

CONSULTAZIONE BANDI-TIPO AVCP PER L’AFFIDAMENTO DI LAVORI PUBBLICI NEI SETTORI ORDINARI

Il presente contributo è stato elaborato nell’ambito del Gruppo di lavoro interregionale “Contratti Pubblici” presso ITACA, con il coordinamento delle Regioni Piemonte e Toscana.

Considerazioni generali

La documentazione posta in consultazione dall’Autorità, allo scopo di dare attuazione al disposto del citato art. 64 con la pubblicazione dei modelli di bando-tipo, considerati i 12 modelli di disciplinare di gara e lettera di invito pone alcune questioni di carattere generale che occorre evidenziare.

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

La richiamata disposizione è chiara ed inequivoca nel limitare la competenza dell’Autorità alla «indicazione delle cause tassative di esclusione», con la conseguenza che i contenuti dei bandi-tipo non possono riguardare anche altri aspetti della lex specialis che non siano direttamente connessi alle cause di esclusione.

In altri termini, si ritiene che non sussista la competenza dell’Autorità ad estendere i bandi-tipo oltre la disciplina delle clausole di esclusione, fatto salva la possibilità di fornire indicazioni non cogenti in merito alla gestione degli appalti al di fuori dei bandi-tipo..

Ciò, soprattutto in ragione delle possibili conseguenze che derivano del contenuto omnivalente dei bandi-tipo in merito all’obbligo di motivazione e alla sanzione della nullità.

Infatti, le stazioni appalti si troverebbero nella condizione di dover motivare ogni scostamento dai bandi-tipo anche relativamente alla parte non connessa alle clausole di esclusione: ciò determina, in primo luogo, un illegittimo aggravamento del procedimento e dell’attività amministrativa in generale e, in secondo luogo, l’insorgenza di un cospicuo contenzioso in merito alla mancata o insufficiente motivazione.

Con riferimento alla nullità, si evidenzia che, ai sensi dell’art. 46, comma 1-bis, la sanzione riguarda solo le clausole di esclusione; tuttavia la presenza di bandi-tipo che si estendono oltre a tali clausole potrebbe far ritenere che anche con riferimento alla parte non attinente alle medesime clausole costituisca un vincolo per le stazioni appaltanti sanzionato se non con la nullità almeno

con l'annullabilità (per eccesso di potere), con ulteriore evidente aggravio dell'attività amministrativa ed incremento del contenzioso.

A tali considerazioni si deve aggiungere la già segnalata instabilità della normativa di riferimento e degli orientamenti giurisprudenziali che, se tollerabile con riferimento alle clausole di esclusione, diventa ingestibile su tutti gli altri aspetti dell'appalto.

A titolo esemplificativo, si segnala che dalla pubblicazione per la consultazione sono intervenute modificazioni normative e giurisprudenziali che rendono di fatto superati i bandi-tipo predisposti. In primo luogo, il nuovo comma 3-bis dell'art. 82 (introdotto dal D.L. 69 del 2013) che impone di rivedere l'intera impostazione del bando

In secondo luogo, in data 26.6.2013, il Consiglio di Stato ha espresso parere nel senso dell'illegittimità degli artt. 107, comma 2, 109, comma 2 e dell'Allegato A del Regolamento Unico di attuazione nella parte in cui si prevede la necessità di subappalto o di qualificazione obbligatoria per molti dei lavori oggetto delle categorie OS: anche per tale profilo, i bandi tipo devono già ritenersi superati.

Ciò al solo fine di segnalare che, se già in merito all'individuazione delle clausole di esclusione sussistono considerevoli perplessità in ordine alla concreta utilità (visto che i bandi-tipo non fanno altro che riprodurre le norme di legge senza gli adeguamenti necessari: ad es. le dichiarazioni di cui all'art. 38 non tengono in considerazione le vicende legate alla cessione dell'azienda e alla fusione), l'approvazione dei bandi-tipo posti in consultazione determinerebbe una situazione di ulteriore incertezza sia per le stazioni appaltanti che per gli operatori.

Ciò premesso, si rileva infatti che i suddetti bandi-tipo, oltre ad assolvere il compito demandato dal Codice dei contratti di indicare le clausole di natura vincolante afferenti alle cause tassative di esclusione dalle gare, costituiscono altresì, come modello e strumento operativo di ausilio da utilizzare nella predisposizione della documentazione di gara, sia pure con i necessari adattamenti alle caratteristiche dei singoli contratti da affidare.

Per questo aspetto **si ritiene debba essere riservata particolare attenzione alla impostazione e alla struttura** degli schemi di disciplinare e di lettera d'invito, affinché ne **sia assicurata la coerenza sistematica con la normativa esistente e con la tipologia di procedura prescelta** per l'affidamento dell'appalto. In relazione a ciò preme di seguito rilevare alcuni aspetti.

Il primo aspetto, attiene **al livello di difficoltà degli adempimenti** posti a carico degli operatori economici e delle stazioni appaltanti. A fronte dell'esigenza di garantire semplicità e speditezza dell'azione amministrativa, si rileva che la documentazione in consultazione risulta di non facile lettura; in particolare, come si evince dai modelli di disciplinare, non risulta chiaro quale documentazione debba essere prodotta dai concorrenti. Infatti, mentre nel paragrafo dedicato alle modalità di presentazione delle offerte (4.4) si prevede il rinvio *preferibilmente* ai modelli predisposti dalla stazione appaltante (modelli che quindi riuniscono tutte le dichiarazioni che gli operatori economici devono rendere in sede di gara), nel paragrafo relativo alla documentazione amministrativa viene presentato il lungo elenco delle dichiarazioni specifiche da

fornire per la partecipazione a gara, rendendo così difficoltoso l'adempimento per gli operatori economici e per le stazioni appaltanti, anche in rapporto al controllo delle stesse. Ciò aumenta il rischio di errori e rende problematico anche il ricorso al soccorso istruttorio, aumentando il rischio di esclusione dalla gara e di contenzioso, in tutti i casi in cui si riscontrino incongruenze tra i contenuti obbligatori dei modelli dell'Autorità e i contenuti dei modelli predisposti dalle stazioni appaltanti, nonché tra questi ultimi e le dichiarazioni rese dagli operatori economici.

Il secondo aspetto attiene al mancato raccordo con la disposizione di cui all'articolo 74 comma 2 bis, del Codice, aggiunto dall'art. 4, comma 2, lettera i) della legge n. 106 del 2011, secondo cui “le stazioni appaltanti richiedono, di norma, l'utilizzo di moduli di dichiarazione sostitutiva dei requisiti di partecipazione di ordine generale e, per i contratti relativi a servizi e forniture o per i contratti relativi a lavori di importo pari o inferiore a 150.000 euro, dei requisiti di partecipazione economico-finanziari e tecnico-organizzativi. I moduli sono predisposti dalle stazioni appaltanti sulla base dei modelli standard definiti con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, acquisito l'avviso dell'Autorità”.

Si evidenzia, quindi, che la suddetta documentazione dell'Autorità, predisposta per le gare in modalità cartacea, rappresenti un primo tassello che necessita di un imprescindibile raccordo con la modulistica standard del Ministero, raccordo che dovrebbe determinare anche un notevole snellimento e semplificazione di alcune parti della stessa, riducendo il margine di errori nella predisposizione degli atti di gara. Ne consegue, pertanto, che la presente documentazione in consultazione sia pubblicata unitamente alla modulistica del Ministero.

Il terzo aspetto riguarda la compatibilità della suddetta documentazione con i sistemi telematici per la gestione delle procedure di gara che alcune Regioni, da tempo, hanno adottato, investendo anche rilevanti risorse per sviluppare applicazioni per tutte le tipologie di gara nel rispetto del principio di dematerializzazione di cui al CAD (codice per Amministrazione Digitale). Nell'ottica dell'informatizzazione e semplificazione degli adempimenti i sistemi telematici di gestione delle gare generano automaticamente i modelli delle dichiarazioni da rendere in base alle informazioni contenute nelle specifica banca dati, e pertanto la documentazione posta in consultazione appare più consona alle procedure di gara gestite con modalità cartacea.

Il quarto aspetto attiene alle difficoltà riscontrate relativamente ai contenuti dei modelli. Come indicato nella Nota Informativa, laddove si specifica che i modelli “dovranno essere opportunamente implementati ed adattati in relazione alle specificità di ogni singolo appalto. E' evidente, infatti, che i modelli elaborati contengono gli elementi essenziali della procedura di affidamento che le stazioni appaltanti sono tenute ad inserire nella documentazione di gara, ma non possono essere ritenuti esaustivi di tutte le possibili fattispecie che in concreto possono verificarsi. In linea generale, come si chiarirà meglio oltre, i documenti sono stati strutturati con l'inserimento di parti che si ritengono obbligatorie”. **Dall'esame della documentazione in consultazione emerge tuttavia che i modelli proposti per alcuni aspetti obbligatori (ovvero derivanti dalle norme di legge) risultano carenti (es. partecipazione dei RTI, costi della sicurezza afferenti l'impresa), per altri risultano non chiari e complessivamente risultano di difficile applicazione**, anche da parte delle stazioni appaltanti, costrette come gli operatori

economici ad uno sforzo continuo e sfibrante per rincorrere i “nuovi” adempimenti posti a proprio carico dal legislatore nazionale. Da questo punto di vista si evidenzia il rilevante impatto della documentazione in consultazione, tale da determinare il blocco delle gare, almeno in una prima fase. **Inoltre contengono indicazioni in contrasto/eccedenti con la normativa esistente (vedi subappalto e penale antimafia) e pertanto se applicate dalle Stazioni Appaltanti sono suscettibili di generare contenziosi.**

Quindi, in conclusione, considerate la complessità e l'ampiezza della tipologia delle problematiche sottese, la documentazione in consultazione richiede una revisione complessiva non solo “stilistica”, come emerge dai refusi e dalle contraddizioni riscontrate in alcune parti della stessa, ma anche e soprattutto “sostanziale”, in quanto alcune soluzioni ivi contenute costituiscono scelte interpretative rilevanti della vigente normativa in materia di appalti pubblici. Pertanto **si propone di soprassedere alla divulgazione dei bandi tipo**, così come predisposti, rendendosi **comunque disponibili**, nell'ambito del Protocollo in via di sottoscrizione tra Codesta Autorità e la Conferenza delle Regioni e Province Autonome, **a collaborare in sede di tavolo tecnico alla revisione degli stessi.**

Qui di seguito si esprimono alcune considerazioni relative alla documentazione in consultazione evidenziando la non esaustività delle stesse e tenendo conto che i modelli di bandi tipo sono stati messi in consultazione prima delle modifiche intervenute alla normativa con il Decreto Fare e quindi non tengono naturalmente conto delle nuove norme alle quali devono essere adeguati.

NOTA INFORMATIVA

Per quanto riguarda la Nota informativa, considerando che tale documento contiene le linee interpretative fondamentali per la partecipazione alle gare di lavori pubblici, si rileva che tuttavia mancano le indicazioni relative alle seguenti questioni, rispetto alle quali occorre fornire alle stazioni appaltanti le necessarie indicazioni per la gestione della procedura.

- 1) Verifica di congruità degli oneri per la sicurezza afferenti l'impresa. A tale riguardo si sottopone all'attenzione del Tavolo un documento predisposto quale nota esplicativa dettagliata in tema di verifica di congruità degli oneri "aziendali" (afferenti l'impresa) della sicurezza (allegato
- 2) Relativamente agli appalti di progettazione ed esecuzione assorbenza tra le categorie di progettazione

Nella suddetta Nota informativa non si riscontra alcuna indicazione sulla questione cosiddetta dell'assorbenza tra le categorie ex L. 143/1949. A tale riguardo si evidenzia la necessità di fornire indicazioni agli operatori economici in quanto tale aspetto, suscettibile di incidere sulla concorrenza, nella gestione delle procedure di appalto appare particolarmente critico e genera molteplici richieste di chiarimenti da parte dei partecipanti alle procedure. In merito a tale questione l'Autorità si è espressa più di recente con la Determina n. 5/2010, in relazione alla quale occorrerebbe confermare quanto indicato oppure precisare indicazioni più aggiornate.

Infatti, la determinazione n. 5/2010 dell'AVCP dispone letteralmente che (vedi punto "2.1 Individuazione delle classi e categorie della tariffa professionale"): "Con riferimento all'individuazione delle classi e delle categorie cui si riferiscono i servizi da affidare, due classi, la I e la VI, individuano un insieme di interventi oggettualmente e funzionalmente della stessa natura, mentre le categorie costituiscono una suddivisione dell'insieme degli interventi compresi nelle due classi in sottoinsiemi caratterizzati ognuno da uguale complessità funzionale e tecnica (crescente nella classe I dalla lettera a) alla lettera d) - organismi edilizi - e dalla lettera f) alla lettera g) - opere strutturali - e nella classe VI dalla lettera a) alla lettera b). Il sottoinsieme che presenta la più elevata complessità è, quindi, quello con collocazione successiva nell'ordine alfabetico e, logicamente, vi corrisponde la percentuale dei corrispettivi di progettazione più elevata fra quelle previste, a parità di importo, nella classe. Nelle altre classi le categorie si riferiscono invece a interventi oggettualmente e funzionalmente diversi e quindi non sussiste questo principio.

Sulla base di queste indicazioni, nella determinazione n. 30/2002, è stato affermato che occorre indicare nel bando di gara la classe e categoria o le classi e le categorie dell'intervento, in quanto ciò è funzionale anche per la dimostrazione dei requisiti minimi di partecipazione o della indicazione dei requisiti da impiegare. I lavori cui si riferiscono detti requisiti devono, infatti, appartenere alla classe e categoria (o alle classi e categorie) dell'intervento cui si riferisce il

bando. In questi casi, è evidente che vanno considerati per la classe I e per la classe VI gli interventi appartenenti non solo alla classe e alla categoria (o alle classi e categorie) dell'intervento, cui si riferisce il bando, ma anche alla classe ed alle categorie la cui collocazione nell'ordine alfabetico sia successiva a quella stabilita nel bando, in quanto questi interventi sono della stessa natura, tuttavia tecnicamente più complessi.”

Considerato quanto sopra esposto, quindi, la corretta interpretazione del combinato disposto delle due determinazioni AVCP n. 30/2002 e 5/2010 appare essere la seguente:

I) il principio in base al quale il concorrente può utilizzare servizi appartenenti non solo alle categorie dei lavori cui si riferisce il bando, ma anche a categorie la cui collocazione nell'ordine alfabetico della tabella di cui all'art. 14 della L. 143/1949 sia successiva a quella stabilita nel bando, è valido solo nell'ambito delle classi I e VI e non nelle altre classi di cui all'art. 14 della Legge n. 143 del 1949;

II) all'interno della classe I si individuano, in realtà, due sottoinsiemi omogenei di categorie [il primo, che va dalla categoria a) alla categoria d); il secondo, composto dalle categorie che vanno dalla f) alla g)], per cui:

- l'utilizzazione di servizi appartenenti a categorie la cui collocazione nell'ordine alfabetico della tabella ex art. 14 L. n. 143/1949 sia successiva a quella stabilita negli atti di gara, è consentita, nell'ambito della classe I, solo all'interno dei due sottoinsiemi sopra specificati, per cui, a titolo esemplificativo, la classe I categoria d) assorbe e comprende la classe I categorie a), b) e c);

- nello stesso modo, sempre nell'ambito della classe I, la classe I categoria g) assorbe e comprende la classe I categoria f);

- non è consentito, però, trattandosi di sottoinsiemi di categorie distinti, pur se all'interno della stessa classe I, che la categoria e) assorba le categorie a), b), c) o d) o che la categoria f) assorba le categorie a), b), c), d) o e);

III) all'interno della classe VI, invece, si rinviene un solo sottoinsieme di categorie omogenee, composto dalle categorie che vanno dalla a) alla b), e pertanto vale solo il principio che la categoria successiva nell'ordine alfabetico, vale a dire la b), assorba e comprenda la categoria precedente, cioè la a).

3) Partecipazione dei Raggruppamenti temporanei d'impresa: non si riscontrano le indicazioni per le Stazioni appaltanti per quanto concerne l'imputazione delle quote per la partecipazione e per la qualificazione nelle categorie, considerato lo sviluppo della giurisprudenza in merito.

In particolare negli schemi di bando è previsto, a pena di esclusione, l'obbligo di indicare le quote di partecipazione al raggruppamento al fine di rendere possibile la verifica dei requisiti richiesti per i raggruppamenti dall'art. 92 del DPR 207/2010, ma non l'impegno ad eseguire le prestazioni oggetto dell'appalto nella percentuale corrispondente. Non è chiaro se la mancata corrispondenza comporti l'esclusione dalla procedura, oppure se sia ammessa la regolarizzazione della dichiarazione.

In caso di raggruppamento temporaneo, non sono chiariti i requisiti minimi di qualificazione di ciascuna impresa nel caso di raggruppamento misto, nonché nel caso in cui siano previste categorie scorporabili di cui all'art. 37 c. 11 del codice con qualificazione entro il 70%.

4)Appalti affidati con il criterio dell'OFFERTA ECONOMICAMENTE PIÙ VANTAGGIOSA In via generale preliminarmente si rileva che rientra nella discrezionalità tecnica delle Stazioni appaltanti stabilire se accettare o meno varianti in sede di offerta (art. 76 D.Lgs. 163/2006). Per converso, nell'impostazione dei bandi-tipo dell'Autorità le stazioni appaltanti dovrebbero sempre accettare varianti migliorative nel caso di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Inoltre viene proposta una analoga disciplina tra l'appalto di sola esecuzione con progettazione esecutiva sviluppata dall'amministrazione e l'appalto integrato di cui all'art. 53 comma 2 lett. b) su progettazione definitiva, con le medesime conseguenze in caso di varianti non ritenute accettabili; ciò, al di là delle considerazioni in proseguo esposte, non risulta però appropriato dato il diverso livello di progettazione posto a gara e i diversi limiti che devono essere imposti ai concorrenti.

In relazione all'applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa negli appalti di lavori di sola esecuzione si evidenzia che la Conferenza delle regioni ha approvato una linea guida che è disponibile sul sito di ITACA nella quale vengono fornite indicazioni per lo svolgimento delle procedure con tale criterio.

Nello specifico si osserva che la trattazione contenuta nei bandi tipo appare trascurare le problematiche che possono derivare dall'applicazione di tale criterio nel caso **di appalti di lavori di sola esecuzione - e quindi con progettazione esecutiva a base di gara - per i quali la possibilità di presentazione di soluzioni migliorative o integrazioni tecniche** richiede la presenza nella documentazione di gara di previsioni particolari tese a consentire alla Commissione giudicatrice di avere una confrontabilità delle offerte presentate dai concorrenti e poter capire l'incidenza delle migliorie sulla progettazione messa a gara. Peraltro essendo messo a gara un progetto esecutivo, occorre che le migliorie non incidano sulla progettazione esecutiva e non si traducano in una diversa ideazione dell'oggetto del contratto che si ponga come alternativo a quanto previsto dal progetto.

A tal fine è importante che la Stazione appaltante, sulla base delle indicazioni del RUP (e quest'ultimo di concerto con il progettista), indichi con precisione nella documentazione di gara le parti del progetto che possono essere oggetto di miglioramento esecutivo. Il RUP, nel proporre all'amministrazione il sistema di affidamento con il relativo criterio di aggiudicazione, prima della verifica o validazione del progetto, deve quindi indicare, sentito il progettista, le parti, in relazione a tutti gli elaborati di progetto, alle quali possono essere apportate variazioni migliorative (o migliorie) da parte dell'offerente.

Questo si traduce in una indicazione chiara nella documentazione di gara delle parti del progetto che possono essere oggetto di migliorie, dei limiti di accettabilità delle stesse ovvero dell'indicazione, sulla base delle scelte effettuate dal RUP di concerto con il progettista, di una "soglia di accettabilità" della miglioria, descrivendo "cosa si richiede" e ancor più "cosa non si vuole". Questo costituirà una indicazione per la commissione giudicatrice che nel valutare le migliorie terrà conto dell'impatto delle stesse sul progetto, soprattutto laddove prevedano aspetti non ritenuti accettabili.

Il disciplinare oggetto di consultazione trascura tali aspetti e si limita in modo del tutto marginale ad indicare una possibile elencazione degli aspetti oggetto di soluzioni migliorative.

Un ulteriore aspetto delicato attiene alla presentazione di soluzioni migliorative ritenute dalla commissione peggiorative o comunque non migliorative e quindi non accettabili per le quali nei documenti in consultazione non si prevede l'esclusione ma l'assegnazione di un punteggio pari a zero e laddove l'offerta sia aggiudicataria della gara l'esecuzione da parte del concorrente delle opere secondo quanto previsto nel progetto esecutivo.

Tale previsione che di fatto modifica l'offerta del concorrente, in quanto gli viene richiesto di eseguire quanto oggetto della miglioria con modalità diverse ma allo stesso prezzo indicato in offerta, **non appare condivisibile in quanto provoca l'instaurarsi di contenzioso derivante dal fatto che l'appaltatore potrebbe non essere in grado di eseguire quel lavoro nelle modalità previste dal progetto o il prezzo offerto potrebbe non essere remunerativo sulla base delle modalità previste dal progetto esecutivo.**

Occorre quindi, riflettere sul fatto che la Stazione appaltante non possa richiedere all'appaltatore, la cui offerta sia risultata migliore sulla base di tutte le valutazioni effettuate, di modificare, in presenza di una miglioria valutata in modo non completamente positivo, la propria offerta e di eseguire i lavori sulla base del progetto predisposto dalla stazione appaltante e dell'offerta economica da lui presentata.

Qualora si preveda la possibilità di presentare offerte migliorative occorre :

- indicare al concorrente quali possono essere gli aspetti migliorabili, quali i limiti entro i quali si può muovere, cosa non è ritenuto accettabile e prevedere l'esclusione dell'offerta laddove la miglioria non rispetti i limiti previsti e quindi l'amministrazione non potrebbe in nessun caso accettare l'esecuzione con le modalità offerte;
- fornire alla commissione gli strumenti utili per valutare se la miglioria è accettabile ed in presenza di una miglioria non accettabile prevedere l'esclusione dell'offerta dalla gara . Ogni altra miglioria che rispetti i limiti previsti e che quindi potrebbe essere eseguita con le modalità offerte deve essere oggetto di valutazione anche con punteggio zero. Il concorrente laddove aggiudicatario eseguirà il lavoro con le modalità ed al prezzo offerto.

Infine nel disciplinare non vengono fornite indicazioni sulla modalità per la quantificazione del prezzo da parte del concorrente. A tale riguardo si suggerisce di far indicare a corpo gli importi richiesti per l'esecuzione delle stesse indicando le modalità per evidenziare nella lista delle categorie e lavorazioni le voci di prezzo che per effetto delle migliorie sono modificate e quotate in modo autonomo dal concorrente.

5) Tra i diversi documenti in consultazione non si trovano i modelli per appalto integrato col criterio del prezzo più basso. A tale riguardo si evidenzia che dal quadro normativo attuale non sembra potersi ricavare un indicazione *ad escludendum* di tale tipo di gara. Pertanto si segnala la necessità di fornire indicazioni al riguardo.

6) Subappalto: nei modelli di disciplinare si riscontra la clausola di gradimento, che non consente di affidare subappalti a soggetti che in qualunque forma abbiano partecipato alla gara d'appalto. Detta clausola impone un divieto non previsto dalla legge, mentre, come noto, nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base ad una legge.

A tale riguardo si rileva che tale indicazione non è riscontrabile espressamente nella normativa attuale nell'ambito dei lavori pubblici, e pertanto richiede una specifica copertura di legge. Infatti, originariamente prevista nelle legge Merloni, tale disposizione è stata poi abrogata con le successive leggi di modifica e definitivamente non riproposta nel Codice dei Contratti pubblici. Si fa presente che una disposizione simile era stata introdotta inizialmente nella legge regionale della Regione Toscana n. 38 del 13 luglio 2007 "norme in materia di contratti pubblici e relative disposizioni sulla sicurezza e regolarità del lavoro". Siffatta disposizione è stata oggetto di specifica impugnativa da parte del governo e pertanto è stata espunta dal testo attualmente vigente.

La suddetta clausola appare restrittiva della libertà di organizzazione dell'impresa e contraddice lo stesso orientamento dell'Autorità di vigilanza che sul punto ha assunto un atteggiamento più cauto (determina n. 14 del 15.10.2003), specificando che "si ritiene indispensabile un apprezzamento da parte della S.A., che di volta in volta valuterà, anche sulla base delle singole situazioni ambientali che abbiano già condotto all'adozione di formali iniziative con gli organismi istituzionalmente preposti, la eventualità di inserire nei bandi di gara detta clausola di gradimento".

Al riguardo pertanto si rende necessario esplicitare tale cambiamento della suddetta posizione.

MODELLI DI DISCIPLINARE DI GARA E LETTERA D'INVITO

Aspetti generali

Relativamente ai modelli posti in consultazioni si evidenziano le seguenti problematiche di carattere generale, in quanto sottendono un posizionamento preciso nell'ambito dell'interpretazione della normativa vigente.

Appalti affidati con il criterio dell'OFFERTA ECONOMICAMENTE PIÙ VANTAGGIOSA rientra nella discrezionalità tecnica delle Stazioni appaltanti stabilire se accettare o meno varianti in sede di offerta (art. 76 D.Lgs. 163/2006). Per converso, nell'impostazione dei bandi-tipo dell'Autorità le stazioni appaltanti dovrebbero sempre accettare varianti migliorative nel caso di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Anche l'elenco degli elementi di valutazione dell'offerta tecnica, dovrebbe formare oggetto di valutazione da parte delle Stazioni appaltanti e quindi non assumere il valore di un elenco preconstituito e vincolante, in quanto in tal modo rischierebbe di vanificare la corretta applicazione del criterio dell'oepr da parte della Stazioni appaltanti in quanto gli elementi di valutazione devono essere contestualizzati nell'appalto concreto.

Pertanto si suggerisce di non vincolare tutte le Amministrazioni aggiudicatrici ai criteri elencati nel bando tipo (solamente alcuni dei quali opzionali), potendo invece il bando operare un rinvio ad altro elaborato da porre in gara che andrà redatto, caso per caso, dalle diverse Amministrazioni, nel rispetto delle indicazioni interpretative già fornite da codesta rispettabile Autorità di Vigilanza in numerose pronunce.

In relazione ai contenuti del disciplinare si rinvia alle osservazioni formulate in precedenza e si evidenzia che la disciplina prevista può generare contenzioso nella fase di valutazione ed esecuzione del contratto.

APPALTI di PROGETTAZIONE ed ESECUZIONE

Fermo restando quanto rilevato al punto precedente, si richiede un approfondimento in merito alla legittimità di includere tra gli elementi di valutazione dell'offerta tecnica il curriculum dei tecnici che faranno parte della struttura incaricata della progettazione esecutiva e della direzione lavori.

Inoltre:

1) Con riferimento al richiamo alla disposizione di cui all'art. 1, comma 17 della L. 190/2012, in cui si stabilisce che "le stazioni appaltanti possono prevedere negli avvisi, bandi di gara o lettere di invito che il mancato rispetto delle clausole contenute nei protocolli di legalità o nei patti di integrità costituisce causa di esclusione dalla gara", si osserva che legislatore ha introdotto una fattispecie di esclusione dalle gare ulteriore a quelle già previste "tassativamente" dalla vigente normativa. Peraltro, poiché i Protocolli di legalità esplicano principalmente i loro effetti nella fase di esecuzione del contratto, la disposizione non sembra rivestire particolare rilevanza pratica salvo riconoscere che possono essere esclusi dalle gare i concorrenti sprovvisti dei requisiti, previsti nei Protocolli, ulteriori a quelli stabiliti dalla legge o che omettono di rendere la dichiarazione di accettazione delle clausole dei Protocolli di legalità richiamati nei bandi di gara che introducono peculiari obblighi a carico degli affidatari. Pertanto, così come posta dall'Autorità di vigilanza, la clausola in argomento si presta a diventare possibile fonte di pericolose incertezze applicative. Si chiede quindi all'Autorità di vigilanza di formulare una clausola attuativa da inserire nella lex specialis che consenta di attribuire un significato concreto alla norma prevista dalla legge anticorruzione in coerenza con il principio di tassatività delle cause di esclusione dalle gare;

2) con riferimento al fatturato aziendale, negli schemi relativi ad appalti di progettazione ed esecuzione l'Autorità fornisce l'indicazione di "motivare" la richiesta del requisito del fatturato globale per servizi tecnici di cui all'art. 252 del Regolamento. Detto requisito è previsto dall'art. 263, comma 1, lett. a) del predetto Regolamento per i servizi di importo pari o superiore a 100.000 euro. Secondo l'Autorità di vigilanza l'art 41, comma 2, ultimo periodo del D.Lgs. 163/2006, a tenore del quale "Sono illegittimi i criteri che fissano, senza congrua motivazione, limiti di accesso connessi al fatturato aziendale" avrebbe implicitamente abrogato il carattere obbligatorio del requisito in argomento. In coerenza con detta interpretazione, analoga indicazione della necessità di giustificare la richiesta del requisito del fatturato globale dovrebbe essere riportata con riferimento agli appalti di lavori di importo superiore a euro 20.658.000,00 rispetto a quanto previsto dall'art. 61, comma 6, del regolamento;

3) in riferimento alla richiesta di informazioni inerenti l'iscrizione al Registro Imprese della Camera di Commercio, l'Autorità precisa che l'oggetto sociale dichiarato e risultante dal certificato camerale deve corrispondere a quello oggetto della procedura di affidamento: l'indicazione andrebbe approfondita sia per specificare le conseguenze (esclusione dalla gara) derivanti dalla mancata corrispondenza tra l'oggetto dell'affidamento e quello dell'attività

d'impresa dichiarato e risultante dal certificato camerale, sia per precisare che detto requisito non può formare oggetto di avvalimento, come chiarito dalla stessa Autorità nella det. 2/2012 e nel parere n. 64/2013.

4) nel paragrafo del disciplinare relativo alle procedure di aggiudicazione si prevede che il soggetto deputato all'espletamento della gara provvede a verificare il possesso dei requisiti generali e speciali dei concorrenti sulla base delle dichiarazioni da essi presentate attraverso l'ACpass. La formulazione di tale prescrizione non appare chiara. Si osserva che la verifica dei requisiti di ordine generale è effettuata nei soli confronti dell'aggiudicatario e, con riferimento agli altri concorrenti, col metodo a campione secondo quanto prescritto dal D.P.R. 445/2000. Quanto ai requisiti di ordine speciale, i soggetti da verificare sono quelli indicati dall'art. 48 del D.Lgs. 163/2006.

5) Tra i documenti proposti dall'AVCP è stata inserita la scheda 1 Analisi del Prezzo. Tra le voci indicate in tale scheda per la composizione delle analisi dei prezzi figura anche la voce "Trasporti". Tuttavia, ai sensi dell'art. 32, co.4 lett. f) del DPR 207/2010, le spese per il trasporto di qualsiasi materiale o mezzo d'opera sono ricomprese nelle spese generali. Pertanto, non appare corretto, né conforme al dato normativo inserire la voce "Trasporti" all'interno della scheda di composizione dell'analisi dei prezzi.

A tale riguardo si riporta quanto specificamente indicato dal Ministero delle Infrastrutture e trasporti nel parere prot.n. 0003292-03/08/2011, in merito alla lettera f) comma 4 dell'articolo 32 DPR 207/2010. Relativamente a tale disposizione, concernente l'elenco delle spese generali comprese nel prezzo dei lavori e perciò a carico dell'esecutore, il Ministero ribadisce che dalla formulazione generale della stessa lettera f) (le spese per trasporto di materiale o mezzo d'opera) "si deduce che le spese ivi indicate comprendono quelle di consegna del materiale in cantiere indipendentemente dal punto di approvvigionamento dello stesso, non prevedendo il Regolamento alcun limite al riguardo."

Inoltre nella scheda proposta dall'AVCP si fa riferimento ad una voce ulteriore "Altre forniture e prestazioni". Non è chiaro a quali forniture o prestazioni si faccia riferimento, pertanto non è possibile valutare la conformità di tal previsione alla normativa vigente in materia. Per tali ragioni, si propone la sostituzione della scheda proposta dall'AVCP con il format indicato all'allegato 2.

6) Oneri aziendali per la sicurezza: per quanto sopra già indicato nella struttura del disciplinare non si riscontra uno specifico paragrafo dedicato alla regolamentazione degli oneri "aziendali" (afferenti l'impresa) della sicurezza, con il titolo: "Controlli post aggiudicazione degli oneri aziendali della sicurezza", dal seguente tenore:

Successivamente alla gara, l'Amministrazione aggiudicatrice procede a effettuare la verifica di congruità degli oneri per la sicurezza aziendali (afferenti l'impresa) di cui all'articolo 86 comma 3 bis in relazione al presente appalto. Al tal fine l'Amministrazione aggiudicatrice provvede a richiedere all'aggiudicatario definitivo con aggiudicazione non efficace idonea documentazione con documentazione con il procedimento di verifica di cui all'articolo 88 del Codice dei Contratti.

7) Avvalimento: nei modelli di disciplinare non risulta indicato che, come acclarato dalla giurisprudenza costante, che nel contratto di avvalimento devono essere specificamente

individuati quali requisiti e quali risorse l'impresa ausiliaria si impegna a mettere a disposizione nei confronti del concorrente.

8) Quadri sinottici dei contenuti delle offerte. Nel modello di disciplinare con il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, sono previsti i quadri sinottici dei contenuti dell'offerta. A tale riguardo si evidenzia che non risulta chiara la funzione dei suddetti quadri, né il relativo contenuto e neppure chi è tenuto alla relativa compilazione.

In ogni caso se ne auspica il carattere facoltativo.

9) Riduzione tempi non in offerta tecnica

Relativamente all'Offerta riduzione dei tempi, si rileva che, trattandosi di una formula matematica che assegna automaticamente il punteggio, anche per non influenzare il giudizio della commissione sull'offerta tecnica, l'offerta di riduzione dei tempi di esecuzione dei lavori (opzionale), deve essere inserita nell'offerta economica.

Si è verificato che l'offerta riduzione dei tempi è stata inserita dall'AVCP nella busta B) contenente l'offerta tecnica in tutti i modelli di aperta OEPV (sia quelli di sola esecuzione sia oepv appalto integrato ai sensi delle lett b) e c). In particolare si tratta dei modelli 2,3 e 4., inoltre i tempi costituiscono anche un elemento della offerta tecnico organizzativa.

10) Anomalia termine perentorio 15 giorni

Relativamente alla verifica delle offerte anomale, rilevando la complessità delle disposizioni si evidenzia che il termine di 15 giorni per fornire le giustificazioni non dovrebbe rivestire il carattere della perentorietà in quanto non previsto come perentorio dall'art. 88 del d. LGS 163/2006 che indica termini minimi a garanzia degli operatori economici .

Aspetti puntuali

Di seguito sono riportati i dubbi e le perplessità puntuali in relazione agli specifici paragrafi in cui si articolano i disciplinari proposti, con particolare riferimento al modello 3 (Procedura aperta per appalto di progettazione ed esecuzione lavori - art.53, comma 2, lett. b) del d.lgs 12 aprile 2006, n. 163 - Contratti di importo superiore a euro 150.000). Per i paragrafi ricorrenti, le stesse considerazioni riguardano tutti i modelli di disciplinare posti in consultazione.

1. Oggetto dell'appalto e importo a base di gara

- Nella tabella-schema dei lavori oggetto di progettazione: nel modello per le negoziate, appare una colonna "corrispondente categoria d.p.r 207/2010", mentre questa non appare nel modello per le aperte: quest'ultima pare essere la scelta corretta, in quanto non vi è perfetta coincidenza tra categorie del DPR 207/2010 e quelle della L. 143/1949.

- nel disciplinare per procedura aperta, la tabella della lavorazioni nell'ultima colonna della tabella riportata a pag. 3 del disciplinare di gara, contenente le indicazioni relative alle percentuali di subappalto ammesse, va evidenziato che:

- nell'intestazione della colonna, dovrebbe essere eliminata la dizione "sì/no" dato che nell'ordinamento vigente non sussistono più categorie per le quali è vietato il subappalto, ma solo categorie per le quali il subappalto può essere limitato alla percentuale massima del 30%;
 - nella prima riga della suddetta colonna appare la voce "<30%" (vale a dire, "inferiore al 30%): tale dizione, se si riferisce alla sola categoria prevalente, appare errata, dato che l'art. 118, comma 2, del D.Lgs. n. 163/2006, consente il subappalto dei lavori della categoria prevalente nel limite massimo del 30%, e dunque, tale dizione dovrebbe correttamente apparire come "• 30%"; in ogni caso, si evidenzia che, a scanso di equivoci, nella prima cella della colonna "Prevalente o scorporabile" si potrebbe aggiungere la dizione "Prevalente";
- in merito alla tabella indicante le lavorazioni (pag. 3 disciplinare per procedura aperta), si ritiene che il riferimento alla subappaltabilità delle lavorazioni entro i limiti del 30% riguardi non solo le lavorazioni appartenenti alla categoria prevalente ma anche quelle di cui all'art. 37 c. 11 del codice di importo superiore al 15%.

2. Soggetti ammessi alla gara

Nei bandi tipo manca il riferimento soggetti pubblici o organismi pubblici (det. dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture n. 7/2010), e quello dell'esclusione delle società di cui all'art. 13 del D.L. n. 223/2006 convertito con L. n. 248/2006.

3. Condizioni di partecipazione

Per le ipotesi di non ammissione alla gara si segnala che:

- le ipotesi indicate con le lettere b) e c) risultano assorbite dalle previsioni di cui all'articolo 38 comma 1 lett. b)
- le ipotesi indicate alla lettera d) attualmente sembrano non trovare più applicazione per l'esaurimento nel tempo del meccanismo previsto dalla L. 381/2001. Infatti, per ottenere le agevolazioni derivanti dai piani individuali di emersione del lavoro irregolare di cui alla L. 383/2001, i soggetti interessati dovevano far domanda entro il 15 maggio 2003 (dopo una serie di proroghe e specificazioni) e potevano rateizzare quanto dovuto in 24 mesi. Da ciò si deduce che, per motivi temporali, non trova applicazione la causa di non ammissione prevista dall'art. 1bis, comma 14, della su citata legge ("I soggetti che si avvalgono dei piani individuali di emersione sono esclusi dalle gare di appalto pubblico fino alla conclusione del periodo di emersione").

Gli schemi di bando di gara non riportano:

- la causa di esclusione introdotta dall'art. 1, comma 42, della L. 190/2012 in forza del quale, mediante aggiunta del comma 16 ter nell'art. 53 del D.Lgs. 165/2001, vige il divieto per i dipendenti pubblici che, hanno esercitato poteri autoritativi o negoziali per conto delle pubbliche amministrazioni, di 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 causa di esclusione in caso di mancata comprova secondo le modalità prescritte dei requisiti di idoneità tecnico-professionale previsti dall'art. 16 del DLgs. 81/2008

Relativamente ai patti di integrità/protocolli di legalità, previsti come contenuto eventuale, si richiamano le considerazioni sopra già espresse. Il riferimento appare quindi troppo generico, in quanto il richiamo ai suddetti atti in questa fase deve riguardare soltanto le clausole che possono incidere sulla partecipazione alla gara, tenuto conto che il contenuto dei suddetti atti incide generalmente soprattutto sull'esecuzione del contratto.

4. Informazioni complementari e prescrizioni contrattuali

4.1. Modalità di verifica dei requisiti di partecipazione

4.2. Sopralluogo e presa visione della documentazione di gara

- Relativamente al sopralluogo, al fine di garantire il rispetto del principio di concorrenza e di partecipazione alla gara, si consiglia che il termine per la relativa richiesta non sia inferiore a 10 giorni precedenti la scadenza fissata per la presentazione delle offerte e pertanto che la Stazione appaltante sia tenuta a consentire il sopralluogo fino a 7 giorni prima del termine di scadenza delle domande di partecipazione.

- Si suggerisce di precisare che il sopralluogo sarà ritenuto validamente effettuato per conto del costituendo raggruppamento temporaneo, nel caso in cui la mandante che lo ha effettuato risulterà effettivamente facente parte del raggruppamento.

- Non appare molto chiara l'indicazione dei soggetti che possono effettuare il sopralluogo, e soprattutto delle formalità che devono essere rispettate per tale adempimento obbligatorio. Si suggerisce, nel punto specifico, di sostituire le parti interessate con una dizione più articolata e dettagliata, quale, a titolo esemplificativo, la seguente:

"In proposito si ricorda che soggetti legittimati a effettuare il sopralluogo per le imprese partecipanti sono esclusivamente:

- il legale rappresentante o direttore tecnico dell'impresa;
- un dipendente dell'operatore economico;
- un procuratore.

Un soggetto può effettuare il sopralluogo solo per un operatore economico singolo, associato o consorziato.

All'atto del sopralluogo, i soggetti sopra indicati devono presentarsi con:

- un documento valido di identità;
- il legale rappresentante o il direttore tecnico: un'autocertificazione (o copia conforme dell'attestazione SOA o del certificato camerale) attestante la qualità di rappresentante legale o di direttore tecnico;
- il dipendente: delega a firma del legale rappresentante, anche in forma di scrittura privata, attestante che il soggetto delegato è dipendente dell'operatore economico; il procuratore: procura notarile (in originale o in copia autentica) o copia conforme del certificato camerale che attesti il ruolo di procuratore.

In caso di raggruppamento temporaneo d'impresa non ancora costituito, anche la mandante può effettuare il sopralluogo per conto del costituendo RTI. Tuttavia, si precisa che il sopralluogo sarà ritenuto validamente effettuato per conto del costituendo RTI solo se poi, in sede di offerta, la mandante che in precedenza aveva effettuato il sopralluogo risulterà effettivamente facente parte del raggruppamento.

In caso di consorzio di cui all'art. 34, comma 1, lettere b) e c), D.Lgs. n. 163/2006, anche la consorziata per la quale il consorzio concorre può effettuare il sopralluogo per conto del consorzio concorrente. Tuttavia, si precisa che il sopralluogo sarà ritenuto validamente effettuato per conto del consorzio solo se poi, in sede di offerta, la consorziata che in precedenza aveva effettuato il sopralluogo risulterà effettivamente indicata dal consorzio concorrente come consorziata per la quale il consorzio concorre.

Del sopralluogo di presa in visione dei luoghi viene redatta un'attestazione di partecipazione in duplice copia. L'Amministrazione aggiudicatrice, sulla base delle attestazioni di partecipazione rilasciate, costituirà un elenco degli operatori economici che hanno effettuato il sopralluogo, mediante il quale effettuare la verifica del suddetto adempimento obbligatorio da parte dei concorrenti.

4.3. Chiarimenti

4.4. Modalità di presentazione della documentazione

Si segnala al punto 2 che è richiesta la copia conforme all'originale della relativa procura. Tale indicazione costituisce un aggravamento notevole per gli operatori economici.

4.5. Comunicazioni

4.6. Finanziamento e pagamenti

- Si ritiene preferibile lasciare maggiore autonomia alle stazioni appaltanti nella disciplina relativa alle modalità di pagamento dei progettisti. Ad es. alcune stazioni appaltanti pagano anticipatamente la progettazione esecutiva (e il coordinamento per la sicurezza in fase di progettazione) mediante acconti alla consegna del progetto e/o al raggiungimento di SAL prestabiliti.

- Il termine per il pagamento del corrispettivo per la progettazione esecutiva, indicato in 60 giorni, non risulta compatibile con i nuovi, ridotti termini di pagamento ex D.Lgs. n. 231/2002 così come modificato con D.Lgs. n. 192/2012.

4.7. Subappalto

- Per la presente disposizione “*non è consentito affidare subappalti a soggetti che in qualunque forma abbiano partecipato al presente appalto*” si rimanda a quanto indicato negli “*Aspetti generali*”.

- Riguardo alla disposizione contenuta al IV° capoverso si rileva che non si considera l'ipotesi delle categorie subappaltabili al 100%.

- Alle due opzioni (n. 1 e n. 2) relative al pagamento dei subappaltatori , trattandosi di schema-tipo, ne andrebbe aggiunta una terza relativa all'ipotesi di lavori relativi a categorie super-specialistiche (SIOS) di importo superiore al 15% dell'appalto, per le quali, ai sensi dell'art. 37, comma 1, ultimo periodo, del D.lgs. n. 163/2006, è obbligatorio il pagamento diretto dei subappaltatori.

4.8. Ulteriori disposizioni

- Il decreto cd. "del fare" (L. 69/2013) ha modificato, allungando di due anni la proroga lì prevista, l'art. 253, comma 20-bis, del Codice.

- Per quanto riguarda l'indicazione dell'esatto importo delle spese di pubblicazione, si tratta di un adempimento di difficile esecuzione per gli uffici in fase di redazione del bando: sarebbe dunque preferibile prevedere una stima approssimativa.

- Per la disposizione contenuta al penultimo capoverso (pag. 11) si segnala che non risulta chiara la normativa di riferimento che consente l'applicazione della penale e relativa quantificazione al 10%. Inoltre non risulta chiara la normativa di riferimento che consente, in caso di esito positivo delle Informazioni Antimafia, la risoluzione di diritto del contratto.

Infine, considerato che la disposizione concerne la fase esecutiva dell'appalto, si rileva che la sede opportuna di questo tipo di disposizione sembrerebbe non tanto il disciplinare di gara bensì il contratto in quanto non si tratta di una norma di partecipazione ma di una regola afferente il rapporto contrattuale con l'affidatario dei lavori.

- Si segnala che la restituzione della documentazione presentata al fine della partecipazione alla gara non appare condivisibile in quanto la suddetta documentazione entra a far parte del procedimento amministrativo.

5. Cauzioni e garanzie richieste

- Non è chiarito se l'importo delle cauzioni va calcolato sull'importo totale o va escluso l'importo della progettazione.

- Viene previsto il dimezzamento della cauzione provvisoria, ai sensi dell'art. 75, comma 7, del D.Lgs. n. 163/2006, solo per gli appalti rientranti nella terza classifica o superiore, per i quali il possesso della certificazione di qualità è obbligatorio. Si ritiene, invece, che sarebbe preferibile una disciplina del dimezzamento della cauzione provvisoria più generica, prevedendo tale possibilità per tutti i soggetti che siano in possesso della certificazione di qualità, indipendentemente dalla classifica delle categorie dei lavori oggetto dell'appalto.

Si ritiene, inoltre, necessario specificare che, in caso di raggruppamento orizzontale, è possibile usufruire del dimezzamento solo se ogni membro del RTI dichiara il possesso della certificazione di qualità, e che invece, in caso di raggruppamento verticale, è possibile un dimezzamento della cauzione anche pro-quota, cioè da parte dei soli soggetti del raggruppamento (in possesso della certificazione di qualità) che intendono usufruire del beneficio della riduzione della garanzia per la quota parte ad essi riferibile.

Per quanto riguarda le irregolarità nella modalità di presentazione della cauzione provvisoria, si ritiene che le ipotesi di esclusione previste nel bando non siano del tutto conformi alla disciplina normativa relativa alla tassatività delle cause di esclusione di cui all'art. 46 comma 1 bis del D.lgs. 163/2006; si suggerisce, sul punto, di elencare i casi tassativi di esclusione (es. mancata

presentazione della cauzione, assenza dell'impegno del fideiussore a rilasciare la cauzione definitiva).

Si rileva inoltre che gli schemi tipo prevedono la richiesta, a pena di esclusione, delle clausole previste dall'art. 75 del codice, nonché, alla lettera f), l'obbligo tassativo di intestazione, quali contraenti, di tutte le imprese della costituenda associazione A tale specifico riguardo, considerato che in giurisprudenza si riscontrano indirizzi difformi, si chiede di esplicitare la posizione dell'Autorità.

Gli importi indicati relativi alla cauzione definitiva non tengono conto di quanto previsto dall'art. 113 comma 1 del D.lgs. 163/2006.

6. Pagamento a favore dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture

- Riguardo alla previsione si rileva, in primo luogo, che determina la sospensione della gara ed in secondo luogo che non risulta chiaro se sia diretta ad imporre un vero e proprio ulteriore obbligo a carico delle SS.AA. di verificare comunque ed in ogni caso l'avvenuto pagamento e la relativa correttezza, oppure se sia diretta ad indicare gli adempimenti in caso di mancata produzione della documentazione da parte degli operatori economici.

7. Capacità economica e finanziaria e capacità tecnico organizzativa

7.1. Requisiti speciali per l'esecuzione dei lavori

- Nel paragrafo intitolato "(Per gli appalti per cui è richiesta la classifica III)" non si evince con chiarezza se l'affermazione testuale che "Il possesso della certificazione del sistema di qualità deve risultare dall'attestato SOA oppure da documento prodotto in originale o copia conforme." viene fatta col solo fine di indicare in anticipo come dovrà essere dimostrato, in caso di controllo, il possesso di tale requisito o se, invece, si intende sostenere che per la partecipazione all'appalto è necessario produrre tale documentazione: questa seconda ipotesi, infatti, non parrebbe in linea col dettato dell'art. 75, comma 7, ultimo periodo del D.Lgs. n. 163/2006, che prevede, invece, che: "Per fruire di tale beneficio, l'operatore economico segnala, in sede di offerta, il possesso del requisito, e lo documenta nei modi prescritti dalle norme vigenti."

- Il decreto cd. "del fare" (L. 69/2013) ha modificato, allungando di due anni la proroga lì prevista, l'art. 253, comma 9-bis, del Codice.

7.2. Requisiti speciali per la progettazione

- Il decreto cd. "del fare" (L. 69/2013) ha modificato, allungando di due anni la proroga lì prevista, l'art. 253, comma 15-bis, del Codice.

- Il fatto che i cd. "servizi di punta" "possono invece essere stati svolti anche da due diversi progettisti purché appartenenti allo stesso raggruppamento indicato dal concorrente o associato al concorrente" lascia adito a perplessità: infatti, se i due progettisti appartenessero a due diversi studi professionali, riuniti in un costituendo RTP, si avrebbe un frazionamento del requisito, violando così l'art. 261, comma 8, del Regolamento. Oltre tutto, una siffatta interpretazione

complicherebbe la valutazione del rispetto del possesso dei requisiti in misura maggioritaria in capo alla mandataria di cui all'art. 261, comma 7, del Regolamento.

- Non si comprende perché sia prevista l'esenzione dalla dimostrazione del possesso dei requisiti di cui all'articolo 263 comma 1, lettera a) del Regolamento (fatturato globale per servizi tecnici) accordata al concorrente che è in possesso dell'attestazione di qualificazione di progettazione ed esecuzione e intende procedere alla progettazione esecutiva dell'intervento tramite il proprio staff di progettazione. Infatti, per gli operatori economici è sufficiente dimostrare, per ottenere l'attestazione SOA anche per la parte progettuale, la presenza nel proprio organico di un certo numero di professionisti iscritti all'albo di appartenenza (art. 79, comma 7, del Regolamento). Quindi, dato che l'attestazione SOA così ottenuta nulla dice sul possesso di fatturato specifico per servizi tecnici, la stazione appaltante deve poter richiedere in visione tale fatturato.

- Si impone la percentuale minima (60%) di possesso dei requisiti alla mandataria del raggruppamento, mentre invece l'articolo 261, comma 7, del Regolamento consente alla stazione appaltante di poter scegliere anche solo il rispetto del possesso dei requisiti in misura maggioritaria in capo alla mandataria, senza indicare alcuna percentuale specifica.

- Desta più di una perplessità anche la scheda n. 3 "Tabella requisiti progettisti", in particolare: vi è il problema delle quote nei diversi tipi di raggruppamento derivanti dall'imposizione arbitraria di cui al capoverso precedente e non si capisce perché in un raggruppamento orizzontale il numero medio di personale apportato dalle mandanti non debba essere inferiore a 6.

- Ai fini di dimostrare i requisiti di cui all'articolo 263 del Regolamento, si decide di applicare dei coefficienti riduttivi soggettivi ("all'importo dei lavori progettati si applicano i seguenti coefficienti riduttivi: 0,25 qualora il progetto sia preliminare, 0,35 qualora il progetto sia definitivo; 0,40 qualora il progetto sia esecutivo") con lo scopo di "tarare" le prestazioni del professionista, ma ciò – seppur utilizzato da alcune stazioni appaltanti (con percentuali variabili!) – non trova alcun riscontro nella normativa.

- Si impone di indicare la composizione del gruppo di lavoro progettuale e, inoltre, si impone che "le professionalità specificate possono essere possedute anche da uno stesso tecnico in numero comunque non superiore a due".

- Nel caso di spese di progettazione inferiori a 100.000 euro, si prevede "espletamento di servizi di ingegneria e architettura relativi a lavori di importo complessivo di Euro appartenenti alle seguenti classi e categorie....." senza, però, stabilire limiti temporali;

- manca un'organica trattazione degli RTP indicati. Infatti, nell'ipotesi in cui il Costruttore "individui" più operatori economici scelti tra quelli di cui all'art. 90, lettere da d) a h), in qualità di progettisti individuati, si configura un vero e proprio raggruppamento temporaneo di professionisti, al quale si applica – in quanto compatibili – le prescrizioni previste dall'art. 37 del Codice.

- mancano le specificità relative all'indicazione di persone fisiche o giuridiche per lo svolgimento dei servizi tecnici. Infatti, sulla base della disposizione testuale dell'art. 92, comma 6, del D.P.R. n. 207/2010, si ritiene che i soggetti esecutori di lavori pubblici (Costruttori) che non possiedono, in toto o in parte, i requisiti progettuali, possono liberamente "individuare" progettisti in possesso dei suddetti requisiti progettuali cui affidare, in caso di aggiudicazione, le attività di progettazione, scegliendoli, indifferentemente, tra quelli elencati dall'articolo 90, comma 1, lettere d), e), f), f-

bis), g) e h), del Codice. In sostanza, quindi, è possibile “individuare” anche una persona giuridica e non solo una persona fisica;

- mancano le specificità relative ai consorzi di professionisti: ad esempio, 1) che in caso di indicazione o associazione di un consorzio di cui all’art. 90, comma 1, lettera h), del D.Lgs. n. 163/2006, i requisiti apportati dalle consorziate non esecutrici non possono essere utilizzati, a pena di esclusione, a favore di più di un concorrente; 2) che ogni consorziata indicata quale esecutrice dal consorzio deve apportare almeno un prestatore di servizio; 3) che sia il consorzio sia le singole consorziate esecutrici devono effettuare le dichiarazioni dell’art. 38; ecc;
- nell’ultimo capoverso per l’adempimento ivi previsto appare eccessiva la pena di esclusione.

8. Criterio di aggiudicazione

9. Modalità di presentazione e criteri di ammissibilità delle offerte

Nell’ottavo capoverso per un refuso si indicano n. 2 buste e nel dettaglio ne sono elencate invece tre.

10. Contenuto della Busta “A”- Documentazione amministrativa

Si rimanda a quanto indicato nelle Considerazioni generali per quanto riguarda l’elenco dei contenuti di tutte le dichiarazioni che devono rendere gli operatori economici per la partecipazione alla gara.

Per quanto riguarda la presentazione delle dichiarazioni sostitutive, ferma restando l’esclusione qualora le medesime non siano rese dal concorrente, andrebbe chiarito entro quali limiti sia possibile regolarizzarne il contenuto, in quanto la previsione del bando (“devono contenere a pena di esclusione quanto previsto nelle rispettive disposizioni sopra elencate”) sembra suscettibile di diverse interpretazioni.

Si segnala che:

- manca la dichiarazione con la quale l’operatore economico afferma di non trovarsi nelle condizioni preclusive alla partecipazione alle gare specificate all’art. 13 del D.L. n. 223/2006 convertito in L. n. 248/2006; art 13 comma 1 e 2 decreto Bersani “1. Al fine di evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori, le società, a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all’attività di tali enti in funzione della loro attività, con esclusione dei servizi pubblici locali, nonché, nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza, devono operare esclusivamente con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti, non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto né con gara, e non possono partecipare ad altre società o enti. Le società che svolgono l’attività di intermediazione finanziaria prevista dal testo unico di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, sono escluse dal divieto di partecipazione ad altre società o enti.

2. Le società di cui al comma 1 sono ad oggetto sociale esclusivo e non possono agire in violazione delle regole di cui al comma 1. Pertanto l'art. 13 potrebbe avere una sua applicazione solo nella progettazione e non nei LLPP senza tali servizi".

- in merito alla dichiarazione di cui all'art. 38, comma 1, lett. c) del Codice, non è specificato in quale maniera il concorrente dimostri la dissociazione dalla condotta penalmente sanzionata dei cessati;

- probabilmente per un refuso, solo nel modello 12 (Lettera di invito alla procedura negoziata senza bando appalto progettazione ed esecuzione - art. 53, comma 2, lett. c) del d.lgs 12 aprile 2006, n. 163) si costringono i progettisti interni a effettuare dichiarazioni selettive: "I progettisti dello staff tecnico del concorrente devono rendere le attestazioni di cui alle lett. b), c), e) (norme sulla sicurezza f), m-ter dell'art.38 del Codice" (cioè: antimafia, l'abrogata emersione del lavoro nero, presa cognizione condizioni appalto, accettazione disposizioni lettera d'invito, CSA, ecc., art. 38 m-ter);

- manca del tutto la regolazione dell'istituto della cooptazione previsto dall'art. 92, comma 5, del Regolamento;

- nelle "Altre dichiarazioni", nel punto VIII, la dichiarazione dell'avvenuta effettuazione del sopralluogo obbligatorio pare introdurre un onere non necessario a carico dei concorrenti, dato che la verifica dell'effettuazione di tale adempimento può essere effettuata direttamente dalla stazione appaltante mediante la spunta dell'elenco degli operatori economici che hanno effettuato il sopralluogo stesso.

- nelle "Altre dichiarazioni", relativamente al consenso per l'accesso alle giustificazioni occorre specificare che in caso di criterio dell'Oepv il consenso deve riguardare l'estrazione in copia del progetto.

In particolare, per quanto riguarda le imprese retiste:

- al punto I lettera b) si ritiene che debba essere esplicitato che nell'ipotesi contemplata l'organo comune è in possesso dei requisiti di qualificazione per assumere il ruolo di mandataria;
- al punto I lettera c) si ritiene che debba essere esplicitato che l'ipotesi di sottoscrizione della domanda di partecipazione da parte della impresa che assume il ruolo di mandataria si ha solo nel caso in cui la rete partecipa nella forma di un raggruppamento costituito;
- sempre al punto I lettera c) si fa riferimento anche alla sottoscrizione dell'offerta, in realtà si sta disciplinando la sottoscrizione della sola domanda di partecipazione;
- al paragrafo XIX lettera a) punto 3: non è indicato chi deve presentare e sottoscrivere la dichiarazione ivi prevista;
- al paragrafo XIX lettera b): nella ipotesi contemplata non è chiaro se l'impresa mandataria è l'organo comune in discordanza con quanto si legge al punto I lettera b), inoltre si evidenzia come richiedendo la sola copia autentica del contratto di rete, rete che sicuramente è stata costituita antecedente alla partecipazione ad una specifica gara, si ritiene che dallo stesso non sia verosimile ritrovare né il mandato collettivo conferito all'impresa mandataria (organo comune?) né tantomeno la percentuale dei lavori che verranno eseguiti da ciascun operatore economico aderente alla rete;

- al paragrafo XIX lettera c) punti 1 e 2 sarebbe opportuno specificare se l'ipotesi di cui al punto 1) è assimilabile alla forma di partecipazione di un raggruppamento costituito e quella di cui al punto 2 ad un raggruppamento costituendo (come sembrerebbe);
- si evidenzia inoltre che nell'ipotesi di partecipazione di aggregazioni retiste non è chiaro che le dichiarazioni sostitutive in ordine al possesso dei requisiti di partecipazione previsti dall'art. 38 ed altro devono essere presentate da tutte le imprese retiste individuate per la partecipazione alla gara;

Relativamente al concordato preventivo, negli schemi di bando inoltre:

- risulta mancante il riferimento all'obbligo di allegare, a pena di esclusione, con riferimento ai procedimenti di concordato preventivo introdotti dal trentesimo giorno successivo a quello di entrata in vigore della legge 7 agosto 2012, n. 134 di conversione del decreto legge 22 giugno 2012, n. 83, o relativi ai piani di cui al comma 1, lettera a), n. 1) dell'art. 67 del R.D. 16 marzo 1942, n. 267 come modificato dal predetto D.L. 83/2012 elaborati successivamente al predetto termine, in caso di impresa singola/raggruppata o consorziata ammessa alla procedura di concordato preventivo con continuità aziendale di cui all'art. 186 bis del R.D. 16 marzo 1942, n. 267, la seguente documentazione:
 - a) relazione di un professionista in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d) del suddetto R.D. 267/1942 che attesti la conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento del contratto;
 - b) dichiarazione di altro operatore in possesso dei requisiti di carattere generale, di capacità finanziaria, tecnica, economica nonché di certificazione, richiesti per l'affidamento dell'appalto, il quale si impegni nei confronti del concorrente e della stazione appaltante a mettere a disposizione, per la durata del contratto, le risorse necessarie all'esecuzione dell'appalto e a subentrare all'impresa ausiliata nel caso in cui questa fallisca nel corso della gara ovvero dopo la stipulazione del contratto, ovvero non sia per qualsiasi ragione più in grado di dare regolare esecuzione all'appalto. In tal caso dovrà essere altresì fornita – a pena di esclusione – tutta la documentazione prevista al comma 2 del citato articolo 49 del D.Lgs. 163/2006. In alternativa, se l'operatore economico ammesso a concordato preventivo concorre riunito in raggruppamento temporaneo di imprese, la dichiarazione di cui al presente punto b) può provenire anche da un operatore facente parte del raggruppamento;
- risulta mancante l'indicazione se nel caso di partecipazione di consorzi ordinari, di aggregazioni di imprese retiste, consorzi stabili etc. le consorziate o le imprese esecutrici possano trovarsi o meno nella situazione di cui al 186 bis legge fallimentare. Analoga considerazione per l'ausiliaria ex art. 49;
- risulta omessa l'indicazione di inserire nella documentazione amministrativa anche la dichiarazione di subappalto con riferimento alle categorie a qualificazione obbligatoria per le quali il concorrente possiede i requisiti di qualificazione, quale presupposto per ottenere la successiva autorizzazione al subappalto;
- sarebbe opportuno prevedere la richiesta al concorrente di indicare, oltre alle posizioni INPS, INAIL CASSA EDILE le ulteriori informazioni necessarie per l'acquisizione del DURC, quanto meno il contratto collettivo nazionale applicato;

- appare eccessivo richiedere che dichiarazioni concernenti le cause di esclusione riferite a sentenze e a misure di prevenzione debbano essere rese da ciascuno dei soggetti indicati dalle lettere b) e c) dell'art. 38, comma 1, del D.Lgs. 163/2006.
- le disposizioni sulle modalità di aggiudicazione con particolare riguardo alla verifica dei conteggi delle liste delle categorie di lavorazione dovrebbe essere spostata nel paragrafo dedicato alla procedura di aggiudicazione.

11. Contenuto della Busta “B- Offerta tecnico - organizzativa”

Come già indicato, si rileva che al punto 9) (opzionale) l'Offerta riduzione dei tempi, ai sensi dell'art. 266, comma 1, lettera c), punto 2, del D.P.R. n. 207/2010 deve obbligatoriamente far parte del contenuto dell'offerta economica e non può assolutamente far parte dell'offerta tecnica.

12. Contenuto della Busta “C- Offerta economica”

- L'art. 119 del D.P.R. n. 207/2010 prevede che la lista delle lavorazioni e forniture sia composta di sette colonne, mentre quella sottoposta a consultazione ne conta 11.

- aggiungere: 4) l'indicazione espressa degli oneri “aziendali” (afferenti l'impresa) per la sicurezza relativi al presente appalto.

13. Procedura di aggiudicazione

13.1. Apertura dei plichi e verifica della documentazione amministrativa

13.2. Apertura delle buste contenenti l'offerta tecnico-organizzativa e l'offerta economica e valutazione delle offerte

- Relativamente alla verifica delle offerte anomale il termine di 15 giorni per fornire le giustificazioni non dovrebbe rivestire il carattere della perentorietà;

- si rileva la necessità di aggiungere un paragrafo dedicato alla: Verifica di congruità degli oneri “aziendali” della sicurezza : per la verifica di congruità degli oneri della sicurezza “aziendali” (afferenti l'impresa) in relazione al presente appalto, di cui all'articolo 86 comma 3 bis, l'Amministrazione aggiudicatrice provvede a richiedere all'aggiudicatario definitivo con aggiudicazione non efficace idonea documentazione con il procedimento di verifica di cui all'articolo 88 del Codice dei Contratti.

14. Definizione delle controversie

Si segnala che la suddetta clausola più propriamente attiene alla fase di esecuzione del contratto.

15. Trattamento dei dati personali

La formulazione risulta eccessivamente sintetica e non appare del tutto idonea a costituire un'informativa ai sensi dell'articolo 13 del dlgs 196/2003.

LETTERE D'INVITO NELLE PROCEDURE RISTRETTE

Si formulano le seguenti osservazioni in merito all'impostazione degli schemi in consultazione relativi ai contratti pubblici di lavori da aggiudicare mediante procedura ristretta e negoziata senza previo bando.

A) IMPOSTAZIONE LETTERE D'INVITO NELLE PROCEDURE RISTRETTE

- **CAUZIONE PROVVISORIA.** La disciplina relativa alla costituzione della cauzione provvisoria viene riprodotta negli identici termini sia nel disciplinare di gara sia nella lettera d'invito. Il disciplinare dovrebbe recare per contro una disciplina più sintetica, rinviando per il dettaglio alle clausole della lettera d'invito e precisando che la cauzione provvisoria deve essere presentata a corredo dell'offerta, in caso di positivo superamento della fase di prequalificazione e non della domanda di partecipazione.
- **DICHIARAZIONI E DOCUMENTAZIONE AMMINISTRATIVA DA ALLEGARE ALL'OFFERTA.** La lettera d'invito contiene la richiesta ex novo di documenti e dichiarazioni già prodotti con la domanda di partecipazione. Nello specifico:
 - la dichiarazione di subappalto delle lavorazioni appartenenti alle categorie per le quali il concorrente risulta sprovvisto dei requisiti di qualificazione;
 - per i raggruppamenti/consorzi, ecc. costituendi, l'indicazione del mandatario in caso di aggiudicazione, l'impegno a uniformarsi alla vigente disciplina in materia e la quota di partecipazione;
 - per i raggruppamenti/consorzi, ecc. costituiti, il mandato collettivo, l'atto costitutivo e lo statuto.

Anche per questi aspetti, la lettera d'invito dovrebbe limitarsi a richiedere una dichiarazione di conferma dei contenuti dei documenti e delle dichiarazioni prodotte con la domanda di partecipazione, salvo il caso di modifica della compagine plurisoggettiva intervenuta tra la domanda di partecipazione e la presentazione dell'offerta.

B) IMPOSTAZIONE LETTERE D'INVITO NELLE PROCEDURE NEGOZiate

Nella procedura negoziata di cui all'art. 122, comma 7, del D.Lgs. 163/2006, come noto, le stazioni appaltanti applicano la procedura prevista dall'art. 57, comma 6, individuando gli operatori economici da consultare "sulla base di informazioni riguardanti le caratteristiche di qualificazione economico- finanziaria e tecnico- organizzativa desunte dal mercato". Nella fattispecie, la selezione degli operatori da invitare, anche secondo le indicazioni fornite al riguardo all'Autorità medesima, dovrebbe avvenire, in alternativa, sulla base:

- di un elenco aperto di imprese;
- di un previo avviso a presentare manifestazioni di interesse con riferimento allo specifico appalto da affidare.

Pertanto, quando la stazione appaltante indice la gara informale mediante invio delle lettere d'invito, dovrebbe aver già accertato (tramite consultazione dell'elenco delle imprese o una prima verifica dei contenuti delle manifestazioni di interesse) tanto la forma giuridica dell'operatore economico invitato e la sua riconducibilità a taluno dei soggetti che possono essere affidatari di

contratti pubblici ai sensi dell'art. 34 del Codice dei contratti, quanto il possesso dei requisiti di qualificazione.

Ne segue che:

- nel paragrafo sulle condizioni di partecipazione, non appare coerente con la tipologia di procedura in esame indicare come condizione di ammissione l'appartenenza dell'operatore economico ad una delle categorie elencate nell'art. 34 del D.Lgs. 163/2006; al limite si può richiedere una conferma di quanto già dichiarato ai fini dell'iscrizione nell'elenco imprese o nella manifestazione di interesse;
- quanto alle clausole sulle condizioni di incompatibilità dipendenti alle forme giuridiche plurisoggettive di partecipazione, poiché l'operatore economico singolo, o raggruppato/raggruppando o il consorzio stabile o di cooperative è scelto dalla stazione appaltante medesima, quest'ultima dovrebbe aver già verificato, prima di individuare i soggetti da invitare, l'insussistenza di queste incompatibilità evitando di invitare al contempo ad es. il consorzio stabile ed una sua consorziata salvo che nella manifestazione di interesse il consorzio abbia già indicato una diversa consorziata per l'esecuzione dell'appalto; pertanto si propone di stralciare dal testo della lettera d'invito i divieti posti al riguardo (così come quelli sulle situazioni di controllo), non essendo possibile invitare un operatore economico e al contempo vietargli la partecipazione alla procedura negoziata;
- per le ragioni sopra illustrate, i raggruppamenti temporanei e le altre forme simili di partecipazione associata non paiono assumere rilevanza pratica rispetto alla struttura delle procedure negoziate, atteso che si tratta di formule aggregative previste principalmente allo scopo di consentire il soddisfacimento dei requisiti di qualificazione prescritti, mentre nel caso di specie la stazione appaltante deve aver già verificato le caratteristiche di qualificazione dell'operatore invitato. Sicché nella lettera d'invito il richiamo alla disciplina dei raggruppamenti (per la verifica delle quote, ecc.) può assumere significato esclusivamente nei seguenti tre casi:
 1. quando l'operatore economico ha assunto ab origine la forma di raggruppamento temporaneo/consorzio ordinario/ aggregazione di impresa aderente al contratto di rete ai fini dell'iscrizione nell'elenco imprese o abbia presentato manifestazione di interesse in tale forma plurisoggettiva;
 2. quando l'operatore economico invitato singolarmente si avvale dell'opzione di cui all'art. 37, comma 12, del D.Lgs. 163/2006, ai sensi del quale nelle procedure negoziate l'operatore economico invitato individualmente ha la facoltà di presentare offerta o di trattare per sé o quale mandatario di operatori riuniti;
 3. quando la stazione appaltante sceglie di invitare operatori economici qualificati ad es. solo per la categoria prevalente consentendo agli stessi di associarsi ai sensi del precedente punto 2 o di subappaltare le lavorazioni della categoria incorporata coperta con la classifica posseduta nella prevalente. La dichiarazione di subappalto ai fini della dimostrazione del requisito assume dunque significato unicamente per tale fattispecie;

- per le stesse motivazioni di cui al punto precedente, dovendo cioè l'operatore economico essere individuato sulla base della qualificazione posseduta, non appare coerente con tale impostazione richiamare la disciplina dell'avvalimento, fatto salvo il caso di cui al n. 3 del punto precedente.

In relazione alla procedura negoziata, si ritiene che possa essere utile precisare nella lettera di invito se sia possibile o meno selezionare dal proprio Albo imprese che si trovano in stato di concordato preventivo con continuità aziendale, di cui all'articolo 186 bis del Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 267, aspetto questo piuttosto critico, considerato che tali soggetti, al momento della selezione, potrebbero non soddisfare i requisiti stabiliti dal comma 4 del citato articolo. In ogni caso la selezione dovrebbe essere soggetta a condizione di verificare per ogni procedura il possesso dei requisiti sulla base della documentazione richiesta.

FACOLTÀ di ESCLUSIONE AUTOMATICA delle OFFERTE ANORMALMENTE BASSE

Si osserva che, anche rispetto a quanto affermato dall'Autorità nella det. 14/2011, appare dubbia l'applicabilità vincolante dell'istituto dell'anomalia delle offerte con riferimento alla procedura negoziata atteso che dovrebbero essere invitate solo imprese "affidabili", ferma restando la possibilità di operare sulle offerte una verifica di congruità ai sensi dell'art. 86, comma 3, del Codice dei contratti. Infatti, secondo il Consiglio di Stato, Sez. VI, sent. 24 giugno 2006, n. 4050, la procedura di verifica dell'anomalia non si applica al caso di aggiudicazione del contratto mediante procedura negoziata, sul rilievo che, in tale evenienza, è l'amministrazione appaltante a scegliere le imprese con le quali negoziare o, soprattutto, nel caso della negoziazione, è connotata una fase di precisazione delle caratteristiche tecniche e dell'attendibilità dell'offerta, sicché eventuali anomalie possono e debbono essere considerate nel corso della negoziazione. Pertanto, la verifica dell'anomalia, secondo il Consiglio di Stato, è da considerare in termini di facoltà operativa, che comunque deve essere espressa nel bando o nella lettera d'invito.

In ogni caso, quanto alla facoltà di prevedere nella lettera d'invito l'esclusione automatica delle offerte anomale, dovrebbe essere precisato che la clausola può essere inserita solo quando sono invitati non meno di 10 operatori economici, rispetto al numero minimo di concorrenti da invitare (se sussistono in tal numero aspiranti idonei) indicato dalla norma (10 per importi da 500.000 a un milione di euro e 5 per importi sino a 500.000 euro), poiché solo in tal caso si possono verificare le condizioni per l'esclusione automatica, vale a dire la presentazione di almeno 10 offerte valide.

ALLEGATO 1

Nota esplicativa in tema di verifica di congruità degli oneri “aziendali” della sicurezza

I costi della sicurezza in generale possono essere distinti in:

- costi della sicurezza necessari per l’eliminazione dei rischi da interferenze, che derivano dalla stima effettuata nel Piano di Sicurezza e Coordinamento (PSC) ai sensi dell’art. 100 del D.Lgs. 81/2008 s.m.i. (o nel DUVRI secondo l’art. 26) e secondo le indicazioni dell’allegato XV punto 4. A tali costi l’impresa è vincolata contrattualmente (costi contrattuali) in quanto rappresentano “l’ingerenza” del committente nelle scelte esecutive della stessa; in essi si possono considerare, in relazione al punto 4.1.1. dell’allegato XV, esclusivamente le spese connesse al coordinamento delle attività nel cantiere, alla gestione delle interferenze o sovrapposizioni, nonché quelle degli apprestamenti, dei servizi e delle procedure necessarie per la sicurezza dello specifico cantiere secondo le scelte di discrezionalità tecnica del CSP, valutate attraverso un computo metrico estimativo preciso;
- oneri della sicurezza afferenti all’esercizio dell’attività svolta da ciascuna impresa (costi ex lege per la risoluzione dei rischi specifici propri dell’appaltatore, detti anche costi propri, costi da rischi specifici o costi aziendali), strumentali all’esecuzione in sicurezza delle singole lavorazioni e non riconducibili agli oneri stimati per le misure previste al punto 4 dell’allegato XV del D.Lgs. 81/2008 s.m.i.: D.P.I, sorveglianza sanitaria, formazione dei lavoratori etc.

Nonostante tale distinzione concettuale, molto spesso nella normativa, nella giurisprudenza e nella dottrina, i termini “oneri” e “costi” vengono riferiti indistintamente ad entrambe dette categorie. In questa sede, ai soli fini di chiarezza espositiva, con la locuzione “oneri della sicurezza” si intenderà fare riferimento alla sicurezza aziendale; per “costi della sicurezza” ci riferiremo, invece, alle spese rimborsate dalla stazione appaltante agli operatori economici per l’eliminazione dei rischi vari da interferenza.

A differenza dei costi per l’eliminazione delle interferenze, gli oneri per la sicurezza aziendale sono intrinsecamente connessi alle varie lavorazioni e compresi nei relativi prezzi unitari contenuti nella quota percentuale prevista dalla norma vigente quali quota-parte delle spese generali (art. 32 del D.P.R. 207/2010s.m.i., che tra l’altro indica i contenuti delle spese generali afferenti all’impresa).

Detti oneri sono, infatti, indipendenti dal rapporto contrattuale, quindi non ascrivibili a carico del committente (si pensi ad esempio ai costi del POS – costi connessi con le scelte relative a misure e a procedure di prevenzione – DPI – formazione lavoratori etc.).

Solo per i costi della sicurezza necessari per l’eliminazione dei rischi da interferenze, la stazione appaltante è tenuta ad effettuare una stima e ad indicarli nei bandi di gara, procedendo ad una loro quantificazione sulla base delle misure individuate nei documenti di progetto (PSC - DUVRI o analisi della Stazione appaltante quando il PSC non sia previsto – rif. punto 4.1.2. dell’Allegato

XV). Questi costi (costi della sicurezza necessari per l'eliminazione dei rischi da interferenze) devono essere tenuti distinti dall'importo soggetto a ribasso d'asta in quanto rappresentano la quota da non assoggettare a ribasso, ai sensi dell'art. 131, comma 3 del d.lgs. 163/2006 s.m.i. nonché dell'art. 16 del D.P.R. 207/2010 s.m.i. (Quadro Economico) e non sono soggetti ad alcuna verifica di congruità essendo stati quantificati e valutati a monte dalla stazione appaltante e, pertanto, congrui per definizione.

Gli oneri per la sicurezza afferenti all'esercizio dell'attività svolta da ciascuna impresa, invece, dovranno essere indicati dal singolo operatore economico nella propria offerta (ai sensi dell'art. 87 c. 4 del D.Lgs. 163/2006 s.m.i.) e saranno sottoposti alla verifica di congruità, rispetto all'entità e alle caratteristiche del lavoro, ai sensi dell'art. 86, comma 3 bis del medesimo decreto legislativo.

La quantificazione di tali oneri è rimessa ad ogni partecipante alla gara, il quale deve indicarli all'interno della propria offerta: E', dunque, di essenziale importanza che la modulistica di gara faccia riferimento agli oneri afferenti l'operatore economico, non solo nel disciplinare di gara, ma anche nel modello di offerta, con il conseguente onere per la stazione appaltante di valutarne la congruità (anche al di fuori del procedimento di verifica delle offerte anomale) rispetto all'entità ed alle caratteristiche del lavoro (come anche del servizio o della fornitura).

Perché la stazione appaltante possa procedere alla verifica di congruità dell'offerta, è necessario che l'impresa, quando richiesta, fornisca alla stazione appaltante un documento analitico (computo metrico estimativo) con allegata la documentazione giustificativa degli importi descritti.

Si evidenzia che gli oneri per la sicurezza aziendale, come previsto all'art. 32 comma 4, D.P.R. 207 del 2010, essendo già compresi nel prezzo unitario della singola lavorazione, e quindi nel costo dell'opera, risultano un "di cui", ossia una quota parte, delle spese generali stesse.

Tale verifica, si ricorda, è obbligatoria anche quando non ricorrano i presupposti normativi per procedere alla valutazione di anomalia, come ha chiarito anche la giurisprudenza, di seguito riportata.

Negli ultimi tempi, la giurisprudenza amministrativa si è andata consolidando nel senso di ritenere che *l'indicazione degli oneri aziendali per la sicurezza costituisce, in virtù degli artt. 86, comma 3-bis, e 87, comma 4, del d. lgs. n. 163 del 2006 nonché dell'art. 26 TU Sicurezza, un adempimento imposto dalla legge.*

Questa elaborazione, che si è andata formando principalmente in relazione a contenziosi afferenti appalti di servizi, per poi consolidarsi anche in materia di lavori, presuppone la sopra richiamata distinzione concettuale tra le due differenti tipologie di costi relativi alla sicurezza: da una parte i "costi" finalizzati all'eliminazione o riduzione delle interferenze nelle lavorazioni, dall'altra gli oneri "aziendali" collegati al rischio specifico di impresa e variabili secondo il contenuto dell'offerta.

Per ciascuna delle due differenti categorie, la giurisprudenza ha delineato i diversi obblighi gravanti, rispettivamente, sulla stazione appaltante o sull'operatore economico.

Infatti, mentre la quantificazione dei costi destinati all'eliminazione dei rischi di interferenza è rimessa alle stazioni appaltanti, che dovranno procedervi in sede di predisposizione della documentazione di gara, la determinazione e conseguente indicazione all'interno dell'offerta degli oneri per la sicurezza aziendale rappresenta, invece, un obbligo posto a carico degli operatori economici, che partecipano alla procedura.

Relativamente agli "oneri aziendali", in particolare, diverse pronunce si soffermano sull'obbligo a carico dei concorrenti *di segnalare gli oneri economici che ritengono di sopportare al fine di adempiere esattamente agli obblighi di sicurezza sul lavoro, al duplice scopo di assicurare la consapevole formulazione dell'offerta con riguardo ad un aspetto nevralgico e di consentire alla stazione appaltante la valutazione della congruità dell'importo destinato ai costi per la sicurezza (in tal senso: Consiglio di Stato – sez III, n 212 del 19/1/2012; Consiglio di Stato – sez V, n 4351 del 31/7/2012; Consiglio di Stato – sez III, n 5421 del 03/10/2011; Consiglio di Stato – sez V, n 4849 del 23/7/2010; Consiglio di Stato – sez III, n 4330 del 15/7/2010).*

Speculare all'obbligo di determinare tali oneri da parte degli operatori economici è la valutazione di congruità degli oneri della sicurezza a carico della stazione appaltante. (art. 26. **comma 5** a all. XV punto 4.1.1 e 4.1.2 TU sicurezza; art. 86 comma 3, Codice dei contratti)

Si tratta di un adempimento che *“precede la stessa ponderazione di anomalia dell'offerta altrimenti “impossibile per la stazione appaltante ed è finalizzato ad assicurare che l'importo offerto da ciascun operatore economico sia adeguato alla loro copertura e ad evitare che l'operatore ricavi margini di profitto a loro discapito.*

In altri termini, l'art. 86 co 3 bis da un lato impone alla PA, nel momento in cui predisporre il bando di effettuare una valutazione di congruità del valore economico posto a base d'asta per evitare che essa sottovaluti i costi in parola e determini la presentazione di offerte incongrue, dall'altro impone nel momento della verifica della congruità delle offerte presentate di assicurare che l'impresa abbia previsto un ammontare adeguato con sufficiente margine per coprire i costi in parola e per evitare che i margini di profitto siano ricavati a discapito di tali oneri ed in tale prospettiva impone alle imprese concorrenti di specificare in sede di offerta economica i costi che l'azienda ritiene di subire tenuto conto della sua specifica organizzazione del lavoro.

La questione relativa all'obbligatorietà dell'indicazione degli oneri della sicurezza apre la correlata problematica, altrettanto centrale, relativa alle conseguenze dell'eventuale inadempimento di tale obblighi.

La tendenza, che è andata consolidandosi in giurisprudenza, considera l'esclusione dalla procedura di gara del concorrente che abbia omissso di indicare in offerta gli oneri aziendali quale legittima sanzione della violazione di un obbligo stabilito dalla legge. Del tutto irrilevante sarebbero, secondo tale orientamento, l'eventuale mancata previsione nel bando di tale obbligo o la mancata predisposizione di una documentazione idonea a favorire l'adempimento di legge, in

quanto tali omissioni da parte della stazione appaltante non interferirebbero con la sussistenza di un obbligo sancito direttamente dalla legge e con le conseguenze del suo inadempimento.

In tal senso si è pronunciata, ad es., la Terza Sezione del Consiglio di Stato nella recentissima decisione n. 3565 del 3/07/2013, ove si legge “- *l’indicazione in sede di offerta degli oneri aziendali di sicurezza, non soggetti a ribasso, costituisce – sia nel comparto dei lavori che in quelli dei servizi e delle forniture - un adempimento imposto dagli artt. 86, co. 3 bis, e 87, co. 4, del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 ss.mm.ii. all’evidente scopo di consentire alla stazione appaltante di adempiere al suo onere di verificare il rispetto di norme inderogabili a tutela dei fondamentali interessi dei lavoratori in relazione all’entità ed alle caratteristiche del lavoro, servizio o fornitura da affidare;- stante la natura di obbligo legale rivestita dall’indicazione, resta irrilevante la circostanza che la lex specialis di gara non abbia richiesto la medesima indicazione, rendendosi altrimenti scusabile una ignorantia legis;- poiché la medesima indicazione riguarda l’offerta, non può ritenersene consentita l’integrazione mediante esercizio del potere/dovere di soccorso da parte della stazione appaltante (ex art. 46, co. 1 bis, cit. d.lgs. n. 163 del 2006), pena la violazione della par condicio tra i concorrenti”.*

Si ribadisce quindi che l’obbligo di indicare all’interno dell’offerta economica gli oneri aziendali non incontra deroghe in ragione dell’oggetto del contratto, ossia in dipendenza della circostanza che si tratti di lavori, servizi e forniture.

L’art. 86 comma 3 – bis del codice dei contratti estende espressamente l’obbligo generale di indicazione delle spese della sicurezza anche ai contratti di servizi e forniture. Infatti, le disposizioni, di cui ai veduti commi 3-bis e 3-ter dell’art. 86 cit., si applicano agli appalti di lavori pubblici, di servizi e di forniture: e ciò sia per l’espressa indicazione in tal senso formulata nello stesso comma 3-bis, sia per la collocazione sistematica dell’art. 86 all’interno della Parte II del Codice, titolata “Contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture”.

La determinazione concreta dei costi e oneri segue procedimenti ispirati a medesimi principi, di “progettazione” delle misure di prevenzione o riduzione dei rischi da interferenza, nonché di predeterminazione degli oneri sostenuti al fine della esercizio dell’attività di impresa in sicurezza.

ALLEGATO 2

ANALISI PREZZI UNITARI

| CODICE | Descrizione della lavorazione | U.M. |
|--------|-------------------------------|------|
| | | |

| Elementi analisi | u.m. | quantità | prezzo | importi parziali €. | importi €. |
|------------------|------|----------|--------|---------------------|------------|
| | | | | | |

| RU | <i>Risorse Umane</i> | | | | |
|-----------------------------|----------------------|--|--|--|--|
| | a. componente 1 | | | | |
| | b. componente 2 | | | | |
| | c. componente | | | | |
| totale risorse umane | | | | | |

| PR | <i>Prodotti da costruzione</i> | | | | |
|---------------------------------------|--------------------------------|--|--|--|--|
| | a. componente 1 | | | | |
| | b. componente 2 | | | | |
| | c. componente | | | | |
| totale prodotti da costruzione | | | | | |

| AT | <i>Attrezzature</i> | | | | |
|----------------------------|---------------------|--|--|--|--|
| | a. componente 1 | | | | |
| | b. componente 2 | | | | |
| | c. componente | | | | |
| totale attrezzature | | | | | |

| | | | | | |
|----------|------------------------|---------------------------|--|--|--|
| A | TOTALE PARZIALE | Sommano (RU+PR+AT) | | | |
|----------|------------------------|---------------------------|--|--|--|

| | | | | | |
|----------|---|---|--|--|---|
| B | <i>Spese generali 13/17 di A</i> | % | | | |
| | <i>di cui per oneri sicurezza afferenti l'Impresa</i> | | | | € |

| | | | | | |
|----------|--|---|--|--|--|
| C | <i>Utile dell'Appaltatore 10% di (A+B)</i> | % | | | |
|----------|--|---|--|--|--|

| | | | | | |
|-----------------------|-----------------------------|---|--|--|--|
| TOTALE (A+B+C) | | | | | |
| | <i>Incidenza manodopera</i> | % | | | |