previsione nel nuovo Codice all'art. 83, comma 4, si è ritenuto di non prevedere più tale modalità di dimostrazione della capacità economico-finanziaria necessaria per l'esecuzione del contratto.

In tema di requisiti di capacità tecnica e professionale, il Disciplinare prevede il requisito relativo allo svolgimento di servizi/forniture 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 (art. 83, Codice). Con riferimento al concetto dei c.d. "*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/fornitura da svolgere. L'individuazione di tali servizi deve avvenire nel rispetto dei principi generali di libera concorrenza, parità di trattamento e proporzionalità di cui all'art. 30 del Codice; pertanto, è necessario che le stazioni appaltanti, nell'esercizio della 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. Tale principio si applica naturalmente anche alle "*forniture analoghe*".

Anche per il caso dei requisiti di capacità tecnica, 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 (art. 83, comma 8, terzo periodo, Codice). Si ricorda che, con riferimento ai servizi/forniture cd. "*di punta*" il divieto di frazionabilità deve essere riferito al singolo servizio/fornitura che, quindi, deve essere posseduto interamente da uno dei componenti del raggruppamento (cfr. Anac, Parere 21 maggio 2014, n. 107) e non al requisito dei servizi/forniture analoghi complessivamente richiesto (eventualmente composto da una pluralità di contratti di servizi/forniture di punta).

Ancora in ordine al possesso del requisito dei servizi di punta in caso di partecipazione alla gara in forma aggregata, sussistono due contrapposti interessi da salvaguardare. Da un lato, l'interesse alla massima concorrenza, in virtù del quale deve essere consentita la partecipazione alla gara anche ad

imprese non in possesso, singolarmente, di tutti i requisiti richiesti dal bando di gara, ma che possono cumulare i requisiti posseduti con quelli di altre imprese con cui si uniscono in un raggruppamento temporaneo, caratterizzato dall'assenza di soggettività giuridica e dalla temporaneità; dall'altro lato, l'interesse a non polverizzare eccessivamente i requisiti di partecipazione, al fine di evitare che la riunione di imprese si traduca in uno strumento elusivo delle regole che impongono un livello minimo di capacità per la partecipazione alle gare d'appalto. Ciò posto, l'interesse alla concorrenza è perseguito dalla cumulabilità dei requisiti, fermo restando che la mandataria deve dimostrare il possesso dei requisiti in misura maggioritaria, come già detto. L'interesse a che ci sia un livello minimo di capacità per la partecipazione alle gare d'appalto è rappresentato, invece, dalla non frazionabilità di taluni requisiti come quello del servizio di punta. Nell'individuare quale dei partecipanti al raggruppamento deve essere in possesso del requisito di punta, deve essere assicurata l'affidabilità esecutiva del soggetto affidatario dell'appalto.

A tale riguardo, quindi, si ritiene che occorra distinguere tra raggruppamenti orizzontali e verticali. Nei raggruppamenti orizzontali, infatti, gli operatori economici eseguono tutti il medesimo tipo di prestazione e sono responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante. Invece, nei raggruppamenti di tipo verticale, la mandataria esegue le prestazioni di servizi o forniture indicate nel bando come principali e le mandanti quelle indicate come secondarie. In questo caso, per gli assuntori di prestazioni secondarie, la responsabilità è limitata all'esecuzione delle prestazioni di rispettiva competenza, ferma restando la responsabilità solidale della mandataria (art. 48 del Codice). Ne deriva che, in caso di raggruppamento verticale, il servizio di punta richiesto nella prestazione principale dovrà essere dimostrato esclusivamente dalla mandataria; il servizio di punta eventualmente richiesto anche per prestazioni secondarie potrà essere dimostrato *in toto* dalla mandataria (vista la sua responsabilità solidale per le prestazioni eseguite dalle mandanti), oppure dalle mandanti esecutrici delle prestazioni in relazione alle quali esso è richiesto. Mentre, in virtù dell'omogeneità delle prestazioni e della responsabilità solidale che lega le imprese di un raggruppamento orizzontale, il requisito del servizio di punta potrà essere dimostrato *in toto* dalla mandataria, oppure, *in toto* da una o più mandanti (qualora sia richiesto più di un servizio/fornitura). Resta inteso che il singolo servizio/fornitura di punta non può essere frazionato tra più imprese in entrambi i tipi di RTI.

Si ritiene che la soluzione sopra descritta, nel rispetto dell'art. 83, comma 8, terzo periodo (secondo cui la mandataria deve dimostrare il possesso dei requisiti in misura maggioritaria), sia in grado di soddisfare l'interesse alla concorrenza sotteso all'istituto del raggruppamento, dal momento che nel caso di pluralità di servizi/forniture analoghi richiesti dal bando di gara, il numero complessivo dei singoli servizi/forniture analoghi richiesti ai fini della partecipazione potrà essere dimostrato anche mediante l'apporto di diversi componenti del medesimo raggruppamento o consorzio.

Il Disciplinare prevede, altresì, la possibilità di inserire, tra i requisiti di partecipazione, la richiesta di eventuali certificazioni ritenute necessarie per lo svolgimento dei servizi o della fornitura. Tale facoltà è generalmente riconosciuta alle stazioni appaltanti in virtù della discrezionalità che connota l'azione amministrativa ed è espressamente ammessa dall'art. 87, 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. Ad esempio, è stata ritenuta ammissibile la richiesta di 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 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 che siano riconosciuti a livello europeo o internazionale (cfr. art. 62 Dir. 24/2014/UE). Resta ferma, naturalmente, la possibilità per il concorrente di fornire prove relative all'impiego di misure equivalenti di garanzia sociale, 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 (Anac, Pareri di precontenzioso 19 dicembre 2012, n. 206 e del 16 giugno 2010, n.119).

È infine prevista, per le forniture, la possibilità che la stazione appaltante richieda ai concorrenti dei campioni di prodotto, descrizioni o fotografie dei beni da fornire (Allegato XVII parte II, lett. *κ*) e *ι*), del Codice). La richiesta di campioni può essere motivata in relazione alla necessità di verificare, sin dalla fase di gara, che i beni offerti dai concorrenti siano conformi ai requisiti prestazionali e funzionali previsti nel capitolato. Tuttavia, la richiesta deve essere attentamente valutata (e motivata) al fine di non porre a carico dei concorrenti oneri sproporzionati rispetto ai fini da conseguire, particolarmente qualora si tratti di forniture che comportano un impegno economico o un investimento rilevante da parte delle imprese (si pensi, ad esempio, alla fornitura di mezzi, veicoli o apparecchiature medicali).

## **11. Avvalimento**

La disciplina dell'avvalimento è stata aggiornata alle principali novità del Codice. Si è data specifica indicazione in ordine alla possibilità di avvalersi delle capacità di altri soggetti, anche partecipanti al raggruppamento, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi (art. 89, comma 1, Codice).

Per quanto riguarda i requisiti titoli di studio e professionali richiesti all'art. 7, punto 12, del Disciplinare, si è espressamente previsto che il concorrente possa avvalersi delle capacità di altri soggetti a condizione che questi ultimi eseguono direttamente i servizi/forniture per cui tali capacità sono richieste (art. 89, comma 1, secondo periodo, Codice).

Espressa previsione ha riguardato, inoltre, l'avvalimento plurimo o frazionato (art. 89, comma 6), ormai pacificamente ammesso dopo che, sotto la vigenza del precedente Codice, era stata sollevata apposita questione pregiudiziale dinnanzi alla Corte di Giustizia e questa aveva ritenuto che *“Gli articoli 47, paragrafo 2, e 48, paragrafo 3, della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, letti in combinato disposto con l'articolo 44, paragrafo 2, della medesima direttiva, devono essere interpretati nel senso che ostano ad una disposizione nazionale come quella in discussione nel procedimento principale, la quale vieta, in via generale, agli operatori economici che partecipano ad una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico di lavori di avvalersi, per una stessa categoria di qualificazione, delle capacità di più imprese”* (Corte di Giustizia, sez. V, sentenza 10 ottobre 2013 in causa C-94/12).

Da ultimo, il Disciplinare - preso atto della previsione di cui all'art. 89, comma 3, che conferisce alla stazione appaltante la possibilità di prevedere ulteriori ipotesi, oltre quelle obbligatorie della carenza dei requisiti generali e speciali, di sostituzione dell'impresa ausiliaria - reca espressa clausola in tal senso, lasciando alla completa discrezionalità delle amministrazioni aggiudicatrici di individuare le ipotesi di specie che in ogni caso dovranno rispondere all'esigenza di tutelare il rilevante interesse alla corretta esecuzione dell'appalto.

## **12. Subappalto**

Il concorrente deve indicare nell'offerta le parti dei servizi o della fornitura che intende eventualmente subappaltare, comunque di importo non superiore al 30% del totale.

E' bene chiarire che 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. Pertanto, la mancata espressione della volontà di ricorso al subappalto non comporta l'esclusione dalla gara, ma la mera impossibilità di ricorrere a tale istituto (Determinazione 10 ottobre 2012, n. 4). Sul punto, si segnala l'inserimento, nel Disciplinare di gara, della espressa previsione del c.d. "subappalto necessario" o "qualificante". Sotto la vigenza del precedente Codice, tale previsione era contenuta nell'art. 42, comma 1, lett. i), limitatamente ai soli requisiti di capacità tecnica. Il nuovo Codice prevede, invece, tale possibilità nell'allegato XVII, parte II, lett. j): anche in questo caso si tratta dei soli requisiti di capacità tecnica, con esclusione, quindi, dei requisiti di capacità economico-professionali. In tale caso, i subappaltatori devono dichiarare, oltre al possesso dei requisiti di cui all'art. 80 del Codice, anche il possesso dei requisiti di cui all'art. 83 relativi alla prestazione oggetto di subappalto, compilando le relative parti del DGUE.

In merito ai limiti al subappalto si ricorda che, secondo un orientamento giurisprudenziale diffuso, condiviso anche dall'Autorità, 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 (*cf.* sul punto Parere sulla normativa del 20 dicembre 2012). 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 pregiudicare la possibilità di ricorrere al subappalto in caso di aggiudicazione (*cf.* Anac, Parere di precontenzioso del 14 febbraio 2013, n. 13).

Il nuovo Codice prevede l'obbligatoria indicazione, in sede di offerta, della terna dei subappaltatori. Sul punto il Disciplinare, al par. 9, opta per una chiara scelta in ordine agli effetti della mancata indicazione della terna disponendo che l'omissione della indicazione non costituisce motivo di esclusione ma comporta, per il concorrente, la mera impossibilità di avvalersi del subappalto.

Di contro, il Disciplinare prevede la sanzione dell'esclusione dalla gara del concorrente nel caso di mancato possesso, in capo ad uno dei subappaltatori indicati nella terna, dei requisiti prescritti (art. 80, Codice). Tale esclusione appare doverosa alla luce dell'art. 80, comma 1 e comma 5, ancorché sembri entrare in collisione interpretativa con l'art. 105, comma 12, del Codice a tenore del quale "L'affidatario

*deve provvedere a sostituire i subappaltatori relativamente ai quali apposita verifica abbia dimostrato la sussistenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80".* Sul punto, il Consiglio di Stato – in sede di parere reso sulle Linee guida relative ai mezzi di prova dei gravi illeciti professionali (Cons. St., comm. spec., 3 novembre 2016, n. 2286) - ha espresso dubbi di compatibilità comunitaria della norma, riscontrando che la disposizione dell'art. 105 del Codice, trasposizione pertinente della Direttiva 2024/17/UE, dimostra che le direttive comunitarie sembrano consentire la possibilità di sostituire i subappaltatori privi dei requisiti anche quando i loro nomi vanno indicati in gara. Il Consiglio di Stato, nel predetto parere, ha suggerito una interpretazione comunitariamente orientata della norma, ritenendo che, quando è fornita una terna di possibili subappaltatori, sia sufficiente ad evitare l'esclusione del concorrente che almeno uno dei subappaltatori abbia i requisiti e sia qualificato per eseguire la prestazione da subappaltare ovvero che il concorrente dichiari di rinunciare al subappalto, avendo in proprio i requisiti per eseguire le prestazioni. Sul punto, invero, il Consiglio di Stato aveva suggerito un intervento correttivo al Codice, che però è mancato. La lettura delle norme richiamate, alla luce dell'indicazione del Consiglio di Stato, non pare consentita, in mancanza di un intervento legislativo nel senso indicato, per il semplice fatto che l'art. 105, comma 12 non si riferisce al concorrente ma all'**affidatario**, il solo cui sia imposto di provvedere alla sostituzione dei subappaltatori relativamente ai quali apposita verifica abbia dimostrato la sussistenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80: la norma, infatti, appare verosimilmente relativa al momento successivo alla gara e all'aggiudicazione.

### **13. Garanzia provvisoria**

Il paragrafo 10, "*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. 93 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. 32, comma 4, 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. È fatta salva, in ogni caso, in conformità con quanto disposto dal citato art. 93 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.

Gli intermediari abilitati al rilascio delle polizze fideiussorie devono essere individuati tra i soggetti iscritti nell'albo di cui all'art. 106 del d.lgs. 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'art. 161 del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58.

Con i Comunicati del Presidente dell'Autorità del 1° luglio 2015 e del 21 ottobre 2015, sentite la Banca d'Italia e l'IVASS, sono state fornite specifiche indicazioni sulle verifiche da effettuare, a cura delle stazioni appaltanti e degli operatori economici interessati al rilascio di garanzie, al fine di accertare l'esistenza dell'autorizzazione in capo ai garanti. Al fine di arginare il fenomeno del rilascio di polizze fideiussorie da parte di soggetti non autorizzati, nello schema di disciplinare sono stati indicati i siti internet degli Organismi di Vigilanza citati, da consultare al fine di accedere agli elenchi dei soggetti

autorizzati e alle segnalazioni dei soggetti operanti abusivamente, invitando le stazioni appaltanti e gli operatori economici a provvedere alle necessarie verifiche.

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, risponde, infatti, all'esigenza di acquisire la piena prova della provenienza della garanzia (Cons. Stato., sez. VI, 6 giugno 2011, n. 3365 e sez. III, 19 aprile 2011, n. 2387). 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. Pertanto, solo l'autenticazione di quest'ultima garantisce appieno 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 (*cf.* Anac, Pareri di precontenzioso 19 giugno 2013, n. 102 e 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 dell'autenticazione della firma del fideiussore, ha lo scopo di garantire alla stazione appaltante la serietà della garanzia. In passato l'Autorità, supportata dalla giurisprudenza, ha avuto modo di esprimersi nel senso della legittimità di una clausola espulsiva di tale tenore (Anac, Parere di precontenzioso dell'8 maggio 2008, n. 141).

Per la riduzione dell'importo della garanzia provvisoria, il modello riporta il rinvio all'art. 93 co. 7 del Codice.

Si rammenta, infine, che, il Consiglio di Stato, fornendo una lettura evolutiva della precedente disposizione contenuta all'art. 75 del Codice (omologa all'art. 93 dell'attuale Codice), anche alla luce della nuova disciplina del soccorso istruttorio, aveva ritenuto *“legittima la clausola, contenuta in atti di indizione di procedure di affidamento di appalti pubblici, che preveda l'escussione della cauzione provvisoria anche nei confronti di imprese non risultate aggiudicatarie, ma solo concorrenti, in caso di riscontrata assenza del possesso dei requisiti di carattere generale di cui all'art. 38 del Codice dei contratti pubblici”* (Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato del 10 dicembre 2014 n. 34). L'escussione della cauzione provvisoria ha come finalità quella di responsabilizzare i partecipanti in ordine alle dichiarazioni rese, di garantire la serietà e l'affidabilità dell'offerta. Al riguardo, nella Determinazione 8 gennaio 2015, n. 1, l'Autorità aveva chiarito che *“in caso di mancata regolarizzazione degli elementi essenziali carenti la stazione appaltante procederà all'esclusione del concorrente dalla gara. Per tale ipotesi la stazione appaltante dovrà 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 dovrà procedere per il caso in cui il concorrente decida semplicemente di non avvalersi del soccorso istruttorio”*.

#### **14. Sopralluogo**

La Stazione appaltante può prescrivere l'effettuazione del sopralluogo a pena di esclusione, qualora l'oggetto del contratto abbia una stretta e diretta relazione con le strutture edilizie (Determinazione del

10 ottobre 2012, n. 4). In linea con tale orientamento, il Disciplinare attribuisce alla stazione appaltante la facoltà di prevedere o meno l'obbligatorietà del sopralluogo.

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.). Il sopralluogo potrà essere effettuato da un rappresentante legale, procuratore o da un direttore tecnico del concorrente o da soggetto diverso munito di delega. In un'ottica di semplificazione, al fine di rendere tale adempimento più rispondente alle esigenze organizzative rappresentate dagli operatori economici, si ritiene che il soggetto munito di delega non deve essere necessariamente un dipendente dell'operatore economico. Al fine di garantire l'anonimato tra i soggetti che partecipano alla procedura, il soggetto delegato ad effettuare il sopralluogo non può ricevere l'incarico da più concorrenti.

Il modello di disciplinare prevede che, in caso di raggruppamento temporaneo, GEIE, aggregazione di imprese di rete o consorzio ordinario, sia già costituiti che non ancora costituiti, in relazione al regime della solidarietà di cui all'art. 48, comma 5, del Codice, tra i diversi operatori economici, il sopralluogo può essere effettuato da un incaricato per tutti gli operatori economici raggruppati, aggregati in rete o consorziati, purché munito della delega di tutti detti operatori.

Resta ferma la possibilità, per la stazione appaltante, di derogare alla previsione del bando di gara con espressa motivazione, nel caso in cui, per esigenze particolari legate, ad esempio, alla natura del servizio o della fornitura da eseguire, alle modalità di esecuzione della prestazione o al particolare contesto in cui la stessa deve essere svolta, ravvisi la necessità di richiedere che il sopralluogo venga svolto da tutti i soggetti facenti parte del raggruppamento. Tale facoltà dovrà essere utilizzata nei casi strettamente necessari, potendo comportare un inutile aggravio della procedura e scoraggiare la partecipazione degli operatori non aventi sede sul territorio interessato.

In ordine alle modalità di svolgimento del sopralluogo, si evidenzia che rientra nella discrezionalità della stazione appaltante fissare la calendarizzazione del sopralluogo, dovendo la stessa poter organizzare la propria attività in modo da non distogliere i propri dipendenti dalle normali attività per periodi di tempo imprecisati. Al riguardo, tuttavia si ritiene opportuno segnalare che tale calendarizzazione dovrà essere effettuata nel rispetto della *par condicio* e dell'anonimato dei partecipanti, ciò che porta ad escludere l'ammissibilità di sopralluoghi collettivi. Inoltre, dovrà contemperare, da un lato, l'esigenza di garantire la massima partecipazione alla gara, evitando di fissare date di sopralluogo troppo vicine alla data di pubblicazione del bando (ciò che potrebbe costituire una violazione del principio di proporzionalità e del termine di partecipazione alla gara); dall'altro, l'esigenza di garantire un lasso di tempo dopo lo svolgimento del sopralluogo che possa considerarsi congruo per la formulazione dell'offerta, evitando di fissare date troppo vicine al termine finale per la presentazione della domanda. Ad ogni modo, si raccomanda di tener conto dell'adempimento richiesto ai fini della fissazione del termine per la presentazione della domanda.

### **15. 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 per l'anno corrente nella Delibera 21 dicembre 2016 n. 1377. Si ricorda che il pagamento del contributo costituisce condizione di ammissibilità dell'offerta; di conseguenza, il mancato versamento costituisce causa di

esclusione dalla procedura di gara, mentre la mancata comprova del pagamento può essere regolarizzata.

Al riguardo, si rappresenta che l'avvenuto pagamento dovrebbe poter essere riscontrabile dalle stazioni appaltanti mediante il sistema AVCpass. Tuttavia, in alcuni casi, l'Autorità ha rilevato che il pagamento del contributo è avvenuto mediante canali non riconosciuti da Avcpass. Per tale ragione, permane l'opportunità che l'operatore economico dimostri comunque l'avvenuto pagamento del contributo mediante inserimento nella busta A della relativa ricevuta; tuttavia, in carenza di tale allegazione, la stazione appaltante dovrà dare avvio alla procedura di soccorso istruttorio soltanto nei casi in cui l'intervenuto pagamento non risulti dalla consultazione del sistema Avcpass.

### ***16. Modalità di presentazione dell'offerta e sottoscrizione dei documenti di gara***

Il Disciplinare reca indicazioni circa le “*Modalità di presentazione e criteri di ammissibilità delle offerte*” (par. 13): ivi sono contenute 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.

È previsto che nel plico contenente l'offerta del concorrente siano inserite tre buste distinte in relazione alla documentazione amministrativa (busta A), offerta tecnica (busta B), offerta economica (busta C). Tale articolazione dell'offerta richiama l'offerente al rigoroso rispetto del principio di separazione tra offerta tecnica ed offerta economica i.e. alla necessità di inserire gli elementi concernenti il prezzo esclusivamente nei documenti contenuti nella busta dedicata all'offerta economica, prevedendosi che la mancata separazione costituisca causa di esclusione.

Nello stesso senso, la scelta di prevedere una busta separata anche per la documentazione amministrativa ha lo scopo di facilitare l'ordinato svolgimento delle operazioni di gara, anche se il mancato inserimento dei documenti amministrativi in busta separata non può, di per sé, costituire causa di esclusione dalla procedura, sempre che gli stessi siano presenti nel plico e non siano contenuti nelle buste contenenti l'offerta tecnica e l'offerta economica.

Con riguardo alla forma, al contenuto e alla modalità di presentazione della documentazione e delle dichiarazioni, si evidenzia il richiamo alla disciplina prevista dal d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445 o, in caso di operatori non stabiliti in Italia, alla disciplina che - secondo la legislazione dello Stato di appartenenza – consenta modalità equivalenti.

Le dichiarazioni sostitutive dei requisiti di partecipazione di carattere generale sono state sostituite dal ricorso generale al Documento Unico di Gara Europeo. Sul punto vedi *infra*.

Si osservi che è stata prevista la possibilità che il legale rappresentante o un suo procuratore renda le dichiarazioni sui singoli requisiti di carattere generale anche con riferimento agli altri soggetti indicati dall'art. 80, commi 2 e 3, del Codice. A tal proposito, occorre osservare che il modello del DGUE non prevede l'indicazione del nominativo dei singoli soggetti. Ciò rende non sempre agevole l'individuazione dei soggetti in possesso di partecipazioni societarie o che ricoprono incarichi di amministrazione o di direzione tecnica nelle imprese attraverso la semplice consultazione di registri pubblici o di banche-dati ufficiali. I mutamenti delle compagini societarie e degli assetti organizzativi possono, infatti, essere anche molto frequenti e, comunque, non aggiornati in tempo reale. Pertanto, allo scopo di bilanciare le esigenze conoscitive e di controllo dell'Amministrazione aggiudicatrice con la

necessità di evitare aggravamenti procedurali, in un ottica di semplificazione delle procedure di gara e di riduzione degli oneri amministrativi connessi allo svolgimento delle stesse, è stato previsto che le stazioni appaltanti richiedano alle imprese concorrenti l'indicazione del nominativo dei soggetti sopra indicati solo al momento della verifica delle dichiarazioni rese (cfr. Comunicato del Presidente del 26 ottobre 2016).

Al riguardo si riscontra il diverso avviso del Consiglio di Stato, secondo cui l'attestazione di stati, qualità personali e fatti relativi a persone diverse dal dichiarante è consentita se riferita a persone identificate o agevolmente identificabili, per tali intendendosi coloro di cui la p.a. possa ricavare le generalità immediatamente tramite la consultazione di registri e banche-dati, senza alcun onere di istruttoria o accertamento; è stato ritenuto quindi necessario richiedere che nel corpo della dichiarazione vengano indicati i nominativi dei soggetti per conto dei quali la stessa viene resa (cfr. Ad. Plen. Cons. Stato, 30 luglio 2014, n. 16; Cons. Stato, Sez. IV, 20 gennaio 2015, n. 140).

La stazione appaltante può chiedere agli offerenti il differimento del termine di validità dell'offerta, nel caso in cui le operazioni di gara siano ancora in corso alla scadenza prevista dal Disciplinare. Infatti, è noto che la limitazione temporale degli obblighi contenuti nell'offerta è disposta nell'interesse dell'offerente, il quale non può essere vincolato *ad libitum* all'offerta presentata. D'altra parte, la giurisprudenza ha chiarito che la perdita di validità dell'offerta non può essere intesa come decadenza della stessa e ritiro dalla gara, ma come mera inefficacia temporanea (Cons. St., 24.6.2010 n. 4019). In tal senso, la conferma della validità dell'offerta deve essere considerata come una condizione di procedibilità ai fini dell'aggiudicazione definitiva, in quanto non sarebbe utile individuare un contraente senza prima verificare se quest'ultimo si consideri ancora vincolato alla propria offerta (T.A.R. Lombardia, Brescia, 07 gennaio 2015, n. 2).

Peraltro, occorre tener conto anche dell'esigenza dell'amministrazione di avere certezza in ordine alla volontà del concorrente di mantenere valida l'offerta presentata, per le naturali esigenze di celerità e di ordinato svolgimento che caratterizzano le operazioni di gara preordinate all'affidamento dei pubblici appalti. L'utilità di procedere a riscontrare siffatta convalida appare evidente nel caso di utilizzo di formule interdipendenti di attribuzione dei punteggi, dal momento che la presenza o meno di una offerta condiziona l'esito della valutazione ed è necessario che l'Amministrazione abbia contezza della intervenuta proroga della validità delle offerte prima di procedere alle operazioni di valutazione delle stesse. In tal senso, non potrebbe procedersi all'aggiudicazione definitiva senza prima verificare se i concorrenti interpellati si considerino ancora vincolati alla propria offerta. Inoltre, l'Amministrazione ha anche necessità di ottenere dai concorrenti l'estensione dei termini di validità della cauzione provvisoria. A tale specifico riguardo, si precisa che non può ritenersi sufficiente prevedere nel bando- tipo che la cauzione provvisoria contenga l'impegno del garante a prorogare la validità della stessa fino all'aggiudicazione (qualora al momento della sua scadenza non fosse ancora intervenuta), dal momento che il mero impegno dell'assicuratore a rinnovare la garanzia, non estende *ex se* la validità della cauzione oltre il termine di scadenza fino a che, concretamente, la garanzia stessa non sia formalmente prorogata.

Pertanto, ferma restando la facoltà dei concorrenti di non confermare la propria offerta, laddove volessero prorogare la validità della stessa sono tenuti a farlo in tempo utile per consentire la sollecita conclusione della gara. Si è ritenuto, quindi, opportuno prevedere alla clausola di cui al punto 13 del Disciplinare- tipo che, nel caso in cui alla data di scadenza della validità delle offerte le operazioni di gara siano ancora in corso, la stazione appaltante richiederà agli offerenti di confermare, con dichiarazione sottoscritta dal legale rappresentante, la validità dell'offerta sino alla data che sarà indicata

dalla medesima stazione appaltante e di produrre un apposito documento attestante la validità della garanzia prestata in sede di gara fino alla medesima data. Le stazioni appaltanti provvederanno inoltre ad assegnare un termine congruo e ragionevole in relazione alla fase della gara in cui la richiesta interviene per tale adempimento, dovendosi considerare che l'inerzia dei concorrenti nella conferma dell'offerta potrà essere legittimamente considerata dalla stazione appaltante come rinuncia alla gara.

### **17. Contenuto della busta A -Documentazione amministrativa**

Nel paragrafo 15 sono indicati i documenti da inserire nella busta "A", relativa alla documentazione amministrativa, segnatamente declinati in: a) Domanda di partecipazione; b) Documento Gara Unico Europeo; c) Dichiarazioni integrative e documentazione a corredo.

Il Disciplinare dispone che il concorrente compili il Documento di gara unico europeo (DGUE) secondo lo schema allegato al DM del Ministero delle Infrastrutture e Trasporti del 18 luglio 2016 e successive modifiche, senza che sia preclusa la modalità di rendere le dichiarazioni richieste mediante dichiarazioni sostitutive rese ai sensi degli artt. 46 e 47 del d.p.r. 28 dicembre 2000, n. 445.

Il Disciplinare ha cura di specificare, di volta in volta, gli oneri dichiarativi richiesti, nonché le relative formule per attestare il possesso dei requisiti di carattere generale di cui all'art. 80 del Codice. Si ricorda, infatti, che lo schema predisposto dal Ministero delle Infrastrutture si configura quale modello preferenziale e, tuttavia, non esclusivo e obbligatorio. Resta, infatti, da osservare in generale che detto modello potrebbe non apparire esaustivo rispetto alle dichiarazioni richieste in un dato tempo, laddove si verifici una discrasia tra le dichiarazioni richieste per provvedimenti sopravvenuti di legge e i tempi di adeguamento del modello stesso da parte degli Uffici ministeriali preposti. A tal riguardo, si ricorda che, fino all'aggiornamento del DGUE al decreto correttivo ciascun soggetto che compila il DGUE è tenuto ad allegare una dichiarazione integrativa in ordine al possesso dei requisiti di cui all'art. 80, comma 5, lett. f-bis e f-ter del Codice.

Il testo tiene conto – anche mediante l'utilizzo di simboli grafici - delle previsioni dell'art. 83, comma 9, del Codice, sull'esercizio del soccorso istruttorio, per favorire un esercizio più immediato e consapevole dell'istituto da parte delle stazioni appaltanti. In particolare, il simbolo "■" rende riconoscibili i casi di carenze di dichiarazioni e/o elementi (a corredo) della domanda che possono essere sanati, mentre l'uso del simbolo ► rende riconoscibili quelli sottratti al procedimento di soccorso istruttorio. A tal riguardo, cfr. par. 2.

Con riguardo alla Domanda di partecipazione, il Disciplinare precisa le informazioni e le dichiarazioni obbligatorie.

Il Disciplinare precisa, inoltre, l'articolazione di ruoli e competenze interne relativamente alla presentazione della domanda nel caso di partecipazione di soggetti associati, dedicando una articolazione più approfondita al caso dell'aggregazione di imprese aderenti al contratto di rete.

In relazione alla compilazione del Documento di Gara Unico Europeo (paragrafo 15.2), il Disciplinare articola il dispiegamento delle informazioni da rendere seguendo l'elaborazione dello schema tipo, diviso in cinque parti, numerate in corrispondenza alla organizzazione sistematica del DGUE: I) informazioni sulla procedura di appalto e sull'amministrazione aggiudicatrice o ente aggiudicatore; II) informazioni sull'operatore economico; III) motivi di esclusione di cui all'art. 80 del Codice; IV) (requisiti relativi ai) criteri di selezione; VI) dichiarazioni finali. Si evidenzia a questo proposito che la

parte V è stata intenzionalmente omessa in quanto si riferisce ai soli procedimenti di gara mediante procedura ristretta, procedura competitiva con negoziazione, procedura di dialogo competitivo e partenariato per l'innovazione, nei quali sia prevista l'opzione della stazione appaltante di applicare criteri e regole obiettivi e non discriminatori per limitare il numero dei candidati che saranno invitati a presentare offerta o a partecipare al dialogo.

Posto il caso ordinario di ricorso al DGUE in formato elettronico, è precisato – come si è detto – che il concorrente può presentare le stesse informazioni, mediante dichiarazione sostitutiva ai sensi degli artt. 46 e 47 del d.p.r. 445/2000.

Nella parte II, relativa alle informazioni sull'operatore economico, sono evidenziati - con esigenza di compilazione separata - i casi in cui il concorrente faccia ricorso a soggetti terzi, in avvalimento e/o subappalto, precisandosi gli obblighi dichiarativi e di allegazione ulteriormente richiesti agli stessi. In particolare, nel caso di ricorso al subappalto, si sottolinea l'obbligo di separata allegazione delle dichiarazioni in DGUE di ciascun subappaltatore della terna proposta alla stazione appaltante limitatamente alle dichiarazioni che concernono i requisiti generali, specificando - di contro – che, in caso di subappalto qualificante, la compilazione del DGUE deve essere estesa ai requisiti di partecipazione di carattere tecnico- organizzativo (art. 83 del Codice).

Le dichiarazioni richieste in via ulteriore rispetto al modello del DGUE sono opportunamente e partitamente evidenziate nella parte delle dichiarazioni integrative del punto 15.3.1.

Tra queste, quelle che riguardano il subappalto qualificante sono contenute al n. 8. Nel caso di ricorso all'avvalimento, oltre al DGUE, si richiedono il contratto di avvalimento, in virtù del quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a mettere a disposizione i requisiti convenuti per tutta la durata dell'appalto e le dichiarazioni sostitutive previste dal Codice all'art. 89, commi 1 e 7 del Codice.

Ancora due scelte del Disciplinare riguardano le dichiarazioni che il legale rappresentante delle imprese concorrenti deve rendere relativamente agli stati di soggetti terzi, anche eventualmente cessati dalla carica societaria e le dichiarazioni in caso di partecipazione di imprese in concordato preventivo con continuità aziendale.

In tal senso, il Disciplinare consolida l'orientamento Anac già espresso con Comunicato del Presidente del 26 ottobre 2016, relativamente alle dichiarazioni da rendere da parte del legale rappresentante dell'impresa concorrente. Ai sensi dell'art. 80, comma 3, del Codice, il concorrente ha l'obbligo di dichiarare tutte le sentenze penali di condanna riportate anche nei confronti di ciascuno dei soggetti previsti dalla norma, anche se cessati dalla carica nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara. Tuttavia, tale dichiarazione può essere resa senza prevedere l'indicazione del nominativo dei singoli soggetti di cui all'art. 80, commi 2 e 3, tale indicazione potrà essere pretesa, per la prima volta nel corso della procedura, dalla stazione appaltante solo al momento della verifica delle dichiarazioni rese, a meno che non si provveda alla preventiva acquisizione delle autodichiarazioni sul possesso dei requisiti da parte di ciascuno dei soggetti individuati dalla norma.

In relazione al requisito di cui alla lettera a), in caso di concordato preventivo con continuità aziendale, il concorrente, al fine di consentire alla stazione appaltante l'accertamento della sussistenza delle condizioni di partecipazione stabilite dall'art.186-*bis* del R.D. 16 marzo 1942, n. 267, dovrà inoltre produrre tutta la documentazione indicata nella citata norma ossia gli estremi del provvedimento di

ammissione al concordato e del provvedimento di autorizzazione a partecipare alle gare rilasciati dal Tribunale competente.

Da una lettura sistematica delle norma vigenti prima dell'emanazione del Codice, anche la sola presentazione della domanda di concordato ai sensi dell'art. 61, comma 6, della legge fallimentare (c.d. «in bianco») si riteneva consentisse la partecipazione alle procedure di affidamento pubbliche delle imprese istanti, per le quali fosse, comunque intervenuta l'autorizzazione del Tribunale di cui all'art. 186 bis del Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 267 e ss.mm.ii. (Determinazione 8 aprile 2015, n. 5). Alla luce di quanto stabilisce il nuovo Codice, è enucleabile una *voluntas legislatoris* differente: ai sensi dell'art. 110, comma 4, secondo periodo, infatti, “l'impresa ammessa al concordato con cessione di beni o che ha presentato domanda di concordato a norma dell'articolo 161, sesto comma, del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, può [solo] eseguire i contratti già stipulati, su autorizzazione del giudice delegato”, diversamente, se il legislatore avesse ammesso anche la partecipazione alle gare (previa autorizzazione), lo avrebbe previsto espressamente alla stessa stregua di quanto previsto dall'art. 110, comma 3, lett. a), per l'impresa ammessa al concordato con continuità aziendale.

Si ricorda che l'impresa in concordato preventivo con continuità aziendale non può partecipare alla gara in qualità di mandataria di un raggruppamento temporaneo d'impresa.

Si evidenzia, inoltre, che in tema di dichiarazioni *ex art. 80* del Codice una fattispecie che ha suscitato criticità, dando origine a diverse opzioni interpretative, è quella della società con tre soci titolari di quote paritetiche. Sul punto, in passato l'Autorità ha ritenuto che, in considerazione della *ratio* della novella legislativa che ha interessato il vecchio art. 38 del d. lgs. 163/2006, il controllo preventivo del possesso dei requisiti di carattere generale dovesse essere effettuato nei confronti di tutti e tre i soci, ancorché detengano in misura paritaria la partecipazione alla società, poiché sono, ciascuno per suo conto, espressione di una convergente potestà dominicale e direzionale della società (v. Parere n. 105 del 27/06/2012). Tuttavia, sul punto, è intervenuta l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato che ha fatto chiarezza in ordine al significato da attribuire all'espressione *“socio di maggioranza”* ritenendo che per risolvere il dubbio in ordine al tipo di maggioranza richiamata dalla norma, se assoluta o relativa, *“sia necessario basarsi sulla finalità della normativa che è quella di assicurare che non partecipino alle gare, né stipulino contratti con le amministrazioni pubbliche, società di capitali con due o tre soci per le quali non siano attestati i previsti requisiti di idoneità morale in capo ai soci aventi un potere necessariamente condizionante le decisioni di gestione della società; dovendosi accedere ad un'interpretazione teleologica delle disposizioni de quibus che, senza fermarsi al dato meramente letterale, si armonizzino con la ratio specifica della normativa sugli appalti pubblici, per la quale è ostativo il mancato possesso dei requisiti morali da parte di soci idonei a influenzare, in termini decisivi e ineludibili, le decisioni societarie. Un socio ha un tale potere quando - per adottare le decisioni - non si può prescindere dal suo apporto, assumendo di conseguenza questo potere efficacia determinante non soltanto in negativo, in funzione di veto, ma anche in positivo, in funzione di codeterminazione, poiché il socio che ha il potere di interdire l'adozione di una decisione è anche quello che deve concorrere perché sia adottata”* (Cons. Stato, Ad. Pl., sentenza 6 novembre 2013, n. 24). Pertanto, secondo la citata Adunanza Plenaria questa situazione si riscontra nel caso di due soci al 50% *“poiché nessuna decisione può essere presa se uno dei due è contrario mentre entrambi devono concordare su ciascuna decisione”* (*ibidem*).

Nella situazione di una società con tre soci, l'Adunanza Plenaria evidenzia che la conclusione è diversa a seconda che nessuno dei tre soci partecipi al 50% ovvero ve ne sia uno titolare di tale partecipazione.

Nel primo caso, la percentuale della partecipazione di ciascun socio è variabile secondo le diverse situazioni concrete inclusa l'ipotesi che un socio sia titolare del 49% e gli altri due concorrano, con la propria partecipazione, a raggiungere il restante 51%. Ne consegue che «nessun socio ha potere determinante poiché ognuno può essere sostituito da uno degli altri due per raggiungere la maggioranza decisionale; ciascun socio può perciò concorrere ad adottare la decisione ma non è mai esclusivamente e sempre da solo determinante, poiché se uno dei tre soci è contrario a una decisione questa può essere comunque assunta per accordo tra gli altri due, potendo ogni socio accordarsi con ciascuno degli altri in quanto non costretto a consentire con uno solo di essi data la ripartizione del capitale sociale. Nessuno dei soci ha perciò l'obbligo delle dichiarazioni poiché nessuno esercita un potere decisionale condizionante in quanto imprescindibile, tale perciò da farne qualificare la relativa posizione sostanziale come quella di un socio di maggioranza; il concorso alle decisioni di volta in volta possibile da parte di ciascun socio non autorizza infatti la conclusione che ognuno di essi debba rendere le previste dichiarazioni, poiché la latitudine interpretativa consentita dalla norma, che comunque si riferisce al "socio di maggioranza", non è tale da giustificare l'obbligo delle dichiarazioni per il socio che non sia di maggioranza neanche nel significato sostanziale di cui si è detto» (*ibidem*).

Il caso della società con tre soci in cui uno sia partecipante al 50%, variando le partecipazioni degli altri due a concorrenza del restante 50%, risulta diverso. «Il socio al 50% condiziona, infatti, da solo, le decisioni sociali poiché in nessun caso possono essere adottate senza il suo consenso, che è quindi sempre necessario e imprescindibile mentre egli può accordarsi con l'uno o l'altro dei due restanti soci senza l'obbligo di farlo con uno solo di essi, nessuno dei quali esercita perciò un potere determinante. Ne consegue che nel caso in esame obbligato a rendere le previste dichiarazioni è soltanto il socio al 50% in quanto titolare di potere condizionante le decisioni della società». Dal momento che l'orientamento giurisprudenziale sopra esposto si coniuga con l'istanza di semplificazione degli oneri di partecipazione alle gare pubbliche, si ritiene di aderire a tale interpretazione.

Tra le ulteriori dichiarazioni da produrre all'atto di presentazione dell'offerta si segnalano: le dichiarazioni aggiuntive del DGUE, nelle more dell'aggiornamento ministeriale alle disposizioni del d.lgs 19 aprile 2017, n. 56, così come altre eventuali ed ulteriori dichiarazioni richieste da norme di legge sopravvenute; la dichiarazione di presa d'atto delle condizioni contrattuali previste e dei correlati oneri di legge, la dichiarazione di accettazione delle particolari condizioni di esecuzione del contratto di cui all'art. 100, comma 2, del Codice, così come ampiamente dispiegati nel paragrafo 26 della presente Nota illustrativa; la dichiarazione di accettazione dei protocolli di legalità, da allegare alla documentazione di gara e la dichiarazione di accettazione degli obblighi derivanti dall'applicazione *in parte qua* ai propri dipendenti del codice di comportamento della stazione appaltante.

Ulteriori oneri dichiarativi sono richiesti per attestare, nel solo caso dei settori sensibili, l'iscrizione nella cd *white list* dei fornitori e prestatori di servizi non soggetti a tentativo di infiltrazione mafiosa<sup>5</sup>. Ai sensi dell'art. 1, comma 53 della l. 190/2012, per particolari attività maggiormente esposte a rischio di infiltrazione mafiosa, l'informazione antimafia liberatoria è obbligatoriamente acquisita dalla stazione appaltante attraverso la consultazione, anche in via telematica, dell'apposito elenco fornitori istituito

---

<sup>5</sup> Ai sensi dell'art. 1, comma 53, l. 190/2012, i settori sensibili individuati dalla legge come maggiormente esposti a rischio di infiltrazione mafiosa sono: a) trasporto di materiali a discarica per conto di terzi; b) trasporto, anche transfrontaliero, e smaltimento di rifiuti per conto di terzi; c) estrazione, fornitura e trasporto di terra e materiali inerti; d) confezionamento, fornitura e trasporto di calcestruzzo e di bitume; e) noli a freddo di macchinari; f) fornitura di ferro lavorato; g) noli a caldo; h) autotrasporti per conto di terzi; i) guardiania dei cantieri.

presso ogni prefettura. Al riguardo va precisato che ai sensi dell'art. 83 l. 159/2011, la documentazione antimafia (comunicazione e informazione) è prevista quale presupposto necessario per la sola stipula del contratto, per la partecipazione alla gara è l'art. 80 che fa espressa menzione della comunicazione e dell'informazione, tuttavia nessuna disposizione del Codice richiama espressamente l'iscrizione in *white list*. Quest'ultima, quindi, essendo una modalità di verifica dell'informazione è da ritenersi implicitamente richiamata dall'art. 80 nella parte in cui si riferisce al requisito dell'informazione antimafia liberatoria. Pertanto, nel caso di appalto nei suindicati settori, il Disciplinare richiede la dichiarazione dell'avvenuta iscrizione nell'elenco ovvero copia dell'avvenuta presentazione della domanda. In tal senso, dando espresso rilievo, ai fini del possesso del requisito, al momento della presentazione della domanda di iscrizione nella *white list*, il Disciplinare intende aderire alla previsione più ampia dal punto di vista casistico e maggiormente garantista per l'operatore economico, tenuto conto che *“allorché l'impresa che ha presentato domanda di iscrizione nelle white list sia interessata ad accedere ad un contratto o a un subcontratto che si inserisce nel piano di realizzazione di un'opera pubblica, e non abbia ancora conseguito l'iscrizione in white list, si pone l'esigenza di evitare che la mancata conclusione della procedura di iscrizione finisca per determinare un pregiudizio patrimoniale all'impresa, per causa ad essa non imputabile, derivante dalla impossibilità di pervenire alla conclusione del contratto. In siffatti casi, la stazione appaltante, dopo aver soddisfatto l'obbligo di consultare le white list, in tal modo accertandosi che l'impresa abbia già assolto l'onere di richiedere l'iscrizione, potrà dare avvio all'iter contrattuale ricorrendo alla Banca Dati Nazionale Unica della Documentazione Antimafia”* (Ministero dell'Interno, Nota 23 marzo 2016, n. 11001/119/20).

Analogamente, nel caso di operatori economici aventi sede, residenza o domicilio nei paesi inseriti nelle cd *black list*, il Disciplinare richiede la dichiarazione di essere in possesso di autorizzazione in corso di validità o, in alternativa, la copia della avvenuta presentazione della domanda medesima. La disciplina del rilascio dell'autorizzazione *de qua* è regolata dal Decreto MEF 14 dicembre 2010, adottato ai sensi dell'art. 37, del d.l. 3 maggio 2010, n. 78. L'autorizzazione costituisce condizione necessaria per la partecipazione alle procedure di aggiudicazione dei contratti, per gli affidamenti in subappalto, nel caso di avvalimento e per la stipula dei relativi contratti.

### **18. Contenuto della busta B – offerta tecnico-organizzativa**

Il Disciplinare contiene indicazioni circa il contenuto della busta *“B-Offerta tecnico-organizzativa”*, che deve contenere, tra l'altro, a pena di esclusione, la relazione tecnica dei prodotti o dei servizi offerti, con l'indicazione e descrizione degli specifici elementi oggetto di valutazione, in coerenza con i criteri e sub criteri di valutazione tecnica previsti dalla stazione appaltante, fermo restando che tutti i prodotti/servizi proposti devono rispettare, pena l'esclusione, le caratteristiche minime stabilite nel Progetto posto a base di gara.

Si raccomanda, infine, alla stazione appaltante di indicare che la relazione tecnica sia contenuta entro un ragionevole e sintetico numero di pagine, valorizzando in tal senso un principio di concentrazione; tuttavia, occorre precisare che tale limitazione rappresenta una mera indicazione ai concorrenti e non può costituire causa di esclusione dalla gara (Parere di precontenzioso del 16 giugno 2010, n. 119).

### **19. 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 preferibilmente secondo il modello messo a disposizione dalla stazione appaltante.

Si rammenta che, ai sensi dell’art. 95, comma 10 del Codice, oltre alla stima dei costi per la sicurezza aziendale, l’offerta economica deve indicare anche la stima dei costi per la manodopera.

### **20. Svolgimento operazioni di gara: apertura della busta A – Verifica documentazione amministrativa.**

Per la verifica del possesso dei requisiti si fa riferimento all’utilizzo del sistema *AVCPass*, reso disponibile dall’Autorità con la Deliberazione attuativa n. 157 del 17.2.2016 (adottata per l’aggiornamento della Deliberazione n. 111 del 20 dicembre 2012) in applicazione dell’art. 216, comma 13 del Codice, che nel disciplinare il regime transitorio relativo all’adozione della Banca dati nazionale degli operatori economici, di cui all’art. 81, comma 1, prevede che “*fino all’adozione del decreto di cui all’articolo 81, comma 2, le stazioni appaltanti e gli operatori economici utilizzano la banca dati AVCPass istituita presso l’ANAC*”.

Per tutti i requisiti di partecipazione, ai fini della relativa comprova, si richiama quanto statuito nella citata Deliberazione n. 157 del 17.2.2016.

### **21. Criterio di aggiudicazione**

Il criterio di aggiudicazione individuato nel disciplinare è l’offerta economicamente più vantaggiosa secondo il miglior rapporto qualità/prezzo. Si noti che tale criterio appare centrale per il legislatore comunitario, il quale suggerisce alle stazioni appaltanti di valutare le offerte non solo sulla base del prezzo ma anche tenendo conto di uno o più fattori qualitativi (cfr. artt. 67 e 68, Direttiva 2014/24). A seconda del servizio o del prodotto da acquisire, tali fattori potrebbero comprendere, per esempio, le condizioni di consegna e di pagamento, aspetti legati al servizio post-vendita, l’offerta di servizi di consulenza/formazione o di sostituzione, riparazione o manutenzione, o, ancora elementi di natura ambientale o sociale (cfr. considerando 93, Direttiva 2014/24). La nuova nozione di offerta economicamente più vantaggiosa, di cui all’art. 95 del Codice, assume un significato profondamente diverso rispetto a quello attribuito alla medesima espressione dall’impianto normativo previgente (cfr. Consiglio di Stato, commissione speciale - parere 1° aprile 2016, n. 855). Essa assurge a concetto unitario e onnicomprensivo della vecchia OEPV e del vecchio criterio del prezzo più basso, si giustifica alla luce del fatto che anche in quest’ultima ipotesi la direttiva 2014/24/UE non disciplina tale criterio come unicamente basato sull’aspetto economico del prezzo ma introduce elementi che attengono alla maggior vantaggiosità di un prezzo piuttosto che di un altro in rapporto alla valutazione dei costi complessivi che, in ultima analisi, sono legati alla qualità dell’approvvigionamento, per come essa si riflette sull’utilizzo, i consumi, la manutenzione, lo smaltimento, il riciclaggio ecc. Da qui il nuovo concetto di offerta economicamente più vantaggiosa che solo in ipotesi ormai residuali si basa sull’unico elemento del prezzo. Infatti, il legislatore italiano, accogliendo la disposizione a recepimento facoltativo di cui all’art. 67, par. 2, comma 2, ha limitato l’utilizzo del prezzo più basso alle ipotesi di cui all’art. 95, comma 4, e in ragione di caratteristiche ben precise. Fatta eccezione per i lavori sotto i due

milioni di euro, si tratta di casi in cui la qualità difficilmente rileva, in quanto nei prodotti standardizzati la rispondenza del servizio o del bene a *standard* minimi è da ritenersi idonea a soddisfare l'interesse pubblico che con l'approvvigionamento si vuole realizzare, così come nei prodotti e servizi caratterizzati da elevata ripetitività in quanto anche quest'ultima reca con sé, in ultima analisi, una standardizzazione dei processi produttivi e quindi dei costi. Volendo sintetizzare le tre possibili declinazioni della nuova nozione di offerta economicamente più vantaggiosa, secondo la disciplina contenuta nel citato art. 95, si possono enucleare le seguenti ipotesi: prezzo più basso, miglior rapporto qualità prezzo, costo/efficacia, prezzo fisso e competizione sulla sola qualità.

Con riferimento ai criteri di valutazione dell'offerta tecnica, ai metodi di attribuzione dei coefficienti per i criteri qualitativi e quantitativi nonché al metodo per il calcolo dei punteggi si è fatta puntuale applicazione delle prescrizioni contenute nelle Linee guida Anac n. 2/2016, recanti “*Offerta economicamente più vantaggiosa*”.

In particolare, per quanto riguarda i criteri tecnici, è previsto che si possano attribuire “*punteggi tabellari*” e “*punteggi discrezionali*”, con riguardo a questi ultimi è precisato che i criteri di valutazione dell'offerta tecnica devono essere puntuali ed indicare gli elementi che verranno presi in considerazione per la valutazione, precisando i parametri in base ai quali un'offerta verrà ritenuta migliore di un'altra, in modo da instradare il percorso valutativo rimesso alla discrezionalità della commissione, così da renderlo ricostruibile *ex post* e come tale verificabile e sindacabile in ogni suo aspetto (cfr. Linee guida Anac n. 2/2016). Ciò consentirà, una volta messo a regime il sistema di nomina della commissione giudicatrice esterna, di cui all'art. 77 del Codice, di assicurare, altresì, che siano valutati nel modo ritenuto più coerente e funzionale all'interesse pubblico perseguito dalla stazione appaltante – solo alla stessa realmente noto, tenendo conto che i commissari non apparterranno più alla medesima – i singoli criteri di natura qualitativa contemplati nel disciplinare.

Per quanto riguarda la valutazione dei medesimi criteri, la stazione appaltante è del tutto libera di scegliere il criterio di attribuzione del coefficiente. Nel Disciplinare sono richiamati i metodi più usati riportati nelle linee guida dell'Anac n. 2/2016: attribuzione discrezionale di un coefficiente variabile da zero ad uno da parte di ciascun commissario ovvero confronto a coppie. In quest'ultimo caso la giurisprudenza ha considerato meno stringente l'onere motivazionale (di fatto già assolto mediante l'utilizzo stesso del metodo) della valutazione operata dalla commissione giudicatrice (Cfr. *ex multis* Cons. St., Sez. III, sentenza 21 gennaio 2015 n. 205.)

Per quanto riguarda la valutazione dei criteri di natura quantitativa, compreso il prezzo, il modello riporta alcuni dei metodi di assegnazione dei coefficienti riportati nelle citate Linee guida: metodo dell'interpolazione lineare, metodo bilineare, formule non lineari, formule indipendenti. Si sottolinea che la stazione appaltante è del tutto libera di scegliere uno dei criteri indicati nelle Linee guida n. 2/2016.

Al fine di orientare la scelta delle stazioni appaltanti, occorre evidenziare che la formula bilineare 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 generale, si ritiene che la formula bilineare sia particolarmente indicata per alcuni servizi (o forniture) nei casi in cui si voglia evitare un'eccessiva competizione sul prezzo (*cf.* anche Determinazione n. 7/2011 e Bando-tipo del 26 febbraio 2014, n. 1).

Quanto all'inserimento del *rating di impresa*, accanto al *rating di legalità*, tra gli elementi premianti dell'offerta economicamente più vantaggiosa (v. art. 95, comma 13, del Codice, come modificato dal Decreto correttivo), al fine di un suo possibile utilizzo bisognerà attendere l'emanazione delle linee guida previste dall'art. 83, comma 10 del Codice, come modificato dal Decreto correttivo.

Si evidenzia, inoltre, la possibilità di fissare una soglia minima di punteggio che i concorrenti devono raggiungere su uno o più criteri di valutazione ovvero sul punteggio tecnico complessivo (art. 95, comma 8). Ciò consente alla stazione appaltante di selezionare solo i concorrenti che hanno offerto soluzioni progettuali che soddisfano determinati standard di qualità. Particolare attenzione deve essere posta nella determinazione della soglia: un valore troppo basso, infatti, potrebbe vanificarne gli effetti, mentre un valore troppo alto potrebbe portare all'esclusione di offerte tecniche adeguate.

Come più volte sottolineato dall'Autorità, al fine di non alterare i pesi stabiliti tra i vari criteri, qualora nel singolo criterio nessun concorrente abbia raggiunto il massimo del punteggio previsto nel bando di gara, si ricorda l'opportunità di procedere alla c.d. "*riparametrazione*". La riparametrazione sul singolo criterio consente di ottenere il punteggio massimo in relazione al medesimo, così come avviene per i criteri quantitativi, inclusa la componente economica, e di premiare, quindi la reale miglior qualità laddove veramente offerta, evitando di compensare carenze in alcune parti dell'offerta con pregi in altre, come avviene nel caso di doppia riparametrazione. Quest'ultima tuttavia è stata suggerita dal Consiglio di Stato che ha tenuto a precisare che la riparametrazione non è un obbligo che possa farsi discendere da nessuna norma e non può essere imposta dalla Linea guida ma esclusivamente prevista negli atti di gara, quale frutto di una valutazione discrezionale dell'amministrazione (Consiglio di Stato, parere 2 agosto 2016, n. 1767). È rimesso, pertanto, alla discrezionalità delle singole stazioni appaltanti prevedere nei loro bandi di gara la riparametrazione dei singoli punteggi tecnici ed eventualmente anche del punteggio tecnico complessivo. Laddove non siano previste modalità/formule che consentano di attribuire alla migliore offerta il punteggio massimo, la riparametrazione potrà essere utilizzata anche per i criteri di natura quantitativa (Linee guida n. 2/2016).

L'opportunità della riparametrazione assolve all'esigenza di garantire un rapporto invariabile tra il fattore prezzo e i singoli elementi che compongono la qualità in modo che, in relazione a tutte le componenti, l'offerta migliore ottenga il massimo punteggio, con conseguente rimodulazione delle altre offerte (*cf.* Cons. Stato, sez. V, 12 giugno 2009, n. 3716). Al riguardo, si evidenzia che qualora la stazione appaltante inserisca una soglia di sbarramento al punteggio tecnico, la riparametrazione dei punteggi non deve comprendere quelli dei concorrenti che non hanno raggiunto il punteggio tecnico minimo. 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.

Coerentemente con quanto previsto nelle Linee guida n. 2/2016, la riparametrazione andrà effettuata prima di determinare la soglia di anomalia.

Qualora il bando di gara preveda sia una soglia di sbarramento al punteggio tecnico su uno o più sub criteri, sia la riparametrazione, la successione delle operazioni di gara dovrebbe, pertanto, essere la seguente:

- 1) valutazione delle offerte tecniche e assegnazione del relativo punteggio;
- 2) esclusione di eventuali offerte che non superano la soglia di sbarramento al punteggio tecnico fissato su uno o più criteri/sub criteri, o sul punteggio complessivo;
- 3) prima riparametrazione sui singoli criteri;
- 4) eventuale seconda riparametrazione se prevista nel bando sul punteggio tecnico complessivo;
- 5) assegnazione del punteggio alle offerte economiche;
- 6) calcolo della soglia di anomalia;
- 7) verifica delle eventuali offerte che superano la soglia di anomalia o individuate ai sensi dell'art. 97, comma 3, del Codice ed eventuale esclusione di offerte ritenute anomale;
- 8) formazione della graduatoria di gara;
- 9) proposta di aggiudicazione.

In assenza di soglie di sbarramento, la sequenza delle operazioni è la stessa senza la fase *sub* 2).

Si evidenzia che, per maggiore chiarezza e trasparenza, appare opportuno dare lettura anche dei punteggi risultanti dalla riparametrazione.

Infine, nel caso in cui l'oggetto dell'appalto sia costituito da una pluralità di beni o servizi per ciascuno dei quali sia richiesta un'offerta economica da parte dei concorrenti è prevista l'attribuzione di punteggi calcolati su ciascun servizio/fornitura.

## ***22. Commissione giudicatrice e operazioni di gara***

Le attività concernenti la valutazione delle offerte configurano un sub procedimento interno all'affidamento, caratterizzato da autonomia propria e destinato a concludersi con la proposta di aggiudicazione. Due distinti organi condividono, secondo le concrete attribuzioni prescelte della Stazione appaltante, le competenze del procedimento di affidamento. Il Disciplinare distingue, in tal senso, la competenza sul controllo della documentazione amministrativa e sull'aggiudicazione, individuando all'uopo il RUP/Seggio di gara, dalla competenza sulla valutazione delle offerte, che è attribuita alla Commissione giudicatrice.

La Commissione giudicatrice è un organo straordinario e temporaneo dell'amministrazione, istituito con atto ad hoc per lo svolgimento della funzione, di natura tecnica, di esame e valutazione delle offerte formulate dai concorrenti nell'ambito della gara di appalto. Nelle more della attuazione della riforma proposta dal Codice in relazione alla nomina della Commissione aggiudicatrice, così come meglio articolata nelle Linee guida 16 novembre 2016, n. 5, recanti "*Criteri di scelta dei commissari di gara e di iscrizione degli esperti nell'albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici*", il Disciplinare conforma la propria disciplina alla normazione transitoria dell'art. 216, comma 12, del Codice. In tal senso, la nomina della commissione spetta all'organo della Stazione appaltante competente a effettuare la scelte dell'affidatario del contratto, nel rispetto di regole di competenza e trasparenza preventivamente individuate dalla amministrazione. Le stazioni appaltanti, pertanto, dovranno aver adottato un Regolamento interno volto a preordinare tali regole per l'esercizio dell'attività negoziale della amministrazione stessa. Le attuali prescrizioni del Disciplinare relative alla nomina e composizione

della Commissione giudicatrice verranno aggiornate tempestivamente al momento dell'entrata in vigore dell'Albo dei commissari presso l'Anac.

Le operazioni di gara hanno inizio con la verifica della regolarità dei plichi pervenuti, con l'apertura della documentazione amministrativa e gli accertamenti relativi alle cause di esclusione. Nel Disciplinare, la Stazione appaltante può individuare sulla base delle proprie disposizioni organizzative, nel RUP o in un Seggio di gara istituito *ad hoc*, il soggetto cui attribuire la fase amministrativa del procedimento. Tale organo, individuale o collegiale, sarà, pertanto, in primo luogo preposto alla gestione della fase del controllo documentale delle offerte pervenute, al fine di consentire alla Commissione giudicatrice con le operazioni di propria competenza (valutazione delle offerte tecniche ed economiche).

In merito alla sequenza delle operazioni di gara, occorre precisare che - ancorché l'attività della Commissione intervenga in un momento successivo alla apertura della documentazione amministrativa - il momento in cui procedere alla nomina della stessa è fissato dal Codice alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte (art. 77, comma 7). In ottica di accelerazione e concentrazione del procedimento, pare opportuno evidenziare che le attività relative alla apertura della busta A) e alla verifica della documentazione amministrativa e alla nomina della commissione possono essere svolte sincronicamente dallo stesso RUP.

Le operazioni di gara proseguono con la prima seduta pubblica della Commissione giudicatrice che procede all'apertura delle buste contenenti le offerte tecniche e alla verifica della presenza dei documenti richiesti dal disciplinare. La successiva seduta pubblica - in cui è data lettura dei punteggi attribuiti, in applicazione dei criteri di aggiudicazione prescelti dalla stazione appaltante e delle eventuali esclusioni dalla gara - è preceduta da una o più sedute riservate, nelle quali la commissione procede all'esame e alla valutazione delle offerte tecniche, in applicazione delle formule indicate nel bando o nel disciplinare. Nella medesima seduta pubblica o in altra successiva, la Commissione procede all'apertura delle buste contenenti le offerte economiche e alla loro valutazione.

Le ultime operazioni riguardano la verifica di anomalia dell'offerta, la formazione della graduatoria di gara e la proposta di aggiudicazione, con la quale la Commissione giudicatrice rimette alla stazione appaltante l'esito della valutazione tecnica delle offerte, fermo restando il potere di riesame in autotutela del procedimento già espletato (cfr Tar Lazio, Roma, II-ter, 10 maggio 2017, n. 5613).

### ***23. Individuazione dell'anomalia e verifica di congruità delle offerte: procedimento ed esclusione dell'offerta anomala.***

Al ricorrere dei presupposti indicati dall'art. 97, comma 3, e in ogni altro caso in cui l'offerta appaia anormalmente bassa in base a elementi specifici (art. 97, comma 6, ult. per.), il Disciplinare elabora e detta le regole del procedimento di verifica della congruità delle offerte, in ossequio alle novità introdotte dal Codice stesso e nel rispetto delle Linee guida dell'A.N.A.C. 26 ottobre 2016, n. 3, recanti "*Nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento di appalti e concessioni*". Si conferma, dunque, un obbligo di verifica di anomalia nel caso in cui la somma dei punti relativi al prezzo e agli altri elementi di valutazione sia pari o superiore ai quattro quinti dei corrispondenti punti massimi previsti dal bando di gara; e in ogni caso, resta ferma la facoltà per le stazioni appaltanti di procedere, caso per caso, a una motivata verifica di congruità laddove specifici elementi lascino presagire cause di anomalia non rientranti nei casi ipotizzati dalla norma.

Preme evidenziare che il Disciplinare promuove aspetti di chiarimento o di integrazione rispetto alla disciplina del Codice, con riguardo alla distribuzione di competenze, con riguardo alla natura del termine per la presentazione delle giustificazioni dell'offerta e conseguentemente all'articolazione del procedimento medesimo in sotto fasi meramente eventuali.

Con riguardo alle competenze, il Disciplinare assegna la funzione di verifica dell'anomalia al RUP, con l'assistenza e il supporto della commissione di gara. Tale opzione è stata adottata in coerenza con le Linee guida Anac n. 3/2016, ove si prevede che *“nel caso di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, il RUP verifica la congruità delle offerte con il supporto della commissione giudicatrice”*. L'orientamento prescelto sostanzialmente conferma quanto il Codice previgente prevedeva con riguardo al soggetto deputato allo svolgimento della verifica di anomalia, 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 così come precisato dalla giurisprudenza amministrativa (Cons. Stato, Adunanza Plenaria, 29 novembre 2012, n. 36).

Con riguardo alla natura del termine di quindici giorni, offerto all'operatore economico per la giustificazione del sospetto di anomalia, il Disciplinare si conforma al consolidato orientamento giurisprudenziale che propende per la natura meramente ordinatoria del suddetto termine (Consiglio di Stato, Sez. V, 11 giugno 2014 n. 2982). In tal senso, occorre evidenziare che la legge dispone soltanto che venga assegnato al concorrente interessato un termine di almeno 15 giorni per consentire una difesa scritta. Tale procedimento semplifica la previgente disposizione dell'abrogato Codice, nel quale era previsto lo scambio di note tra la stazione appaltante e l'operatore economico, secondo una stretta e articolata scansione temporale in tre sotto fasi, che comprendevano altresì la facoltà di audizione orale. Il presente Disciplinare - nel rispetto del termine di legge, al fine di non aggravare il procedimento intenzionalmente accelerato del Legislatore e senza introdurre la facoltà di audizione orale che pare intenzionalmente esclusa dal Codice - ha ritenuto di integrare la disciplina permettendo alla stazione appaltante di procedere alla richiesta di ulteriori precisazioni scritte, entro un termine strettissimo. Tale elemento intende andare incontro alle esigenze di certezza delle stazioni appaltanti prima di un provvedimento di esclusione del concorrente e si pone, comunque, in linea di continuità con la ratio ispirata alla semplificazione del subprocedimento di verifica dell'anomalia. Pertanto, la formulazione definitiva del Disciplinare consente che - ove le spiegazioni siano ritenute insufficienti ad escludere l'anomalia - la stazione appaltante possa richiedere la presentazione, per iscritto, di ulteriori chiarimenti, assegnando un termine di n. giorni ... [indicare un numero congruo di giorni - almeno 5].

Sotto aspetto analogo, il Disciplinare ha invece intenzionalmente ommesso la riproduzione della previgente previsione codicistica circa la facoltà della stazione appaltante di prevedere l'inserimento dei giustificativi nella busta C dell'offerta.

In ordine alla prevista esclusione dell'offerta anormalmente bassa in quanto il costo del personale è inferiore ai minimi salariali retributivi indicati nelle apposite tabelle di cui all'articolo 23, comma 16 (ai sensi dell'art. 97, comma 5, lett. d)), si rileva come la presente formulazione della norma tra, in parte, origine dal suggerimento del Consiglio di Stato, fornito nel parere reso sul Codice, secondo cui *“Art. 97, co. 5, lett. d): il Consiglio suggerisce la modifica della nuova formulazione proposta per tale norma, la quale introdurrebbe la presunzione di anomalia dell'offerta qualora il costo del personale sia inferiore al costo medio orario del lavoro. La Commissione infatti in questo caso chiede al Governo di ponderare la rettifica in commento la quale “avrebbe come risultato un forte irrigidimento e nella sostanza impedirebbe le giustificazioni - che invece sino ad ora sono state*

*consentite (anche dalla giurisprudenza di questo Consiglio) – nel caso di costo del lavoro inferiore al costo orario medio, purché non inferiore ai minimi salariali” e propone “di consentire comunque all’operatore di dimostrare la ragionevolezza e sostenibilità dell’offerta proposta, fermo restando l’obbligatorio rispetto dei minimi salariali e degli altri vincoli normativi e della contrattazione collettiva”.*

Tenendo conto anche di una lettura sistematica della norma sopra richiamata, con la disposizione di cui all’art. 97, comma 6, secondo cui “Non sono ammesse giustificazioni in relazione a trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge”, ne deriva che mentre sono ammessi giustificativi all’offerta anormalmente bassa che non rispetti il costo medio indicato nelle citate tabelle, devono essere direttamente escluse le offerte che non rispettino i minimi salariali retributivi delle medesime tabelle (che sono in ogni caso desunti dai contratti collettivi di riferimento).

#### **24. Aggiudicazione dell’appalto e stipula del contratto**

Il paragrafo 24 del Disciplinare regola gli adempimenti necessari ai fini dell’aggiudicazione dell’appalto e della successiva stipula del contratto.

Si fa espresso rinvio alle disposizioni (art. 85 e art. 86) che prescrivono, al potenziale aggiudicatario, di presentare la documentazione a comprova dell’assenza delle cause di esclusione e del rispetto dei criteri di selezione (rispettivamente: requisiti generali e speciali).

Segue il dettaglio delle fasi previste dall’art. 32 in combinato disposto con l’art. 33 del Codice, in ordine alle verifiche e all’approvazione della proposta di aggiudicazione, all’aggiudicazione e alla sua efficacia, che segue alla verifica dei requisiti dell’aggiudicatario.

In ragione dell’espressa previsione contenuta nel d.lgs. n. 159/2011, Codice antimafia, viene altrettanto espressamente richiamato l’obbligo di acquisire, prima della stipula, la comunicazione o la informazione antimafia, fatto salvo quanto previsto dall’art. 88, comma 4-bis, e dall’art. 92, comma 3, del d.lgs. 6 settembre 2011 n. 159.

In caso di servizi o forniture rientranti in una delle attività a maggior rischio di infiltrazione mafiosa di cui all’art. 1, comma 53 della legge 6 novembre 2012, n. 190, laddove l’aggiudicatario sia in possesso della sola domanda di iscrizione all’elenco dei fornitori, prestatori di servizi non soggetti a tentativo di infiltrazione mafiosa (c.d. *white list*) istituito presso la Prefettura della provincia in cui l’operatore economico ha la propria sede – coerentemente con la circolare del Ministero dell’interno n. N. 110011119/20(8), del 23 marzo 2016 – è previsto che la stazione appaltante consulti la Banca Dati Nazionale Unica della Documentazione Antimafia immettendo i dati relativi all’aggiudicatario (ai sensi dell’art. 1, comma 52 della l. 190/2012 e dell’art. 92, commi 2 e 3 del d.lgs. 6 settembre 2011 n. 159) per procedere alla stipula anche in assenza di intervenuta iscrizione.

Seguono le prescrizioni in ordine alla stipula previa osservanza del periodo di *stand Still* e il regime delle spese di pubblicazione degli atti di gara nonché di quelle connesse alla stipula, tutte a carico dell’aggiudicatario.

#### **25. Clausola sociale e altre condizioni di partecipazione**

Un ulteriore aspetto relativo alla flessibilità del contratto riguarda l’inserimento di clausole sociali e di altre condizioni di partecipazione.

Nella nuova disciplina del Codice, la stazione appaltante è tenuta in ogni caso a inserire clausole sociali richiamando l'applicazione di contratti collettivi di settore, relative al riassorbimento del personale impiegato dal precedente aggiudicatario. Si ricorda che, per costante giurisprudenza, 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'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, inoltre, che la mera accettazione di obblighi di riassorbimento del personale non può diventare criterio di valutazione dell'offerta tecnica (Avcp, Deliberazione del 21 novembre 2012, n. 100).

Occorre osservare che la clausola sociale obbligatoria è circoscritta a quella che prevede il riassorbimento del personale del precedente appaltatore, garantendo, in ogni caso, l'applicazione del contratto collettivo di settore.

Di contro, tra le opzioni facoltative, la stazione appaltante può prevedere e richiedere condizioni particolari per l'esecuzione del contratto ai sensi dell'art. 100 del Codice, le quali possono attenersi, oltre che a condizioni sociali, ulteriori rispetto al caso della già precisata clausola di imponibile di manodopera, anche a esigenze ambientali. Pare opportuno ricordare che le clausole di ordine sociale non si esauriscono nelle sole clausole di imponibile di manodopera e che accanto ad esse vi sono clausole ambientali.

Le condizioni di esecuzione, per le quali non è più previsto come nell'abrogato Codice il parere preventivo dell'Anac, devono rispettare la compatibilità con il diritto europeo e, in particolare, i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità e innovazione. In tal senso, paiono essere consentite, ad esempio, condizioni di esecuzione del contratto che vogliano promuovere obblighi sociali più penetranti rispetto alla legislazione dello stato membro.

Con riguardo alle clausole sociali ulteriori, si consideri che la Direttiva 2014/24/UE aggiunge esemplificazioni quali *“l'attuazione di misure volte a promuovere l'uguaglianza tra uomini e donne nel lavoro, una maggiore partecipazione delle donne al mercato del lavoro e la conciliazione tra lavoro e vita privata, la protezione dell'ambiente o il benessere degli animali”* (Considerando 98, Direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE); analogamente, potrebbero essere introdotti obblighi esecutivi di assunzione di disoccupati di lunga durata oppure di disabili o di sviluppo di azioni di formazione per categorie svantaggiate ovvero il rispetto delle disposizioni delle convenzioni fondamentali dell'Organizzazione internazionale del lavoro, nell'ipotesi in cui non siano già presenti nella legislazione nazionale, o anche di assunzione di un numero di persone disabili superiore a quello stabilito dalla legislazione nazionale (Considerando 99, Direttiva 24/2014).

Assecondando una accezione ampia di clausole sociali e ambientali, si può osservare che la Direttiva comunitaria prevede all'art. 70, che *“dette condizioni possono comprendere considerazioni economiche, legate all'innovazione, di ordine ambientale, sociale o relative all'occupazione”*; e afferma che *“è d'importanza fondamentale sfruttare pienamente il potenziale degli appalti pubblici al fine di realizzare gli obiettivi della strategia Europa 2020 per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva. In tale contesto, è opportuno ricordare che gli appalti pubblici sono*

*essenziali per promuovere l'innovazione, che è di primaria importanza per la futura crescita in Europa*" (Considerando 95, Direttiva 24/2014/UE).

In tal senso, le condizioni ambientali potrebbero riguardare le condizioni di imballaggio, la fornitura e lo smaltimento di prodotti oppure la riduzione al minimo dei rifiuti e l'uso efficiente delle risorse. E le condizioni di esecuzione finalizzate all'innovazione potrebbero agire tanto sul miglioramento dei prodotti, quanto dei processi; tale condizione non riguarda necessariamente l'avanzamento tecnologico, ma può estendersi alla produzione di beni eco compatibili, alle nuove tecnologie energetiche e alla tutela della salute.

Anche in mancanza del procedimento di preventiva valutazione di compatibilità con i principi del Codice effettuato dall'Autorità, le stazioni appaltanti devono comunque considerare che resta fermo, in ogni caso, che le suddette condizioni devono essere previste espressamente nel Bando ed esplicitamente accettate dagli operatori economici concorrenti; e inoltre che *"è essenziale che i criteri di aggiudicazione o le condizioni di esecuzione dell'appalto riguardanti gli aspetti sociali del processo di produzione si colleghino ai lavori, alle forniture o ai servizi oggetto dell'appalto"* (Considerando 98, Direttiva 24/2014), imponendosi così un ulteriore limite, di carattere teleologico, alla discrezionalità dell'amministrazione.

## **26. Definizione delle controversie**

Il Disciplinare prevede la possibilità che la Stazione appaltante intenda compromettere in arbitri l'eventuale contenzioso, relativo a diritti soggettivi, derivanti dall'esecuzione del contratto. Tale eventualità deve essere prevista a partire dal Bando non essendo consentito il ricorso al compromesso in una fase successiva alla procedura di gara. Si rammenta, peraltro, che la clausola compromissoria deve essere preceduta dall'autorizzazione motivata dell'organo di governo dell'amministrazione aggiudicatrice, a pena di nullità, e – una volta posta nel contratto – può essere comunque riusata dall'aggiudicatario, entro 20 giorni dall'avvenuta conoscenza dell'aggiudicazione.

## **27. Autorizzazione al trattamento dei dati personali.**

I dati raccolti saranno trattati, ai sensi del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196., esclusivamente nell'ambito della gara regolata dal presente disciplinare di gara.