



*Autorità Nazionale Anticorruzione*

**Bando-tipo per l'affidamento di contratti pubblici di  
servizi e forniture**

**Consultazione pubblica**

**Osservazioni pervenute**

## **Elenco dei soggetti che hanno inviato contributi**

A)	STAZIONI APPALTANTI .....	3
1)	Comune di Casoli.....	3
2)	Comune di Pordenone .....	3
3)	Università La Sapienza Roma.....	4
4)	Comune di Forlì .....	4
5)	Istat.....	5
6)	Agenzia per gli appalti e contratti - provincia di Trento .....	5
7)	Intercent Emilia Romagna .....	7
8)	Salerno Energia spa.....	9
B)	ASSOCIAZIONI DI CATEGORIA .....	9
9)	Assirep - Associazione Italiana Responsabili Gestione Progetto.....	9
10)	Patrimoni PA net .....	11
11)	Fare.....	15
12)	Assogenerici.....	21
13)	Farindustria - Associazione delle Imprese del Farmaco .....	21
14)	Confartigianato Imprese .....	22
15)	Assosistema.....	24
16)	Ordine Architetti PPC della Provincia di Torino.....	27
C)	LIBERI PROFESSIONISTI .....	29
17)	Alberto Barbiero .....	29
18)	Avv.ti Luca Tufarelli, Mario Di Carlo e Giuseppe Lo Monaco .....	30
19)	Giancarlo Coppola.....	39
20)	Denis De Sanctis.....	45
D)	OPERATORI ECONOMICI .....	45
21)	Unipolsai Assicurazioni Spa .....	45
22)	Olimpia Agency Spa .....	45
23)	Fastweb spa.....	48

## **A) STAZIONI APPALTANTI**

### **1) Comune di Casoli**

A pag.24 del documento in consultazione è descritta quella che potrebbe essere la successione delle operazioni di gara. In particolare è riportato al punto n.4 il calcolo della soglia di anomalia ed al punto n.7 l'applicazione della c.d. riparametrazione. Tali operazioni appaiono, ad avviso dello scrivente, invertite rispetto a quanto contenuto nelle Linee guida per l'applicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa nell'ambito dei contratti di servizi e forniture (Determinazione AVCP n. 7 del 24 novembre 2011) dove in effetti la verifica della soglia di anomalia è posta a valle della riparametrazione. Infatti nelle richiamate linee guida si afferma che " Riparametrare l'offerta migliore ad un coefficiente pari ad uno e, conseguentemente, tramite proporzione lineare, le altre offerte, risulta essere il metodo migliore anche per la valutazione dell'anomalia, in quanto, a monte, una valutazione di tipo assoluto permetterebbe alla commissione di eluderla, già in fase d'esame delle offerte tecniche, potendo la stessa optare per valutazioni che cadano tutte al di sotto della soglia prevista dall'art. 86 comma 2 del Codice" (cfr. par. 5.2 Det. citata). Su tale ultima impostazione pare si sia orientato anche il TAR Lazio ( Sezione Seconda Quater) con la sentenza n° 28983/2010 relativa al ricorso n° 02143/2010 REG.RIC, affermando che "Deve infatti del tutto escludersi che la stazione appaltante possa utilizzare i punteggi originariamente attribuiti dalla commissione in fase di attribuzione dei singoli "items" tecnici, alla differente e successiva fase della verifica dell'anomalia dell'offerta, in quanto ciò si risolve in un indebito escamotage per sfuggire al preciso obbligo posto dalla legge di accertare la congruità in concreto dell'offerta"... "Per il c.d. principio "di impermeabilità" delle singole fasi del procedimento di appalto si deve dunque concludere che, una volta terminata la fase di valutazione delle offerte, le valutazioni riparametrate in centesimi( o comunque su una scala ponderale) delle varie offerte (in quanto costituiscono un risultato procedimentale definitivamente cristallizzato) devono essere prese in considerazione ai fini dell'individuazione delle offerte in sospetto di anomalia ai sensi dell'art. 86 del Codice". Sulla base di quanto sopra riportato in definitiva lo scrivente osserva che: nelle procedure con l'offerta economicamente più vantaggiosa , al fine di evitare che la Commissione di gara in sede di valutazione delle offerte tecniche, attribuisca punteggi "bassi" per non affrontare o per non far affrontare da altro organo ( RUP) la fase di verifica delle eventuali offerte anomale, quest'ultima debba essere attivata dopo la fase della riparametrazione dei punteggi.

### **2) Comune di Pordenone**

1) Disciplinare di gara - punto 15 - contenuto busta A - documentazione amministrativa

A pag. 18 punto 3 è previsto che: "nel caso di società ... nelle quali siano presenti due soli soci, ciascuno in possesso del cinquanta per cento della partecipazione azionaria, le dichiarazioni (dell'art. 38 del 163/2006) devono essere rese da entrambi i soci". La dichiarazione, a mente della norma, parla di socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci. Potrebbe dunque capitare il caso di una società con tre soci, ciascuno con una quota del 33,33%. In tal caso la dichiarazione va chiesta a tutti e tre?

2) Disciplinare di gara - punto 15 - contenuto busta A - documentazione amministrativa

A pag. 18 punto 4 si prevede che, qualora i cessati dalla carica non siano in condizione di rendere la richiesta attestazione di cui all'art. 38 del 163/2006, questa può essere resa dal legale rappresentante, mediante dichiarazione sostituiva ex art. 47 DPR 28.12.2000, n. 445, sul presupposto che quest'ultimo sia a conoscenza dei fatti.

Perché per i soggetti in carica è prevista unicamente la dichiarazione resa personalmente e non anche la possibilità, che la stessa venga resa da uno dei soggetti in grado di impegnare la ditta, a diretta conoscenza dei fatti? (possibilità tra l'altro contemplata dalla norma al predetto art. 47 del DPR 445/2000)

3) Modello offerta

Perché il modello offerta prevede l'indicazione del ribasso/prezzo offerto sia in cifre che in lettere quando l'art. 283, comma 4 del Dpr 207/2010 prevede che l'autorità che presiede la gara dia lettura del ribasso espresso in lettere ?

prevedere la doppia indicazione può creare incertezze

### **3) Università La Sapienza Roma**

*I contributo*

16. Requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa: da inserire richiami specifici alle capacità aziendali e competenze professionali del personale, in relazione al "saper gestire e dirigere i progetti", secondo un attestato di qualificazione professionale rilasciato da una Associazione iscritta nell'apposito elenco del MiSE, richiamato dalla legge 04/2013 (Disposizioni in materia di professioni non organizzate). In questo caso varrebbe la adesione ad associazioni come ASSIREP o simili.

*II contributo*

Disciplinare di gara, punto 13 - Requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, sub.1 comma 1):

inserire richiami specifici alle capacità aziendali e competenze professionali del personale, in relazione al "saper gestire e dirigere i progetti", secondo un attestato di qualificazione professionale rilasciato da una Associazione iscritta nell'apposito elenco del MISE, richiamato dalla legge 04/2013 (Disposizioni in materia di professioni non organizzate). In questo caso varrebbe la adesione ad associazioni come ASSIREP o simili.

### **4) Comune di Forlì**

Nel bando: tra la documentazione di gara, aggiungere: 2. (eventuale) relazione tecnico-illustrativa di cui all'art. 279 c.1a) del DPR 207/2010 - Relativamente al DUVRI, aggiungere "oppure: attestazione dell'assenza di rischi interferenziali "

Nella parte sui requisiti di capacità tecnica relativamente ai servizi o forniture analoghi, prevedere l'eventualità che la stazione appaltante richieda per tali servizi i certificati di regolare esecuzione o di conformità rilasciati dai committenti per i quali il servizio o la fornitura è stato regolarmente eseguito

// SUBAPPALTO: non si è nell'ambito dei ll.pp. : contemplare che in presenza di particolari appalti, con motivazione adeguata, la stazione appaltante possa prevedere l'impossibilità di far ricorso al subappalto // AVVALIMENTO: come per il subappalto // CONSORZI: è precisato che i consorzi devono designare la/e consorziata/e esecutrice/i ? Non si è nell'ambito dei ll.pp.-SOA e pertanto nel caso dei Consorzi il Consorzio gestirà la commessa, stipulerà, coordinerà, MA LA QUALIFICAZIONE -e quindi i requisiti di partecipazione- DEVE ESSERE POSSEDUTA DALLA CONSORZIATA CHE ESEGUE, CHE DEVE ESSERE REALMENTE ALL'ALTEZZA DELL'ESECUZIONE.

Pag. 25 il responsabile del procedimento per la verifica di congruità potrà avvalersi anche di un collegio specificamente costituito per la verifica di congruità

Segnalo , in base a quanto si sta sperimentando nelle gare ll.pp., che il nuovo comma 2-bis dell'art. 38 d.lgs 163, relativo alla sanzione pecuniaria, rappresenta una complicazione che sarebbe utile non avere nelle gare di servizi e forniture, che vengono effettuate con operatori economici meno esperti e meno adusi a procedure di siffatta complessità.

Per quanto concerne AVCPASS si è in attesa della sua semplificazione-adeguamento-rettifica, con innalzamento della soglia di importo per l'applicazione. Si consiglia di sospenderlo per servizi e forniture, e di richiederne l'applicazione dopo che risulterà funzionale e funzionante al banco di prova dei ll.pp.

## 5) Istat

In relazione alle condizioni di partecipazione previste dal "disciplinare di gara tipo" (pagina 2 - paragrafo 3.1) e con particolare riferimento alla circostanza secondo la quale "non è ammessa la partecipazione alla gara dei concorrenti per i quali sussistano...le condizioni di cui all'art. 53, comma 16-ter, del d.lgs. del 2001, n. 165...", si segnala che l'inserimento di tale requisito potrebbe porre problematiche di coordinamento circa la modalità di verifica delle autocertificazioni dei concorrenti e specialmente dell'operatore economico aggiudicatario della procedura di gara. In particolare si chiede - ove possibile - di fornire nel futuro documento ufficiale esplicitazione sull'aspetto di seguito indicato. Ovvero se la circostanza impeditiva in argomento ("...di non aver concluso contratti di lavoro subordinato o autonomo e comunque di non aver attribuito incarichi ad ex dipendenti che hanno esercitato poteri autoritativi o negoziali per conto delle pubbliche amministrazioni nei loro confronti per il triennio successivo alla cessazione del rapporto") sia da assimilare, per quanto attiene il profilo operativo delle verifiche dei requisiti soggettivi effettuate in capo all'aggiudicatario della procedura, ai requisiti tipici di cui all'art. 38 del d.lgs. 163/2006, oppure, piuttosto, ad un ulteriore e specifico requisito da sottoporre a verifica esclusivamente secondo la disciplina del d.p.r. 445/2000.

## 6) Agenzia per gli appalti e contratti - provincia di Trento

Osservazioni allo schema di bando-tipo per l'affidamento di contratti pubblici di servizi e forniture

- Con riferimento alle dichiarazioni di cui al paragrafo 15.2, lo schema richiede a pena di esclusione di dichiarare di non trovarsi in nessuna delle condizioni previste dall'art. 38 comma 1 lettere a), b),

c) d), e), f), g), h), i), l), m), m-bis), m-ter) e m-quater) del Codice e precisa che dette condizioni devono essere indicate specificatamente.

Il grado di dettaglio richiesto ai dichiaranti sembrerebbe tuttavia eccessivo e non espressamente richiesto dall'art. 38 del Codice il cui comma 2 si limita a richiedere un'attestazione dei requisiti mediante dichiarazione sostitutiva in cui il concorrente indica tutte le condanne penali riportate, ivi comprese quelle per le quali abbia beneficiato della non menzione, e rende una specifica dichiarazione con riferimento a quanto previsto dalla lettera m-quater). Lo stesso Consiglio di Stato in Adunanza plenaria (sent. n. 16/2014) ha recentemente stabilito quanto segue: "l'art. 38 del Codice dei contratti pubblici va interpretato nel senso che la dichiarazione ivi prevista, sull'assenza delle condizioni ostative alla partecipazione alla gara, può riferirsi alla sussistenza di tutti i relativi requisiti, mentre non è necessaria l'indicazione dettagliata della mancanza di ogni situazione ostativa prevista dalla legge, né è necessaria la menzione nominativa di tutti i soggetti muniti di poteri rappresentativi dell'impresa cui si riferiscono i requisiti di moralità personali, quando questi ultimi possano essere agevolmente identificati mediante l'accesso a banche dati ufficiali o a registri pubblici: una dichiarazione sostitutiva così resa risulta completa e non necessita di integrazioni o di regolarizzazioni mediante l'uso dei poteri di soccorso istruttorio".

- Con riferimento al paragrafo 15.1: "la domanda può essere sottoscritta anche da un procuratore del legale rappresentante ed in tal caso va allegata, a pena di esclusione, copia conforme all'originale della relativa procura", si ritiene preferibile non richiedere a pena di esclusione la copia conforme della procura. Sembra sufficiente una dichiarazione sostitutiva di atto notorio con la quale il procuratore speciale attesta il proprio potere di rappresentanza, similmente a quanto previsto dal bando tipo con riferimento al soggetto che sottoscrive la fidejussione (punto 11.3 numero 4). Peraltro, la qualità di procuratore speciale è desumibile dalle registrazioni camerali, per cui anche sotto questo profilo il deposito di copia autentica della procura pare non necessaria alla luce dei più recenti arresti della giurisprudenza amministrativa (Cons. Stato, A.P. n. 16/2014).
- Con riferimento al paragrafo 18.6.3: "la Commissione, all'esito della procedura di verifica delle offerte anomale, procederà ad operare la riparametrazione dei coefficienti di cui al precedente paragrafo 18.4.7", si ritiene che la "prima migliore offerta" di cui al paragrafo 18.6.2. lettera a) debba essere individuata dopo aver operato la riparametrazione dei punteggi attribuiti alle offerte tecniche in quanto, diversamente opinando, in caso di offerte riportanti punteggi molto simili si correrebbe il rischio di operare la verifica con riferimento ad un'offerta che, pur graduata in posizione peggiore, all'esito della riparametrazione non sarebbe comunque destinata ad aggiudicarsi l'appalto. Parrebbe quindi preferibile limitarsi a precisare che ai fini della verifica del carattere apparentemente anomalo delle offerte non si terrà conto delle operazioni di riparametrazione già effettuate.
- In generale, si ritiene infine che lo schema di bando tipo debba essere rivisto alla luce delle recenti modifiche legislative in tema di soccorso istruttorio, risultando necessario limitare le previsioni sancite a pena di esclusione, e definendo contestualmente i casi e le modalità in cui debba esplicarsi il predetto soccorso istruttorio, tenuto conto delle recenti indicazioni fornite da codesta Autorità nella bozza di determinazione "criteri interpretativi in ordine alle disposizioni dell'art. 38, comma 2 bis e 46, comma 1 ter del D.lgs. 163/2006".

## 7) Intercent Emilia Romagna

A seguito della elaborazione delle prime indicazioni per la redazione dei bandi, a mente dell'art. 64, comma 4-bis, D. Lgs. n. 163/2006, contenute nella determinazione n. 4/2012, che rappresenta il quadro giuridico di riferimento per le stazioni appaltanti in ordine alla individuazione delle cause tassative di esclusione, unitamente alla evoluzione giurisprudenziale in materia ed alle importanti novità normative, introdotte dal D.L. n. 90/2014 convertito in L. n. 14/2014, che hanno determinato un intervento interpretativo e di coordinamento della stessa Autorità, di cui al documento di consultazione denominato "Criteri interpretativi in ordine alle disposizioni dell'art. 38, co. 2bis e dell'art. 46, co. 1 ter, del D.Lgs. n. 163/2006 e s.m.", la Autorità ha proceduto a predisporre specifici bandi-tipo, distinti in base all'oggetto del contratto, per approdare, da ultimo, ad un nuovo modello di disciplinare, che possa essere utilizzato per l'affidamento, in generale, di servizi e forniture.

Al proposito, premesso che si condivide pienamente il percorso intrapreso, in un'ottica di standardizzazione e semplificazione, ad avviso di Intercent-ER, la predisposizione di modelli di bandi e disciplinare di gara può risultare estremamente efficace per guidare la pluralità delle stazioni appaltanti verso una uniformità di comportamenti nelle procedure, ma non si ritiene, in linea generale, applicabile laddove esista già un elevato standard ed omogeneità di comportamento, e cioè per quei soggetti, quali le centrali di acquisto, ovvero i soggetti aggregatori, di cui al recente D.L. 66/2014, che svolgono una peculiare attività e che hanno già raggiunto notevoli gradi di standardizzazione.

Ancora, come già avuto modo di sottolineare in occasione delle precedenti consultazioni, si ritiene che, nella predisposizione dei bandi tipo, debba, in maniera inequivoca, essere differenziato e tenuto su piani distinti, quanto ha natura cogente, riferendoci pertanto alle cause tassative di esclusione, e quanto non è direttamente connesso alle medesime e quindi derogabile.

Ed infatti, se si conviene con il contenuto "prescrittivo vincolante" con riferimento alle cause tassative di esclusione, non si può ritenere condivisibile l'indicazione di un contenuto "prescrittivo" anche in merito ad altri argomenti.

Questa distinzione appare necessaria, soprattutto per le conseguenze che derivano dall'eventuale scostamento rispetto al contenuto del bando tipo, che, quanto alle cause tassative di esclusione, comporta la necessità di motivare e, in mancanza, la sanzione di nullità.

Ecco dunque che appare indispensabile rimarcare che il modello di bando, al di là delle norme di cui sopra, contiene indicazioni che vogliono fungere da supporto, senza equivoci sulla non obbligatorietà delle stesse.

Nel merito del modello di disciplinare, si evidenzia quanto segue:

- 1) L'interpretazione sulla tipizzazione della causa di esclusione inerente la cauzione provvisoria (anche con riferimento al valore inferiore o alla mancanza di una o più caratteristiche della stessa) è confliggente con l'orientamento pressoché univoco in materia della giurisprudenza, comportando il rischio di aumento del contenzioso. Parrebbe comunque superata la prescrizione, anche in virtù della interpretazione sposata dalla stessa Autorità, nella bozza di determinazione oggetto di consultazione inerente la "procedimentalizzazione del soccorso istruttorio", in cui è affermato che

“il nuovo comma 1-ter dell’art. 46 sembra ammettere la sanatoria di omissioni o irregolarità anche in relazione alla presentazione della garanzia” (i.e. cauzione provvisoria).

- 2) La prescrizione di rendere individualmente le dichiarazioni di cui all’art. 38, comma 1, lettera b), c) e m-ter, da ciascuno dei soggetti di cui all’art. 38, comma 1, lett.b), diverge dal prevalente orientamento giurisprudenziale secondo cui la dichiarazione in ordine all’insussistenza delle cause di esclusione può essere resa da un unico legale rappresentante della società concorrente con riferimento espresso anche agli altri soggetti nei cui confronti il requisito va comprovato, a condizione che nella dichiarazione siano analiticamente indicati i nominativi dei soggetti diversi dal dichiarante. Una regolamentazione della lex specialis in questo senso non appare opportuna, in quanto restrittiva e foriera di contenzioso su aspetti meramente formali. Peraltro, anche le dichiarazioni di cui sopra rientrano tra quelle oggetto dell’intervento normativo di cui al D.L. 90/2014 e pertanto soggette a regolarizzazione nelle modalità ivi previste.
- 3) Per quanto attiene alla successione delle operazioni di gara, ed in particolare con riferimento al momento della riparametrazione dei punteggi tecnici, si osserva quanto segue:
  - a. Secondo quanto previsto dalla proposta di bando tipo, la riparametrazione finale dei punteggi tecnici complessivi dovrebbe avvenire dopo la verifica delle offerte sospette di anomalia. Ciò non pare applicabile e comunque non aderente a possibili scelte organizzative già effettuate, legittimamente, dalle stazioni appaltanti sugli aspetti procedurali: si ricorda al proposito che il processo di verifica di eventuali offerte anomale è rimesso (dalla Commissione giudicatrice o dal “soggetto che presiede la gara”) al RUP che può procedervi in prima persona o incaricando una Commissione (anche) diversa da quella giudicatrice. Pertanto, nel corretto susseguirsi delle operazioni, successivamente alla apertura delle offerte economiche, la Commissione giudicatrice può avere (normalmente) terminato il proprio mandato. Come si raccorda la decadenza dell’organo temporaneo che ha concluso le operazioni ad esso demandate, dopo la chiusura dei lavori di valutazione delle offerte, con la ipotesi di riparametrazione dopo il sub procedimento di cui all’art. 88 D.Lgs. n. 163/2006 (eventualmente non effettuato dalla medesima Commissione giudicatrice)? La commissione dovrebbe sospendere le proprie operazioni, inviare il fascicolo al RUP, aspettare gli esiti delle verifiche, poi riprendere le operazioni di gara? Considerando anche che non in tutte le amministrazioni (trattandosi, come detto sopra, di norme organizzative) la Commissione che ha proceduto alla valutazione delle offerte tecniche potrebbe non procedere anche alle operazioni di gara successive, che sono lasciate in capo al solo “soggetto che presiede la gara”. Inoltre, da un punto di vista sostanziale, il rescaling potrebbe modificare la graduatoria, con la (paradossale) conseguenza che una Amministrazione aggiudicatrice, che proceda alla verifica dell’offerta sospetta di anomalia solo sul primo classificato, si troverebbe nella condizione di dover ripetere le verifiche (qualora il primo classificato, a seguito del rescaling) non fosse più lo stesso soggetto).
  - b. La previsione sembra riferita solo alla riparametrazione dei punteggi finali e non alla riparametrazione sui singoli criteri (secondo quanto previsto dall’Allegato P al DPR 207/2010, lettera a) penultimo capoverso). In realtà, poiché la presenza di offerte successivamente valutate come anomale potrebbe influire anche su tale fase di riparametrazione e quindi sulla graduatoria, il ricalcolo dovrebbe avvenire anche per tale fase.
  - c. La presenza di offerte successivamente giudicate come anomale potrebbe modificare anche l’attribuzione del punteggio economico (e lo fa sicuramente nel caso di utilizzo della formula della soglia prevista nell’allegato P).

Alla luce di quanto esposto, al fine di salvaguardare il principio sotteso alla procedura di rescaling così come proposta nel bando tipo, si potrebbe prevedere che il calcolo per la determinazione delle offerte sospette di anomalia possa essere fatto dopo la graduatoria provvisoria, ma senza tener conto della riparametrazione sui punteggi tecnici (sia sul singolo criterio che sul punteggio finale) già effettuata dalla Commissione giudicatrice e che, in caso di esclusione di un'offerta per anomalia, la graduatoria debba essere ricalcolata non tenendo in considerazione l'offerta esclusa sia nelle riparametrazioni dei punteggi tecnici sia nel calcolo dei punteggi economici. Ciò consentirebbe, da un lato, di essere sicuri che offerte anormalmente basse non alterino l'attribuzione dei punteggi degli altri concorrenti e, dall'altro, garantirebbe una maggiore linearità delle operazioni di gara, comunque più conforme alla successione delle operazioni di gara così come procedimentalizzata anche dallo stesso Regolamento.

Si sottolinea infine che tali problematiche (che rischiano di appesantire in maniera eccessiva le procedure di gara) non si pongono laddove vengano utilizzati metodi basati sul punteggio assoluto. A tal proposito ci si domanda se, anche alla luce dell'esperienza e della giurisprudenza maturate in questi anni, dalla pubblicazione del Regolamento, e quindi dall'applicazione dell'Allegato P, non si ritenga opportuno rivedere anche quanto previsto dal Quaderno - Il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa del Dicembre 2011, elaborato dalla Spett.le Autorità di Vigilanza nel primo periodo di applicazione delle suddette formule, laddove si prevede che il metodo del punteggio assoluto possa essere utilizzato solo in presenza di punteggi quantitativi e non qualitativi. Tale previsione limita fortemente il campo di utilizzo di tali metodologie che, al contrario, per determinate casistiche, potrebbero presentare vantaggi rispetto alle formule interdipendenti.

Confidando di aver apportato il proprio contributo, si resta a disposizione per ulteriori approfondimenti.

## **8) Salerno Energia spa**

Non si comprende il motivo per il quale alla pag. 7, paragrafo 10. "Ulteriori disposizioni", si dica che "il contratto di appalto verrà stipulato nel termine di ... almeno 35 giorni che decorre dalla data in cui l'aggiudicazione definitiva è divenuta efficace".

Infatti, l'art. 11, comma 10, del Codice dei Contratti testualmente recita che i 35 giorni decorrono dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione definitiva ai sensi dell'articolo 79.

Dicendo diversamente dal Codice, si stravolge la ratio della suddetta norma, si rischia di confondere definitività ed efficacia dell'aggiudica e di allungare incomprensibilmente i tempi del termine dilatorio e, dunque, della stipula del contratto di appalto, che - in base al dettato del Codice - potrebbe avvenire anche immediatamente dopo la intervenuta efficacia della aggiudica (e fino a 60 giorni).

## **B) ASSOCIAZIONI DI CATEGORIA**

### **9) Assirep - Associazione Italiana Responsabili Gestione Progetto**

*I contributo*

I recenti casi dell'Expo di Milano e del Mose di Venezia dimostrano in modo eclatante quanto "male" (a dir poco) siano stati in passato gestiti alcuni importanti programmi e progetti pubblici. Eppure esiste ormai da oltre mezzo secolo una "disciplina", una scienza, relativa all'arte di gestire bene i progetti: il "Project Management". E da pochi mesi è stata emanata una norma Iso/Uni, la 21500, proprio inerente tale disciplina. E i professionisti della gestione progetti sono universalmente noti come Project Manager o, in italiano, Responsabili di Progetto. Diverse direttive della Autorità sul LL.PP. hanno sottolineato che il RUP – Responsabile Unico di Procedimento -, laddove il Procedimento si configuri come un vero e proprio progetto (es. Interventi pubbliche), altro non è che un Project Manager, secondo la piena accezione del termine anglosassone. Non solo quindi un mero tecnico ma un .. gestore che deve rispondere del progetto in tutte le sue fasi, dalla progettazione vera e propria alla consegna all'utente finale. E, rendendosi sempre più necessaria la presenza del ruolo professionale del Project Manager, anche come supporto esterno consulenziale al Rup, in un numero sempre maggiore di Bandi o Avvisi pubblici o privati viene richiesta la presenza di un Project Manager professionista. Ma chi può a pieno diritto dirsi Project Manager professionista?

Ebbene, a seguito della recente legge 04-13 sulle professioni non organizzate in Ordini e Collegi, e nata Assirep ([www.assirep.it](http://www.assirep.it)), prima e al momento unica associazione professionale che rappresenta in modo esclusivo i professionisti della gestione progetti e che è già stata dal MiSE inserita nell'apposito elenco delle Associazioni che possono rilasciare ai propri soci l'Attestato di Qualificazione Professionale previsto dalla legge. E l'Istat, sempre su indicazione di Assirep, ha inserito la professione del Project Manager all'interno della propria codifica CP 2011.

Quindi oggi si può finalmente affermare che il Project Manager è una "professione" riconosciuta dallo Stato Italiano, pur non essendo una classica professione ordinistica. Per tutto quanto sopra, in qualunque progetto pubblico si dovesse prevedere la fornitura e/o la presenza di un Responsabile di Progetto (o Project Manager) professionista, si dovrà obbligatoriamente specificare l'obbligo del Project Manager ad essere in possesso dei "... requisiti professionali previsti dalla legge 04-13". L'assenza di tale specificazione rende la richiesta e/o il bando soggetto a impugnazione da parte delle organizzazioni (Associazioni Professionali o Organismi di Certificazione) previste dalla L.04-13 a tutela dei propri professionisti o da parte dei professionisti in possesso dei requisiti di legge. Ci auguriamo quindi che specie nei modelli standard dei bandi di gara pubblici possano essere inserite le giuste specificazioni inerenti la figura professionale da noi tutelata. Non che la presenza di professionisti di gestione progetti possa di per se stessa essere garanzia della assoluta mancanza, negli italiani progetti, di fenomeni corruttivi, ma per lo meno di sia modo a persone realmente competenti di occuparsi di quello per cui hanno studiato e si sono specializzati e qualificati. Inoltre si fa presente come alcuni recenti avvisi pubblici di importanti Asl, Regioni e Province (di cui se necessario si può inviare l'elenco in separata sede) hanno richiesto la fornitura di Project Manager professionisti ma specificando requisiti di partecipazione generici e ben poco professionalizzanti (es: Possesso di una specifica laurea o di un determinato numero di anni di non ben definita .... esperienza). Si teme che in tali generiche specificazioni possano annidarsi "rischi corruttivi" relativamente al tentativo di agevolare determinate persone o aziende a scapito di professionisti veri e ... patentati. E le lettere di protesta o diffida da me puntualmente inviate a tali Enti non hanno purtroppo quasi mai avuto risposta.

A nome di Assirep concludo complimentandomi per questa bella e democratica iniziativa, che ci permette di far sentire la nostra voce, dichiarandomi a completa disposizione, insieme a tutto il CD Assirep, per qualsivoglia approfondimento o chiarimento.

## *II contributo*

Si prega di voler considerare l'inserimento dei seguenti articoli al disciplinare

13.1 Per tutti i servizi compresi nella categoria 7 “Servizi informatici e affini” e segnatamente per i codici CPV da 72000000-5 a 72920000-5, considerata la natura progettuale delle attività comprese nella categoria 7 “Servizi informatici e affini” dell'allegato IIA del D.lgs. 163/2006, e segnatamente per i codici CPV da 72000000-5 a 72920000-5, la ditta appaltatrice dovrà mettere a disposizione, durante l'intera durata del progetto, una figura di Responsabile di progetto (o Project Manager) professionista in possesso dei requisiti indicati all'interno della Legge 4/2013 e s.m.i., ovvero di possesso di “Attestato di qualità e di qualificazione professionale dei servizi” in corso di validità e comprovante l'iscrizione ad una delle associazioni riconosciute sulla base della legge a tutela del ruolo professionale.

13.3 In caso di subappalto il requisito all'art. 13.1 si intende da verificare per tutte le ditte subappaltate;

13.4.1 nell'ipotesi di raggruppamento temporaneo o consorzio ordinario già costituiti o da costituirsi, o di aggregazione di imprese di rete, o di GEIE:

a) ciascuna delle imprese raggruppate/raggruppande o consorziate/consorziate o aderenti al contratto di rete deve mettere a disposizione, durante l'intera durata del progetto, una figura di Responsabile di progetto (o Project Manager) in possesso dei requisiti di cui all'art. 13.1 del presente disciplinare;

b) ovvero disporre di un ufficio di gestione progetti (PMO - Project Management Office) in cui almeno il 30% del personale operante sia conforme ai requisiti della Legge 04/13;

## *III contributo*

16.4 Per tutti i servizi compresi nella categoria 7 “Servizi informatici e affini” e segnatamente per i codici CPV da 72000000-5 a 72920000-5 L'offerta tecnica deve contenere a pena di esclusione:

a) una rappresentazione grafica della scomposizione del lavoro da fare (WBS – Work Breakdown Structure) suddivisa in livelli gerarchici dal più generale, oggetto del progetto, fino alle più elementari attività gestibili autonomamente dal punto di vista delle responsabilità, dei costi e dei tempi;

b) Un cronoprogramma in formato Gantt che rappresenti graficamente la pianificazione delle lavorazioni nei suoi principali aspetti di sequenza logica e temporale e con la individuazione delle attività critiche;

c) Una analisi dei rischi dell'iniziativa progettuale e conseguenti azioni di gestione di questi;

## **10) Patrimoni PA net**

PPAnet ha già fatto pervenire all'AVCP – oggi assorbita dall'ANAC - le proprie riflessioni in ordine al "bando-tipo per i servizi di pulizia", che ha costituito un importante riferimento nell'elaborazione del documento posto oggi in consultazione.

Pur ritenendo senza dubbio opportuna l'elaborazione di un bando-tipo generico per i comparti dei servizi e delle forniture, non può che ribadirsi che l'ambito dei servizi è particolarmente variegato e complesso e, pertanto, sono necessarie linee guida e indirizzi che prendano in specifica considerazione

gli aspetti peculiari delle diverse tipologie di affidamento, in particolare per quanto concerne i servizi complessi a supporto dei patrimoni immobiliari ed urbani.

Inoltre, in un contesto normativo in continua e rapida evoluzione si evidenzia come risultino maggiormente di supporto per le stazioni appaltanti e gli operatori economici strumenti quali, appunto, linee guida, *best practices*, atti di indirizzo a contenuto da un lato più specifico e dall'altro meno vincolante dei bandi tipo, che dovranno essere necessariamente sottoposti ad una continua opera di manutenzione per scongiurarne l'obsolescenza, resa tanto più problematica dalla vincolatività di tali atti per le stazioni appaltanti, alla luce della normativa vigente.

Tanto premesso, si ribadiscono le osservazioni già formulate con riferimento al bando tipo n. 1, nella misura in cui le stesse non risultano recepite nella formulazione del bando tipo servizi e forniture.

\* \* \*

### **1) Oggetto dell'appalto e importo a base d'asta**

Nel caso in cui il servizio oggetto di affidamento abbia carattere continuativo e sia essenziale per le amministrazioni, al fine di garantire la continuità delle prestazioni anche in fase di avvicendamento dei prestatori di servizi, sarebbe opportuno che i documenti di gara prevedessero espressamente la possibilità di disporre, in caso di necessità, una proroga tecnica programmata, alla scadenza del contratto e sino alla nuova aggiudicazione. La previsione della facoltà di proroga, nei limiti predetti ed in termini di eventuale opzione, già nella *lex specialis* consentirebbe una maggiore trasparenza dell'operato delle stazioni appaltanti, garantendo agli operatori economici interessati la piena conoscenza di tutte le condizioni dell'affidamento.

Inoltre, nel caso in cui la stazione appaltante lo ritenga opportuno per i servizi che abbiano carattere di continuità ed essenzialità, potrebbe essere previsto – sempre configurandolo in termini di opzione, un rinnovo contrattuale, definendone il periodo e il relativo importo.

Poiché sia la proroga che il rinnovo si configurano, dal punto di vista giuridico come “opzioni” gli stessi vanno considerati pienamente legittimi e ad essi troverà applicazione l'art. 29 del Codice Contratti il quale stabilisce che le opzioni devono essere previste nel bando di gara con indicazione del relativo importo che concorre a determinare il valore complessivo dell'affidamento.

Laddove, poi, si tratti di servizi per i quali è verosimile che si rendano indispensabili o opportune, in corso di esecuzione del contratto, alcune prestazioni straordinarie che, seppure astrattamente prevedibili e definibili *ex ante* nella loro natura, non possono essere programmate nella *lex specialis* di gara relativamente alla frequenza e/o all'effettiva necessità, considerare tali prestazioni sempre attivabili solo in esito all'approvazione di una variante contrattuale (quinto d'obbligo) o ad un affidamento aggiuntivo (servizio complementare ai sensi dell'art. 57 del Codice) – determinerebbe inefficienze in fase esecutiva che potrebbero, invece, essere facilmente evitate laddove la stazione appaltante indicasse già nei documenti di gara la natura delle prestazioni attivabili a richiesta (evitando le descrizioni eccessivamente generiche che condurrebbero all'indeterminabilità dell'oggetto della gara) e il plafond massimo di tali eventuali prestazioni, richiedendo al concorrente di indicare il corrispettivo (ad esempio in termini di costo orario) richiesto a misura nel caso in cui tali prestazioni venissero ordinate in corso di contratto.

Anche in questo caso si tratterebbe, sostanzialmente, di opzioni attivabili a richiesta della stazione appaltante e dunque legittime, purché definite nell'oggetto.

I servizi complementari ai sensi dell'art. 57 del Codice o la variante in aumento del c.d. "quinto d'obbligo" verrebbero, pertanto, in considerazione solo laddove – come in effetti previsto per tali eventualità dalla normativa vigente – le prestazioni da affidare non fossero ragionevolmente prevedibili già al momento dell'affidamento del contratto.

## **2) Clausola sociale**

Si auspica un approfondimento volto a fornire indicazioni maggiormente chiare nel bando-tipo, che considerino anche i riflessi della clausola stessa in termini di livelli occupazionali, retributivi, contratti collettivi applicati, tabelle di riferimento.

## **3) Documentazione di gara**

Dovrebbe essere incentivata la messa a disposizione sul profilo del committente di tutta la documentazione di gara, consentendone la presa visione senza alcun costo aggiuntivo né per la stazione appaltante né per i concorrenti.

Ciò favorisce la partecipazione alle procedure di affidamento ampliando la concorrenza e sterilizzando l'asimmetria informativa che potrebbe determinarsi a favore dei concorrenti che, avendo sede presso la stazione appaltante, potrebbe accedere prima e con minori costi ai documenti di gara.

Si teme che le clausole del bando tipo che rimandano alla presa visione dei documenti presso gli uffici delle stazioni appaltanti, previo appuntamento e all'estrazione di copia fisica (anche se su supporto informatico) subordinatamente al pagamento dei relativi diritti scoraggino la prassi ormai diffusa presso quasi tutte le stazioni appaltanti di rendere disponibili tutti i documenti sul web e vadano contro l'esigenza di "dematerializzazione" delle gare, così fortemente avvertita dalla stessa AVCP.

## **4) Sopralluoghi**

Poiché il sopralluogo, ancorché certamente opportuno nel caso di servizi da rendere all'interno di una struttura le cui caratteristiche fisiche non sono irrilevanti per l'effettiva organizzazione del servizio, non vi è dubbio che lo stesso costituisca un aggravio organizzativo per i concorrenti.

E', pertanto, indispensabile contemperare l'esigenza della stazione appaltante di ricevere un'offerta attendibile e ponderata con l'esigenza degli operatori economici di ridurre al minimo i costi – in termini di tempo e di risorse – necessari per la predisposizione dell'offerta.

In questa ottica, si rinnova l'invito a considerare la possibilità che il sopralluogo possa venire effettuato – su specifica delega – non solo da personale dipendente da una delle imprese partecipanti alla gara, ma anche da tecnici (architetti, ingegneri, geometri, etc.) all'uopo incaricati. Peraltro, la limitazione ai soli "dipendenti" potrebbe impedire alle imprese di utilizzare figure professionali che, pur inserite all'interno dell'organizzazione aziendale, abbiano contratti non riconducibili al lavoro subordinato.

Inoltre, se il sopralluogo è relativo a strutture grandi, o articolate su più sedi, potrebbe risultare necessario o comunque opportuno impiegare più persone contemporaneamente.

Al fine di garantire il rispetto del principio di concorrenza e di partecipazione alla gara, si consiglia innanzitutto di prevedere 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, inoltre, 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.

Infine, si fa presente che, al fine di semplificare gli oneri di partecipazione, l'avvenuto sopralluogo potrebbe essere attestato con autocertificazione ai sensi del DPR 445/2000, trattandosi di notizie note al concorrente e che lo riguardano; l'Amministrazione deve comunque mantenere l'elenco di chi ha effettuato il sopralluogo.

#### **5) Copia conforme della procura in caso di domanda sottoscritta da procuratore speciale**

Si suggerisce di valutare l'opportunità – nell'ottica di ridurre gli oneri partecipativi e i rischi di errori nella collazione dei plichi – di consentire che gli operatori economici si limitino ad indicare gli estremi della procura conferita (Notaio, estremi atto, n. di repertorio e raccolta) richiedendo la presentazione della procura in sede di controllo delle dichiarazioni rese.

#### **6) Cauzione provvisoria**

Si invita, l'ANAC a riflettere ulteriormente sull'opportunità di prevedere l'autentica notarile della cauzione – non prevista da alcuna normativa – quale possibile adempimento da richiedere a pena di esclusione.

#### **7) Servizi analoghi**

Si è più volte ribadito che solo una attenta ed efficace classificazione dei servizi può condurre le stazioni appaltanti a definire in modo congruo, pertinente e proporzionato il concetto di “analogia” rilevante al fine della qualificazione.

#### **8) Criterio di aggiudicazione**

Il bando tipo viene configurato per una procedura aperta con affidamento secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Cionondimeno, sarebbe certamente auspicabile una più netta raccomandazione alle stazioni appaltanti – per quanto concerne il comparto dei servizi, caratterizzati da alto impatto di manodopera e difficile standardizzazione – ad evitare affidamenti al prezzo più basso che, apparentemente più convenienti al momento dell'aggiudicazione, rischiano di diventare difficilmente gestibili in fase esecutiva proprio per le conseguenze che la mancata considerazione di aspetti qualitativi può comportare.

## 11) Fare

### 1. OSSERVAZIONI DI CARATTERE GENERALE

#### A) DISCIPLINA DEGLI AGGIORNAMENTI NORMATIVI

Il bando tipo, per come è stato disciplinato dalla norma ed attuato dall'Autorità, appare uno strumento estremamente delicato, per le seguenti ragioni che balzano immediatamente all'attenzione:

- la normativa sugli appalti è oggetto di continui mutamenti e aggiornamenti, anche sul piano procedurale (già ad oggi, ad esempio, a pochi giorni dall'avvio della consultazione, per il tramite dell'art. 21 della legge 30/10/2014 n. 161, sono intervenute le note modifiche all'art. 49, comma 6 del codice, che sanciscono l'introduzione normativa dell'avvalimento frazionato). Il Bando tipo, pertanto dovrà per sua natura essere aggiornato in maniera puntuale e rapida ad ogni minimo cambiamento in tal senso;

- la semplificazione procedurale che il Bando tipo creerà nel sistema, attraverso la uniformazione delle procedure, è direttamente proporzionale all'aumento degli oneri motivazionali delle delibere a contrattare in caso di scostamenti dal contenuto precettivo del documento; pena la illegittimità degli atti di gara.

Per scongiurare l'eccessivo e sterile sviluppo di tali ultimi oneri, sul piano della struttura generale e del metodo di articolazione delle componenti obbligatorie, occorrerebbe evidenziare che, in occasione di mutamenti normativi che dovessero incidere sul contenuto delle parti precettive del Bando Tipo, esse alternativamente:

a) assumono automaticamente carattere non vincolante e la relativa deroga non richiede oneri motivazionali nella determina a contrattare;

oppure

b) si intendono sostituite dalle previsioni novellate dalla norma, anche in attesa di aggiornamento del documento tipo.

Questo accorgimento eviterebbe l'inutile onere di dover motivare, nella delibera a contrattare, le deroghe al bando tipo "necessarie per ottemperare alla legge".

Tale indicazione potrebbe essere inserita alla fine del **paragrafo 2 della parte generale**.

#### **B) IL DOCUMENTO NON RIGUARDA LE GARE TELEMATICHE**

La premessa del documento circoscrive la portata del bando tipo, che si pone come un primo documento generale per procedure aperte per servizi e forniture.

Siccome tra i contenuti precettivi ci sono anche quelli relativi alle modalità di presentazione delle offerte e della documentazione, occorrerebbe precisare, nella parte generale, che il bando riguarda procedure condotte con modalità tradizionali o cartacee.

È noto, infatti, che sul piano strutturale e procedurale le gare espletate con modalità telematiche sulle piattaforme informatiche, ad oggi in uso in moltissime realtà regionali e locali, impongono passaggi amministrativi e giuridicamente rilevanti diversi da quelli precettivamente inseriti nel Bando tipo.

Occorrerebbe, pertanto, procedere alternativamente in uno dei seguenti modi:

a) precisare nelle **Premesse della Parte Generale** che il documento opera solo ed esclusivamente per le procedure cartacee o, comunque non svolte su piattaforme telematiche;

oppure

b) indicare, negli articoli Premesse, 3, 5, 6, 7, 8, 10, 11, 14, 15, 16, 17, 18 e 20 come ipotesi [alternative] le diverse modalità di presentazione, compilazione e firma della documentazione, e i diversi passaggi delle operazioni di gara che l'utilizzo delle piattaforme richiedono, con le relative e specifiche previsioni a pena di esclusione;

Anche questa tipologia di previsioni è necessaria per non dover indurre le stazioni appaltanti, che ricorrono alle piattaforme telematiche, a dover puntualmente indicare tutte le deroghe al bando tipo necessarie per la disciplina dei vari diversi passaggi richiesti da tali modalità operative.

### **C) CHIARIMENTI SULLE MODALITA' DI RENDERE LE DICHIARAZIONI relative ai requisiti generali (art. 38).**

Un aspetto di metodo particolarmente apprezzabile del documento è quello di aver inserito una parte generale che inquadra, sul piano normativo, tutti i passaggi contenuti nel disciplinare ed in particolare, evidenzia l'allineamento con precedenti posizioni espresse dalla Autorità nonché con la giurisprudenza amministrativa (soprattutto delle adunanze plenarie del Consiglio Di Stato).

In tale ottica apparirebbe necessario un passaggio che illustri la coerenza della scelta di prevedere, a pena di esclusione, la indicazione puntuale della assenza delle singole situazioni ostative previste all'art. 38 del Codice, con quanto recentemente indicato dal Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria 30/7/2014 n. 16 che, partendo dalla problematica inerente la necessità o meno di indicare tutti i nominativi dei soggetti tenuti alle relative dichiarazioni, ha poi fissato i seguenti principi di diritto:

a) la dichiarazione sostitutiva relativa all'assenza delle condizioni preclusive previste dall'art.38 d.lgs. cit. può essere legittimamente riferita in via generale ai requisiti previsti dalla norma e non deve necessariamente indicare in modo puntuale le singole situazioni ostative previste dal legislatore;

b) la dichiarazione sostitutiva relativa all'insussistenza delle condizioni ostative previste dall'art.38 d.lgs. n.163 del 2006 non deve contenere la menzione nominativa di tutti i soggetti muniti di poteri rappresentativi dell'impresa, quando questi ultimi possano essere agevolmente identificati mediante l'accesso a banche dati ufficiali o a registri pubblici;

c) una dichiarazione sostitutiva confezionata nei sensi di cui alle precedenti lettere a) e b) è completa e non necessita di integrazioni o regolarizzazioni mediante l'uso dei poteri di soccorso istruttorio

## **D) CRITERI DI VALUTAZIONE DELLE OFFERTE.**

Nel bando tipo si forniscono indicazioni anche circa il metodo di valutazione delle offerte tecniche ed economiche.

Nelle premesse, a nostro giudizio molto opportunamente, si assumono tutte le cautele utili a precisare che la scelta verte verso la applicazione del metodo aggregativo compensatore, fermo restando la piena discrezionalità delle stazioni appaltanti circa l'utilizzo di altri metodi indicati alla lettera A dell'allegato P del DPR 207/2010, nonché su altri metodi fondati nella letteratura scientifica in materia.

Nell'esplicitare poi le metodologie per la applicazione del metodo aggregativo compensatore si prevedono tutte le alternative di cui alla lettera B del citato allegato P. In particolare, per quanto riguarda la formula di attribuzione dei punteggi prezzo, viene fornita la alternativa secca tra le due formule ivi previste.

Fermo restando che appare chiaro l'intento di codesta Autorità di fornire semplici indicazioni di metodo nel descrivere il ricorso alle procedure di cui alla lettera B dell'allegato P, si riterrebbe necessario una ulteriore precisazione, quantomeno nelle premesse, circa la portata del metodo aggregativo compensatore.

In particolare sarebbe opportuno, per completezza, evidenziare che rimane ferma la discrezionalità delle stazioni appaltanti, ampiamente riconosciuta anche da recente giurisprudenza, di individuare le formule che meglio rispecchiano le strategie di gara. Tutto ciò fermi restando i principi, da sempre affermati in materia, del rispetto dell'equilibrio complessivo tra valutazione della componente tecnica e quella economica, delle ponderazioni iniziali e quindi di apprezzamento dei range e degli intervalli di punteggio fissati negli atti di gara, ecc. (cfr. ex multis, Consiglio di Stato sez. V 25/6/2014 n. 3203, Consiglio di Stato sez. V 31/3/2014 n. 1537).

## **E) INDICAZIONI DEGLI ELEMENTI ESSENZIALI E DELLE DICHIARAZIONI INDISPENSABILI**

Tra le cause di esclusione previste dal documento in consultazione vi è un esplicito riferimento alle nuove disposizioni di cui all'art. 38, comma 2 bis e 46 comma 1ter del codice degli appalti introdotti dall'art. 39, comma 2, del d.l. 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla l. 11 agosto 2014, n. 114.

Il disciplinare sanziona in tal modo il mancato, inesatto o tardivo adempimento alle richieste formulate dalla stazione appaltante, evitando di entrare nel merito delle fattispecie costitutive di tale causa di esclusione e fondanti le richieste di integrazione o rettifica documentale.

La previsione normativa, come è noto, impone l'attivazione del nuovo soccorso istruttorio "sanzionato" nei casi di mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive; nei casi di irregolarità non essenziali, ovvero di mancanza o incompletezza di dichiarazioni non indispensabili, la stazione appaltante non richiede alcuna regolarizzazione.

Da più parti, però, dottrina e recentissima giurisprudenza, evidenziano come appaia indispensabile indicare espressamente, negli atti di gara, non più soltanto le previsioni a pena di esclusione ma anche quali elementi appaiano "essenziali" (al fine di attivare il procedimento integrativo e quello

sanzionatorio) e quali dichiarazioni appaiano “indispensabili” (al fine di attivare il necessario procedimento integrativo non sanzionato). Questo vale anche per le previsioni di cui al comma 1 ter dell'art. 46, quindi per le dichiarazioni rese anche da soggetti terzi.

Appare necessario che il bando tipo disciplini e preveda tali elementi, al fine di rispettare i principi

di chiarezza e trasparenza, oltre che di parità di trattamento senza che ciò gravi sugli oneri motivazionali della determina a contrattare. Tali considerazioni appaiono peraltro coerenti con quanto previsto dalla Bozza di Determinazione sui “Criteri interpretativi in ordine alle disposizioni dell’art. 38, comma 2-bis e dell’art. 46, comma 1-ter del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163” .

Fermo restando che quanto affermato sarà sicuramente meglio chiarito, in chiave interpretativa, dalla citata determinazione ANAC, per poter inserire nel bando tipo una previsione si potrebbe procedere in due modi distinti:

a) se gli elementi delle dichiarazioni ritenuti **essenziali** coincidono con quelli previsti, già nel modello in consultazione, a **pena di esclusione** allora basterebbe inserire, al termine del punto 7.7 una dicitura del tipo: “Ai fini dell'applicazione del procedimento di cui all'art. 38, comma 2 bis), costituiscono elementi essenziali e dichiarazioni indispensabili tutte quelle previste a pena di esclusione dal presente Disciplinare”.

b) se gli elementi delle dichiarazioni ritenuti essenziali ed indispensabili (o anche solo limitatamente a quelli “indispensabili”) non coincidessero con quelli previsti a pena di esclusione occorrerebbe prevedere un apposito paragrafo nel quale evidenziare, caso per caso (anche attraverso i richiami agli altri articoli del disciplinare) quali siano le fattispecie ad essi riconducibili.

In conclusione e’ opportuno che ci sia, già in questa sede, una omogeneizzazione tra i due documenti in preparazione da parte di ANAC in modo da dare coerenza all’impianto ed evitare difformità interpretative, fonte di possibili contenziosi con le ditte.

## **2. ASPETTI PROCEDURALI ED OPERATIVI**

**a) Commissione Di Gara:** in svariati punti (ad es. 15.29, 18.2.3e ss – salvo il 18.2.5 - , 18.3, ecc.) si prevede, come disposizione obbligatoria e non derogabile, che la Commissione proceda all'esperienza delle operazioni di esame della documentazione amministrativa, tecnica ed economica, alla valutazione dell'anomalia dell'offerta ed ai controlli sul possesso dei requisiti speciali e generali (inclusi quelli a campione).

Si evidenzia come né la norma (art. 283 e 121 del DPR 207/2010), né la più recente giurisprudenza, ritengano indispensabile che tali operazioni siano condotte dalla Commissione Giudicatrice che, invece è chiamata in causa solo per l'apertura dei plichi contenenti l'offerta tecnica ed, ovviamente, per la relativa valutazione.

Le altre operazioni, più genericamente, sono demandate al soggetto che presiede la gara (peraltro richiamato al punto 18.6.1.) o al responsabile del procedimento o alla stazione Appaltante, che nella prassi potrà essere un dirigente della stazione appaltante, il RUP, un Seggio di gara, ecc.

Si riterrebbe pertanto opportuno che, ove non strettamente necessario, il Bando tipo incardinasse la competenza all'esercizio di tali operazioni non in capo alla Commissione ma, come la norma prevede, al

Soggetto che presiede la gara. Le norme stesse infatti usano terminologie diverse per diverse fasi del percorso lasciando quindi spazio ad una diversità di soggetti che possono operare.

Questo aspetto, all'apparenza irrilevante, in molti settori ha implicazioni notevoli, poiché i professionisti ed i tecnici interni (si pensi, ad esempio, ai medici degli ospedali chiamati a giudicare le forniture sanitarie) che fanno normalmente parte delle Commissioni giudicatrici, sarebbero chiamati a svolgere operazioni a carattere amministrativo e burocratico per le quali, tra l'altro, non manifestano alcuna competenza specifica e verrebbero distratti dalle loro attività abituali. Appare persino superfluo evidenziare l'ulteriore conseguenza di tale scenario in termini di violazione del principio di continuità e concentrazione delle operazioni di gara.

**b) Attribuzione punteggio economico:** nella sezione che va dal punto 18.2.6. al punto

18.2.12 viene descritta una procedura che prevede la conduzione di sedute pubbliche, da parte della Commissione, per la lettura dei punteggi tecnici e dei ribassi/prezzi offerti, mentre la attribuzione dei punteggi prezzo e la formazione della graduatoria (provvisoria) viene effettuata in seduta riservata. Anche se nel documento non se ne trova traccia, la procedura dovrebbe prevedere che, in seduta pubblica, si pronunci poi la aggiudicazione provvisoria.

Occorre evidenziare che, nella maggior parte dei casi (soprattutto in applicazione del metodo aggregativo compensatore), la attribuzione del punteggio per la parte economica delle offerte può agevolmente essere realizzata in seduta pubblica, trattandosi di operazioni meramente matematiche svolte con semplici fogli di calcolo.

Tale prassi, coerente con quanto previsto all'art. 117 del regolamento 207/2010 - che prevede che non ci possa essere sospensione della seduta per l'apertura delle offerte economiche - aumenta inoltre le garanzie di pubblicità e trasparenza delle operazioni effettuate in tale fase.

Al fine di disegnare procedure più snelle ed evitare passaggi che potrebbero, in molti casi, risultare non necessari - e sempre nel rispetto dei principi di trasparenza e parità di trattamento nonché allo scopo di riallineare il paragrafo 18.2 con il 18.6 del documento - si potrebbe prevedere tale parte del documento come non vincolante, lasciando così margine di discrezionalità organizzativo alle singole stazioni appaltanti che, in base alla tipologia di gara, potrebbero disciplinare diversamente l'andamento della procedura. Altra soluzione potrebbe essere quella di prevedere una procedura alternativa di questo tipo:

[in alternativa]

Successivamente, in seduta pubblica, il Soggetto che presiede la gara comunicherà i punteggi attribuiti alle offerte tecniche e procederà all'apertura delle buste contenenti le offerte economiche, dando lettura dei prezzi e dei ribassi offerti, procedendo alla attribuzione dei punteggi dell'offerta economica ed alla conseguente formazione della graduatoria provvisoria di gara.

18.2.7. Qualora la la Stazione appaltante accerti, sulla base di univoci elementi, che vi sono offerte che non sono state formulate autonomamente, ovvero sono imputabili ad un unico centro decisionale, procede ad escludere i concorrenti per i quali è accertata tale condizione.

18.2.8. La Stazione appaltante procederà successivamente, ai sensi del paragrafo 18.6 del presente Disciplinare, alla verifica di congruità delle offerte che superino la soglia di cui all'art. 86, comma 2, del

Codice, fatta salva la possibilità di verificare ogni altra offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa.

### **c) Qualificazione dei Consorzi Stabili.**

Al punto 13.11 si prevedere che “ Fatto salvo quanto previsto al paragrafo 13.4.2, nel caso di consorzi di cui all’art. 34, comma 1, lett. c) (consorzi stabili), i requisiti di cui al precedente paragrafo 13.1 (in sostanza tutti i requisiti speciali) devono essere posseduti direttamente dal consorzio ovvero dai singoli consorziati esecutori, secondo le disposizioni dell’art. 277 del Regolamento”.

Al fine di chiarire al meglio il rapporto tra requisiti che possono essere posseduti dalle consorziate e quelli che possono essere portati dal consorzio si potrebbe inserire la seguente precisazione: “in ogni caso i requisiti posseduti dal consorzio si sommano a quelli posseduti dalle consorziate ai sensi dell’art. 277 del Regolamento.

### **d) Osservazioni di tipo operativo**

**d.1)** Pag. 1: ci si chiede se sia indispensabile prevedere l’indicazione di tutti gli estremi di pubblicazione del bando. Il disciplinare di gara è un allegato del bando; chi ha in mano il disciplinare ha già preso visione del bando, quindi queste informazioni circa gli organi su cui è stato pubblicato non offrono valore aggiunto. Potrebbe essere più efficace e semplice pubblicare unicamente il profilo del committente sul quale è pubblicato, oltre al bando, tutta la documentazione di gara.

**d.2)** Pag. 4: è possibile prevedere un sopralluogo facoltativo (non solo obbligatorio) (fermo restando che per l’effettuazione del sopralluogo i concorrenti devono presentare richiesta, con un preavviso di ....., ecc..)?

**d.3)** Pag. 11: potrebbe essere il caso di introdurre opzioni facoltative prevedendo la possibilità di presentare campioni anche per i servizi (es. contenitori per raccolta rifiuti speciali, ecc.).

**d.4)** Pag. 28 - punto 18.2.11: è possibile prevedere che il sorteggio venga effettuato nella medesima seduta della Commissione giudicatrice di cui al punto 18.2.8 e che questa seduta sia pubblica?

**d.5)** Pag. 28 punto 18.2.12: stante anche le considerazioni di cui alla precedente lett. a) a parziale modifica si potrebbe prevedere che:

18.2.12 “All’esito delle operazioni di cui sopra, la Stazione Appaltante/Il soggetto che presiede la gara redige la graduatoria definitiva e aggiudica provvisoriamente l’appalto al concorrente che ha presentato la migliore offerta”

**d.6)** Pag. 35 - punto 19: trattandosi di controversie derivanti dalla esecuzione del contratto, ci si chiede se tale previsione non troverebbe collocazione più appropriata nel Capitolato Speciale e nel Contratto.

**d.7)** Ci si chiede se possa essere utile, a completamento del lavoro svolto, allegare un modulo per:

istanza di partecipazione, dichiarazioni sostitutive ex artt. 38 e ss. e tutte le altre dichiarazioni richieste. Si ritiene che ciò possa agevolare:

a) sia gli operatori economici (poiché si ridurrebbero le probabilità che i partecipanti commettano errori materiali);

b) sia le stazioni appaltanti (sarebbe opportuno ricevere le dichiarazioni "ordinate" , coerenti co l bando tipo e di facile verifica).

In altri termini si tratterebbe di dare una prima attuazione ad una esigenza di standardizzazione su tali modelli già prevista all'art. 74 del medesimo decreto che, al comma 2-bis, prevede che "Le stazioni appaltanti richiedono, di norma, l'utilizzo di moduli di dichiarazione sostitutiva dei requisiti di partecipazione di ordine generale e, per i contratti relativi a servizi e forniture o per i contratti relativi a lavori di importo pari o inferiore a 150.000 euro, dei requisiti di partecipazione economico-finanziari e tecnico-organizzativi. I moduli sono predisposti dalle stazioni appaltanti sulla base dei modelli standard definiti con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, acquisito l'avviso dell'Autorità.

## **12) Assogenerici**

Assogenerici, associazione nazionale che rappresenta le industrie di farmaci generici e di biosimilari, osserva come, in considerazione della specificità del settore merceologico del farmaco, sarebbe importante - così come dalla stessa Vostra Autorità consentito - la predisposizione di un bando-tipo per la fornitura dei farmaci, che sia in grado di cogliere le caratteristiche specifiche del bene farmaco, nel rispetto dei principi di trasparenza e di massima concorrenza. Al riguardo, si chiede la possibilità di avviare un tavolo tecnico allargato, a cui si richiede sin d'ora di poter partecipare, al fine di poter fornire il proprio contributo tecnico alla predisposizione di un bando-tipo per la fornitura di farmaci, che possa rappresentare un modello vincolante per tutte le diverse stazioni appaltanti, così da evitare il diffondersi di interpretazioni discordanti sul territorio nazionale in merito ad aspetti fondamentali legati alle regole che devono presiedere il corretto svolgimento di una procedura di gara.

## **13) Farindustria - Associazione delle Imprese del Farmaco**

OSSERVAZIONI DI FARMINDUSTRIA ALLA CONSULTAZIONE DI ANAC SUL "BANDO TIPO PER L'AFFIDAMENTO DI CONTRATTI PUBBLICI DI SERVIZI E FORNITURE"

In relazione al documento "Bando tipo per l'affidamento di contratti pubblici di servizi e forniture" si trasmettono di seguito le osservazioni di Farindustria.

Si premette che il bene "medicinale" è un bene estremamente particolare per l'elevato livello di ricerca a monte e per la sua elevata tecnologia e specificità.

Il "bando tipo" proposto, per la sua generalità, adattandosi a servizi e forniture, risulta mancare di alcune specificità che dovrebbero caratterizzare una esauriente disciplina dell'acquisto di medicinali e vaccini da parte degli enti pubblici sanitari.

In merito agli aspetti generali, si osserva che:

- il documento non riguarda le gare telematiche

Nello specifico settore delle pubbliche forniture di medicinali sono sempre più in uso gare telematiche. Il Bando tipo proposto al contrario riguarda procedure condotte con modalità tradizionali. Si suggerisce di precisare nella parte generale che il bando tipo riguarda procedure condotte con modalità tradizionali

o cartacee, e che, previa motivazione nella delibera a contrarre, esso potrà essere derogato nell'ipotesi di gara telematica.

- il documento non riguarda le gare da aggiudicarsi ex art. 82 del Codice degli Appalti con criterio a prezzo più basso.

Nello specifico settore delle pubbliche forniture di medicinali il criterio di aggiudicazione in uso in via predominante da parte delle Stazioni Appaltanti è quello ex art. 82 Codice Appalti.

Il Bando tipo proposto, al contrario, riguarda procedure da aggiudicarsi col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ex art. 83 e ss Codice Appalti.

Nella parte generale risulterebbe opportuno precisare che il bando tipo riguarda procedure da aggiudicarsi con il criterio ex art. 83 e ss Codice Appalti, e che, previa motivazione nella delibera a contrarre relativamente all'adozione del diverso criterio ex art. 82, esso potrà essere derogato.

- Il primo capoverso dell'art. 7.7 pare inutile rispetto a quanto già prescritto dall'art. 38, 2 bis del Codice degli Appalti potrebbe pertanto essere omesso.

## 14) Confartigianato Imprese

Il lavoro condotto da codesta Autorità nella elaborazione dei bandi-tipo, in linea la previsione dell'art. 64, comma 4 bis del D.Lgs.n.163/2006, costituisce la cifra di una significativa attenzione alle complesse tematiche di frontiera che animano il settore contratti pubblici nella direzione di semplificarlo e rendere fluidi i procedimenti di selezione dei concorrenti in linea con gli obiettivi delle Stazioni Appaltanti.

L'articolato documento posto in consultazione è esaustivo sotto un profilo strutturale e dei concetti chiave del settore che vengono illustrati, e costituisce, pertanto, una utile guida di lavoro per gli operatori economici che intendono a partecipare alle gare di appalto.

Il presente contributo intende offrire alla valutazione dell'Autorità alcune considerazioni utili per l'elaborazione del modello nel settore oggetto di consultazione.

Sul capitolo delle **cauzione e garanzie** necessarie ai fini della partecipazione alle gare, il bando-tipo prevede che le S.A. possano richiedere l'autentica della sottoscrizione del Garante che le rilascia.

Nella direzione di semplificare il procedimento di partecipazione alle gare e di migliorare le condizioni di accesso al mercato soprattutto da parte delle microimprese - ovvero quelle che occupano meno di 10 addetti e realizzano un fatturato annuo inferiore a 2 milioni di euro - sarebbe opportuno valorizzazione la facoltà per le S.A. di richiedere che la cauzione provvisoria sia corredata da una dichiarazione, resa ai sensi del DPR 445/2000, attestante la contezza e l'attualità dei poteri di firma di colui che sottoscrive il documento e che, pertanto, impegna la compagnia garante, piuttosto che l'autentica notarile della sottoscrizione.

Resa sotto l'egida delle responsabilità civili e penali derivanti dalla normativa in materia di dichiarazioni sostitutive, tale autocertificazione offre contezza dei poteri di firma del sottoscrittore rispetto ai contenuti della polizza ed ha il pregio di azzerare i costi che l'operatore economico dovrebbe altrimenti sopportare nel caso in cui la S.A. richiedesse l'autentica notarile per l'attestazione dei poteri del garante.

Si segnala, infatti, che i costi di autentica variano da un minimo di 30 euro fino ad una percentuale da applicare al massimale garantito dalla emettenda polizza.

E' di tutta evidenza, infine, come la prospettiva dello svolgimento delle gare c.d. elettroniche o telematiche - con la previsione del caricamento sulla piattaforma messa a disposizione dalla S.A. della cauzione provvisoria munita di firma digitale del garante-sottoscrittore - conferisce, proprio in ragione della procedura di digitalizzazione, certezza ai poteri di impegno consacrati nella polizza fideiussoria, sollevando le imprese dal sostenimento dei costi connessi alla presentazione del documento.

In linea con le finalità proprie delle procedure ad evidenza pubblica di aprire al più ampio mercato la scelta del soggetto che per requisiti di moralità-capacità professionali-condizioni economiche sia meritevole di soddisfare gli intendimenti che la S.A. intende perseguire con la indizione di una gara, nella individuazione dei **requisiti tecnico-professionali** il bando-tipo dovrebbe valorizzare unicamente il parametro della analogia dei fatturati specifici e delle pregresse esperienze da attestare ai fini della partecipazione alla gara. L'ancoraggio di requisiti tecnico-professionali a concetti di equivalenza o di identità delle prestazioni/fatturati pregressi da attestare ai fini della gara rischia di restringere oltremodo i principi di apertura alla libera concorrenza, di favor participationis, di proporzionalità e di parità di trattamento che dovrebbero, al contrario, presidiare la ricerca del miglior offerente sul mercato. Non secondaria la considerazione che la richiesta, ai fini della partecipazione alla gara, di pregresse esperienze identiche all'oggetto della gara integrerebbe non solo una violazione del più generale principio di apertura al confronto concorrenziale ma anche un irragionevole vantaggio in favore dell'operatore titolare del contratto in corso che la S.A. intende rimettere in gara con la edizione del nuovo bando.

Conformemente all'art.41 del D.Lgs.n.163/2006, il bando-tipo prevede che la capacità economico finanziaria dei concorrenti possa essere attestata mediante la produzione di almeno due idonee **referenze bancarie** rilasciate da istituti di credito o intermediari autorizzati ai sensi del D.Lgs.n.385/1993.

L'esperienza pratica è del tenore che molti operatori, soprattutto micro e piccole imprese, intrattengono rapporti consolidati con un solo istituto di credito. La norma (art. 41, comma 3, D.Lgs.n.163/2006) che consente al concorrente, non in grado per giustificati motivi di presentare le referenze, di provare la propria capacità mediante altro documento considerato idoneo dalla stazione appaltante apre, tuttora, scenari di grande incertezza poiché solo poche S.A. indicano nella *lex specialis* i documenti alternativi; mentre nella maggior parte dei casi esse si limitano a riportare la formula codicistica, lasciando all'operatore la scelta, spesso contestata, di produrre, ad esempio, i bilanci societari.

Sarebbe opportuno, pertanto, che il bando-tipo preveda un novero di documenti, sia pur a titolo esemplificativo, da produrre ad integrazione della referenza giustificatamente mancante. In tale novero potrebbero rientrare i bilanci di esercizio dell'operatore economico, atteso il valore di ufficialità del documento come depositato presso la competente Camera di Commercio.

Nel quadro della facilitazione all'accesso agli appalti da parte delle piccole imprese secondo gli indirizzi delle Direttive 2014/24/CE e 2014/25/CE, il documento sul punto della **suddivisione in lotti** apre alle misure in grado di promuovere la partecipazione delle imprese di minori dimensioni.

Da porre all'attenzione delle S.A. vi è l'opportunità di procedere alla suddivisione della commessa, ove la sua natura lo consenta, in lotti prestazionali in ragione della specificità o della peculiarità delle

prestazioni o dei beni richiesti. La partecipazione di operatori specializzati a lotti prestazionali attua, infatti, il confronto diretto in ampi settori delle produzioni o dei servizi con le connesse ricadute positive in favore delle S.A. derivanti dal gioco della concorrenza, sia in termini di innalzamento della qualità delle offerte che di risparmi economici conseguibili. Qualità e, soprattutto, risparmi che mancherebbero ove l'appalto, privo di una suddivisione in lotti prestazionali, fosse aggiudicato ad un unico grande operatore che dovrebbe, in mancanza delle specifiche professionali, rivolgersi al mercato per reperire quanto occorre per l'esecuzione della commessa.

Sul punto dei **criteri di aggiudicazione**, pare opportuno il rilievo dato dal documento al metodo della offerta economicamente più vantaggiosa la quale, rispetto al criterio del prezzo più basso, assicura la valorizzazione del merito tecnico e della qualità della offerta, elementi sui quali puntano le imprese di minori dimensioni nella partecipazione agli appalti.

Sotto il profilo esecutivo della commessa aggiudicata, vi è da segnalare la valorizzazione, particolarmente opportuna per il mondo delle micro e piccole imprese, della facoltà per le S.A. di provvedere al **pagamento diretto** in favore del subappaltatore dei corrispettivi per la parte di prestazione da esso eseguita.

Dal punto di vista pratico, infine, è opportuno rilevare come il bando-tipo, in un'ottica di semplificazione delle modalità di partecipazione agli appalti, preveda la messa a disposizione in favore degli operatori economici di **modelli di dichiarazione** predisposti dalle S.A. utili per l'attestazione dei requisiti richiesti dalla *lex specialis*.

## 15) **Assosistema**

In riferimento alla consultazione in oggetto, ASSOSISTEMA valuta in modo positivo il lavoro svolto relativamente all'elaborazione del bando-tipo, quale base di partenza chiara e definita per le stazioni appaltanti, con riguardo alle prescrizioni obbligatorie per legge.

Il bando tipo fornisce, altresì, un ventaglio di prescrizioni facoltative e di soluzioni alternative corrispondenti ad opzioni legittimamente previste dalla normativa.

La presente consultazione consente di cogliere le osservazioni provenienti dal mercato, espresse dalle Associazioni di rappresentanza interessate.

Come noto all'Autorità, uno schema analogo era già stato messo a punto anche dalla scrivente Associazione nell'ambito della definizione di strumenti volti ad elevare il livello di confronto tra le imprese, a vantaggio della qualità.

**Suddivisione in lotti funzionali:** con riferimento all'eventualità che nel caso in cui vi siano "concorrenti che risultano vincitori di un numero di lotti il cui valore è superiore alla loro capacità economica, la stazione appaltante dovrà riassegnare i lotti "in eccesso" al concorrente che segue in graduatoria e, quindi, a condizioni meno vantaggiose", ad avviso della scrivente, tale previsione rischia di alterare le condizioni di mercato. Pertanto, **non dovrebbe essere consentita la partecipazione ad un'azienda non in possesso di capacità economica adeguata ai lotti per i quali concorre.**

**Certificazioni:** sarebbe auspicabile inserire come **obbligatorie le specifiche certificazioni necessarie, congrue, proporzionate e pertinenti all'oggetto dei contratti di appalto** in ragione degli standard di qualificazione e di sicurezza da garantire alle prestazioni/forniture. Nel caso rappresentato dalla scrivente Associazione, per i contratti relativi all'affidamento di servizi sanitari integrati che vanno dalla sanificazione dei tessuti all'allestimento del campo operatorio in tessuto tecnico riutilizzabile, dalla fabbricazione dei kit di dispositivi medici sterili al noleggio e alla sterilizzazione dello strumentario chirurgico, fino alla fornitura e alla manutenzione di DPI, sarebbero da prevedere, a seconda dell'oggetto del contratto, almeno (a titolo esemplificativo e non esaustivo) le seguenti certificazioni: UNI EN 14065 (sistema di controllo della biocontaminazione dei tessuti), UNI EN ISO 13485 (sistema di gestione della qualità applicata ai dispositivi medici), UNI EN ISO 14001 (sistemi di gestione ambientale), UNI EN ISO 13795 (requisiti di sicurezza per camici, teli chirurgici e sottovestizione relativi alla barriera microbica, alla pulizia, al rilascio di particelle e alla robustezza), UNI EN 556 (sterilizzazione dei dispositivi medici), UNI EN 14126 (Indumenti di protezione – requisiti prestazionali e metodi di prova per gli indumenti di protezione contro gli agenti infettivi).

**Condizioni di partecipazione:** con riguardo alle cause di esclusione, andrebbe eliminato il riferimento alla **lettera m-bis), comma 1, dell'art. 38 del Codice** in quanto la stessa è pertinenza alla **SOA** riguardante esclusivamente gli appalti pubblici di lavori.

**Procedura e criterio di aggiudicazione:** ottimo che il criterio di aggiudicazione individuato nel bando tipo sia l'offerta economicamente più vantaggiosa.

Infatti, tale criterio deve essere adottato proprio quando, come nel nostro settore, le caratteristiche oggettive dell'appalto inducano a ritenere rilevanti, ai fini dell'aggiudicazione, uno o più aspetti qualitativi, quali ad esempio, l'organizzazione del lavoro, le caratteristiche tecniche dei materiali, l'impatto ambientale, la metodologia utilizzata (Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici, determinazione n. 5 del 2008).

Riguardo al **metodo per la determinazione del punteggio da attribuire al prezzo, sarebbe da preferire la formula proporzionale prevista dal DPCM 13 marzo 1999 n. 117, prendendo in considerazione una ponderazione dei fattori equivalente a 60 punti nel caso degli elementi qualitativi, metodologici e tecnici e a 40 punti nel caso dell'elemento prezzo.**

Quanto sopra detto in luogo delle formule individuate dall'Allegato P, peraltro considerate non obbligatorie dalla stessa Autorità. Ovvero ricomprendere, tra le altre proposte, anche la storica formula proporzionale (DPCM n. 117/1999) la cui mancata previsione significherebbe escluderla rendendo incomprensibile tale esclusione.

La circostanza che, nell'ambito di una gara condotta con il criterio dell'aggiudicazione all'offerta economicamente più vantaggiosa, il requisito del prezzo possa essere prevalente, ai fini dell'aggiudicazione medesima, rispetto agli altri requisiti di qualità, potrebbe: da un lato, snaturare il senso della scelta di tale criterio di aggiudicazione, che è quello di condurre una valutazione delle offerte che tenga complessivamente conto di aspetti quantitativi e qualitativi; e potrebbe dall'altro lato, esporre seriamente la Stazione Appaltante al rischio di pervenire ad una decisione irrazionale e, comunque, non opportuna rispetto all'oggetto dell'appalto, perché premiante l'offerta che appare la migliore soprattutto sotto il profilo del prezzo. Tutto ciò premesso, l'applicazione automatica, da parte delle Stazioni Appaltanti, delle formule di cui all'Allegato P produrrebbe proprio la predetta stortura.

In altri termini, si è constatato che nelle procedure di gara rispetto alle quali la Stazione Appaltante è tenuta a valutare tanto aspetti qualitativi (es. qualità tecnica, caratteristiche estetiche, funzionali, etc.), quanto aspetti quantitativi (es. prezzo), la formula dell'Allegato P fa sì che gli aspetti economici pesino in misura relativamente elevata, cosicché un concorrente può ottenere un punteggio di molto elevato rispetto a quello conseguito da un altro partecipante alla gara, ancorché gli scarti fra le offerte (in termini di euro) siano esigui.

Sarebbe importante prevedere che la stazione appaltante effettui, in sede di impostazione e progettazione della gara, delle simulazioni prima di procedere alla definitiva individuazione di criteri e punteggi. Le stazioni appaltanti, piuttosto che applicare automaticamente aride formule matematiche, potrebbero utilizzare tali strumenti come supporto per la formazione della graduatoria e per la scelta del vincitore, e non come unico strumento per la definizione della gara.

**Cauzione e garanzie:** appare anacronistico rispetto alle vigenti previsioni normative in materia di tracciabilità dei flussi finanziari che la cauzione provvisoria sia costituita in contanti. Inoltre, sarebbe opportuno chiarire meglio come, in caso di prestazione della cauzione provvisoria sotto forma di fideiussione, questa debba essere corredata da una dichiarazione sostitutiva di atto notorio che attesti il potere di impegnare con la sottoscrizione la società fideiussoria nei confronti della stazione appaltante.

**Presenza visione della documentazione di gara:** manca l'indicazione del sito web, quale strumento già utilizzato a tal fine.

**Presentazione dei campioni:** nell'ipotesi (facoltativa) in cui l'**incompleto deposito** dei campioni, secondo le modalità indicate nel Capitolato speciale descrittivo e prestazionale, comporti "l'esclusione dalla gara", ad avviso della scrivente, sarebbe opportuno prevedere una percentuale di errore del 20%.

**Contenuto della busta B offerta tecnico-organizzativa:** tra le indicazioni facoltative per la stazione appaltante, prevedere che la relazione tecnica sia sviluppata in un certo numero di pagine, su formato A4, carattere tipo/dimensione.

**Sistema dei controlli nell'esecuzione degli appalti:** Si ritiene essenziale, nell'ambito del bando tipo, la previsione di un sistema di controlli nell'esecuzione delle prestazioni/forniture in itinere al fine di verificare l'esatta, puntuale e continua rispondenza ai requisiti previsti dal contratto, in base ai quali il concorrente si è aggiudicato la gara.

Le verifiche ex ante nell'esecuzione dei servizi e delle forniture, che possono consentire, senza alterare la concorrenza e la condicio dei concorrenti, il corretto adempimento delle prestazioni contrattuali, dovrebbero riguardare il rispetto delle normative cogenti, dei principi fondamentali e l'effettiva rispondenza ai requisiti richiesti.

Le modifiche intervenute tra il momento di redazione dei documenti di gara e la sottoscrizione del contratto che richiedono ripensamenti sulle caratteristiche del servizio o della fornitura, possono essere tenute in considerazione senza alterare la concorrenza e la par condicio dei concorrenti rispetto alla fase di predisposizione delle offerte, accertando e garantendo a tutti i concorrenti l'effettiva possibilità di stipulare il medesimo contratto.

Il bando tipo dovrebbe prevedere l'insorgere di penali anche nel caso di mancato rispetto degli obblighi contrattuali, relativamente alle quali, per un livello di dettaglio tale che ne garantisca l'applicazione, l'escussione certa ed in assenza di contenzioso.

## 16) Ordine Architetti PPC della Provincia di Torino

### 4. Modalità di verifica dei requisiti di partecipazione

*La verifica del possesso dei requisiti di carattere generale, tecnico-organizzativo ed economico-finanziario avverrà, ai sensi dell'art. 6-bis del Codice, attraverso l'utilizzo del sistema AVCPass, reso disponibile dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (nel prosieguo, AVCP) con la delibera attuativa n. 111 del 20 dicembre 2012 e ss.mm.ii., fatto salvo quanto previsto dal comma 3 del citato art. 6-bis.*

### 7. Modalità di presentazione della documentazione

*7.1. Tutte le dichiarazioni sostitutive richieste ai fini della partecipazione alla presente procedura di gara:*

*a. devono essere rilasciate ai sensi degli artt. 46 e 47 del d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445 e ss.mm. ii. in carta semplice, con la sottoscrizione del dichiarante (rappresentante legale del candidato o altro soggetto dotato del potere di impegnare contrattualmente il candidato stesso); al tale fine le stesse devono essere corredate dalla copia fotostatica di un documento di riconoscimento del dichiarante, in corso di validità; per ciascun dichiarante è sufficiente una sola copia del documento di riconoscimento anche in presenza di più dichiarazioni su più fogli distinti;*

Importante per la semplificazione ed unificazione delle procedure all'interno delle differenti Amministrazioni Pubbliche, dare ampio risalto alle modalità di certificazione delle dichiarazioni del concorrente, per evitare inutili presentazioni plurime degli stessi documenti e per evitare l'applicazione del bollo su molte istanze.

### 13. Requisiti di idoneità professionale, capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa

#### 13.2 fatturato globale

#### 13.3 fatturato specifico

Premettendo che il Bando tipo indica come **[Facoltativo: 2)]** l'indicazione di un importo minimo di fatturato per le imprese partecipanti, si evidenzia quanto segue:

la Direttiva Europea 24/2014, sottolinea come il termine "*possono*" fissare requisiti tecnici ed economici, sia l'unico presente e non vi sia traccia del termine "*devono*". Quindi, fatto salvo il principio di proporzionalità, si devono intendere le indicazioni riguardanti i requisiti professionali, quale tetto superiore e l'opzione zero requisiti e/o minimi requisiti (tecnici ed economici) debba poter essere prevista. Ovviamente fatti salvi i requisiti di abilitazione all'esecuzione del progetto messo a base di gara. Ed in particolare in riferimento ai requisiti economici, **all'art. 58, comma 3** evidenzia come: "*Il fatturato minimo annuo che gli operatori economici devono avere non supera il doppio del valore stimato dell'appalto, salvo in circostanze debitamente motivate relative ai rischi specifici*".

Di conseguenza si richiede che l'arco temporale relativo al fatturato, visti anche gli andamenti degli ultimi anni nel settore, debba essere dilatato ai **migliori 5 anni degli ultimi 15 anni**.

In riferimento ai requisiti tecnici, la direttiva di cui sopra, non fissa limiti temporali e visto l'andamento estremamente negativo degli ultimi anni che ha portato a rendere molto scarni tali requisiti per moltissimi professionisti, ed anche in considerazione dell'art. 253, comma 15bis transitorio del Codice, che prevede, per la dimostrazione del fatturato, di valutare i 3 migliori anni del quinquennio o i migliori 5 del decennio, si propone, in accordo con quanto a suo tempo suggerito dalla Rete delle Professioni tecniche, di prevedere gli **ultimi 15 anni quale periodo temporale da considerare valido** per la selezione di lavori simili ed attinenti, od, in ultima analisi, l'intero percorso professionale.

Inoltre la presenza del “**giovane professionista**” iscritto da meno di 5 anni, in un periodo di crisi come quello attuale, non è più garanzia di promozione dei giovani che possono veder sfumare questo loro limite temporale, prima di aver potuto partecipare alle gare di progettazione inseriti in un RTP, in quanto lo scarso numero di bandi pubblicati, non riesce a coprire la domanda. Meglio sarebbe portare tale limite ai **10 anni di iscrizione introducendo, magari, un massimo di 40 anni di età**.

### 13.1.5 servizio/fornitura analogo

#### **[Facoltativo: 5)]**

5) ► *esecuzione negli ultimi tre anni di n. [indicare il numero/ tipologia di servizi/forniture analoghi presso enti pubblici o privati e l'importo degli stessi richiesti: es. esecuzione nell'ultimo triennio un servizio/fornitura analogo di importo non inferiore a € .....[in cifre] ... (euro...[in lettere]....)... oppure due/N... servizi/forniture analoghi ciascuno di importo non inferiore a € .....[in cifre] ... (euro...[in lettere]....).... ];*

Come specificato nella Nota Illustrativa “è opportuno che la stazione appaltante qualifichi nel modo più preciso possibile i servizi che possono essere considerati “equivalenti” a quelli oggetto di gara”. Si richiede che, in merito all'affidamento dei servizi, l'autorità riporti quanto scritto nel documento in consultazione del Luglio 2014, per la revisione ed aggiornamento della Determina n.5 del 7 luglio 2010 “*Ai fini della qualificazione per la partecipazione alla gara, si ritiene che i criteri da adottare debbano essere analoghi a quelli già forniti con la precedente determinazione n. 5/2010; pertanto, nell'ambito della stessa categoria edilizia, le attività svolte per opere analoghe a quelle oggetto dei servizi da affidare (non necessariamente di identica destinazione funzionale) sono da ritenersi idonee a comprovare i requisiti quando il grado di complessità sia almeno pari a quello dei servizi da affidare*”

### 13.7 Se previsti servizi/forniture analoghi

Il bando tipo specifica che “*Il requisito relativo ai servizi/forniture analoghi di cui al precedente paragrafo 13.1.5), deve essere posseduto dall'impresa capogruppo mandataria o indicata come tale nel caso di raggruppamento o consorzio ordinario da costituirsi o GEIE, o aggregazione di imprese di rete. Il requisito non è frazionabile.*”

Questo punto sembrerebbe in contrasto con la partecipazione di raggruppamenti di tipo orizzontale e di tipo misto.

Occorre tenere presente che gli studi di architettura, non engineering, cui viene affidato il ruolo di mandatario nei RTP, generalmente si occupano della categoria edile ed hanno pertanto la necessità che i lavori siano suddivisibili e non ascrivibili al solo capogruppo mandatario, altrimenti non riusciremo più a ricoprire tale mansione di coordinamento, come spesso viene richiesto nei bandi; in buona sostanza bisogna eliminare i vincoli, mediati dalle gare per imprese, che legano alcuni requisiti al capocommessa.

**Gli stessi devono essere posseduti dal raggruppamento nel suo insieme, senza limitazioni in percentuale, ed esposti da ciascun raggruppato, per competenza.**

In analogia pertanto con quanto previsto per il fatturato al punto 13.5. *Il requisito relativo al fatturato ... [specifico/globale] ... di cui al precedente paragrafo 13.1. 2) e/o 13.1.3) deve essere soddisfatto dal raggruppamento temporaneo, dal consorzio, GEIE o dalle imprese aderenti al contratto di rete nel suo complesso. Detto requisito deve essere posseduto in misura maggioritaria dall'impresa mandataria ... [... indicare l'eventuale percentuale/altra misura specifica richiesta per la mandataria; specificare l'eventuale percentuale/altra misura del requisito per la/le mandante/i ....]*...

Anche gli importi relativi ai servizi di punta dovrebbero essere posseduti dal raggruppamento nel suo complesso e relativi alle classi e categorie esposte da ciascun raggruppato.

La non frazionabilità significa, a mio avviso, che ogni singolo servizio deve essere stato prestato interamente da un soggetto qualsiasi del raggruppamento (mandatario o mandante che sia).

Pertanto significa che ciascun raggruppato può portare i due servizi di “punta” per la propria classe e categoria di lavoro (es: E8 (1+1), S1 (1+1), IA 01 (1+1, IA 02 (1+1) etc...

Il bando tipo prevede:

*[Se tra i requisiti di capacità tecnica è prevista l'esecuzione di servizi/forniture analoghi: 15.4]*

15.4. ► *attestazione di aver eseguito (nell'ultimo triennio=eliminare/sostituire con nell'arco temporale proposto al punto 13) le seguenti prestazioni per servizi/forniture analoghi ... [inserire la tipologia dei dati descrittivi dei servizi/forniture richiesti, anche adottando una tabella per la presentazione da parte dei concorrenti come la seguente]...*

Tabella 2 – *[Esempio di tabella contenente la descrizione dei servizi/forniture analoghi]*

(tabella bando tipo) Anno	Oggetto dell'affidamento	Importo	Committente
[2013]	[descrizione dell'attività]	[euro]	[Comune di]

## **C) LIBERI PROFESSIONISTI**

### **17) Alberto Barbiero**

Lo schema di bando-tipo deve essere adeguato alle definizioni regolatorie che l'Autorità produrrà in ordine all'applicazione del comma 2-bis dell'art. 38 e del comma 1-ter dell'art. 46 del d.lgs. n. 163/2006, al fine di consentire alle Stazioni Appaltanti piena attualizzazione dello strumento all'evoluzione interpretativa del particolare dato normativo.

A fronte del riconoscimento della non applicabilità del principio di corrispondenza tra quote di partecipazione e quote di esecuzione dell'appalto da parte degli Operatori Economici facenti parte di un

raggruppamento temporaneo di imprese, il bando-tipo dovrebbe chiarire se anche l'indicazione delle quote di partecipazione è obbligatoria o meno.

Il percorso rappresentato dall'Autorità in ordine alla riparametrazione del punteggio tecnico (in caso di utilizzo dell'offerta economicamente più vantaggiosa) individua come momento di effettuazione dell'operazione la fase successiva alla verifica dell'anomalia delle offerte, in quanto, se effettuata prima (come sembrava invece dalla determinazione AVCP n. 7/2011) determinerebbe una distorsione nel procedimento di rilevazione fondato sul sistema dei 4/5. Tale percorso, tuttavia, produrrebbe una sperequazione, in quanto il calcolo dei 4/5 per la parte economica avverrebbe con applicazione di una metodologia in grado comunque di assegnare all'offerta migliore il massimo punteggio attribuibile e alle altre offerte un punteggio comunque "definitivo", mentre il calcolo dei 4/5 per la parte tecnico-qualitativa avverrebbe sul punteggio non riponderato, con conseguente possibile distorsione del parametro.

In ogni caso, la riparametrazione, anche se effettuata dopo la verifica dell'anomalia delle offerte, dovrebbe essere riferita soltanto al punteggio inerente la parte tecnico-qualitativa dell'offerta, con conseguente esplicitazione di tale aspetto nel bando-tipo.

## **18) Avv.ti Luca Tufarelli, Mario Di Carlo e Giuseppe Lo Monaco**

### *I contributo*

#### Osservazione 1 – Apertura buste amministrative

L'art. 18.2.3, pag. 27 dello Schema di Disciplinare prescrive che “La Commissione procederà alla verifica della tempestività dell'arrivo dei plichi inviati dai concorrenti, della loro integrità e, una volta aperti, al controllo della completezza e della correttezza formale della documentazione amministrativa, come chiarito nei paragrafi successivi”.

I generali principi di pubblicità, trasparenza ed imparzialità dell'azione amministrativa impongono di sostituire l'articolo nel seguente modo: “La Commissione, in seduta pubblica, procederà alla verifica della tempestività dell'arrivo dei plichi inviati dai concorrenti, della loro integrità e, una volta aperti, sempre in seduta pubblica, al controllo della completezza e della correttezza formale della documentazione amministrativa, come chiarito nei paragrafi successivi”. Accade sovente, infatti, che la Commissione non consenta una pubblicità effettiva e completa delle sedute diverse da quelle dedicate alla valutazione dell'offerta tecnica.

#### Osservazione 2 – procuratori speciali

All'art. 18, pag. 20, della Nota Illustrativa ed all'art. 15.3, lett. b), pag. 19 dello Schema di Disciplinare è prevista la facoltà per le Stazioni Appaltanti di richiedere “in aderenza a quanto affermato dall'adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con sentenza 16 ottobre 2013, n. 23” la dichiarazione ex art. 38, co. 1, lett. b), c) ed m-ter), D.Lgs. 163/2006 nei confronti dei “procuratori speciali muniti di potere di rappresentanza e titolati di poteri gestori e continuativi”.

Occorre innanzitutto richiamare la successiva decisione dell'Adunanza Plenaria n. 16/2014 a mente della quale “la dichiarazione sostitutiva relativa all'insussistenza delle condizioni ostative previste dall'art.38 d.lgs. n.163 del 2006 non deve contenere la menzione nominativa di tutti i soggetti muniti di

poteri rappresentativi dell'impresa, quando questi ultimi possano essere agevolmente identificati mediante l'accesso a banche dati ufficiali o a registri pubblici”.

Si ritiene inoltre opportuno che lo Schema di Disciplinare, nel richiamare l'attenzione dei concorrenti o dei candidati sull'estensione delle preclusioni poste dall'art. 38, co. 1, lett. b), c) ed m-ter), D.Lgs. 163/2006, faccia riferimento al dato testuale della decisione dell'Adunanza Plenaria n. 23/2013, ovvero “procuratori muniti di poteri decisionali di particolare ampiezza e riferiti ad una pluralità di oggetti così che, per sommatoria, possano configurarsi omologhi, se non di spessore superiore, a quelli che lo statuto assegna agli amministratori”.

Tale espressione, infatti, (i) individua con maggiore precisione il perimetro dichiarativo dei procuratori speciali ed (ii) è già utilizzata da primarie Stazione Appaltanti come, ad esempio, CONSIP S.p.A.

#### Osservazione 3 – Autocertificazione dei poteri del procuratore

L'art. 7.1, lett. b), pag. 5 dello “Schema di Disciplinare di Gara” stabilisce che le dichiarazioni sostitutive “potranno essere sottoscritte anche da procuratori dei legali rappresentati ed in tal caso va allegata copia conforme all'originale della relativa procura”.

L'art. 15.1, pag. 14, poi, stabilisce che la domanda di partecipazione “può essere sottoscritta anche da un procuratore del legale rappresentante ed in tal caso va allegata, a pena di esclusione, copia conforme all'originale della relativa procura”.

In considerazione del fatto che l'art. 46, co. 1, lett. u), D.P.R. 445/2000 consente di autocertificare la “qualità di legale rappresentante di persone (...) giuridiche”, si suggerisce di precisare i citati articoli nel senso che è altresì ammissibile produrre, in luogo della copia conforme all'originale della procura, la dichiarazione sostitutiva ex D.P.R. 445/2000 della procura da cui si evincono i poteri del procuratore.

#### Osservazione 4 – Illegittima sanzione espulsiva per mancate dichiarazioni

L'art. 18 (Contenuto della Busta A – documentazione amministrativa), pag. 19 del Documento di Consultazione richiama “l'orientamento giurisprudenziale (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 16 ottobre 2013 n. 5023) secondo cui, nelle procedure ad evidenza pubblica, l'omissione delle singole dichiarazioni previste dall'art. 38 del Codice rappresenta una autonoma violazione di legge sanzionabile, come tale, con l'esclusione dalla gara, senza che possano effettuarsi valutazioni circa la sussistenza in concreto del requisito”.

Il passaggio richiamato è superato dalla bozza di determinazione di codesta Autorità dedicata ai criteri interpretativi in ordine alle disposizioni dell'art. 38, comma 2-bis e dell'art. 46, comma 1-ter del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163. Si ritiene tuttavia utile sollecitare la modifica del Bando-tipo per le ragioni che seguono.

L'orientamento giurisprudenziale indi risulta essere superato dagli ultimi interventi del legislatore nazionale (artt. 38, comma 2-bis e 46, comma 1-ter, D.Lgs. 163/2006) ed europeo (artt. 56 e 57, Direttiva 2014/24/UE) e della giurisprudenza amministrativa (Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 30.7.2014, n. 16) che segnano il passaggio ad una concezione non formalistica della fase di ammissione alle gare d'appalto.

In particolare, l'art. 38, comma 2-bis, D.Lgs. 163/2006, in caso di mancata dichiarazione delle dichiarazioni sostitutive relative ai requisiti generali, non prescrive l'immediata esclusione del concorrente ma ne impone il pagamento di una sanzione pecuniaria.

L'art. 46, comma 1-ter, D.Lgs. 163/2006, ha esteso la "regolarizzazione" di cui all'art. 38, comma 2-bis, "ad ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità degli elementi e delle dichiarazioni, anche di soggetti terzi, che devono essere prodotte dai concorrenti in base alla legge, al bando o al disciplinare di gara".

L'esclusione potrà essere disposta solo qualora il concorrente non produca la dichiarazione richiesta dall'amministrazione entro il termine fissato da quest'ultima.

Si ritiene necessario, pertanto, eliminare (all'art. 15, pagg. 14 e ss. dello Schema di Disciplinare di Gara) il riferimento all'esclusione in caso di mancate dichiarazioni concernenti i requisiti generali di cui all'art. 38, D.Lgs. 163/2006 e comunque precisare che la S.A. farà applicazione del soccorso istruttorio disposto dagli artt. 38, comma 2-bis, e 46 del D.Lgs. 163/2006 prima di procedere con l'esclusione.

Osservazione 5 – dichiarazione inventiera innocua ed incolpevole

In relazione al significativo ampliamento del novero dei soggetti in relazione ai quali, secondo la giurisprudenza più recente (es. A.P. 23/2013), deve essere verificato il possesso dei requisiti di moralità, sarebbe opportuno prevedere, anche alla luce del nuovo comma 2-bis dell'art. 38, D.Lgs. 163/2006, un approccio sostanzialistico che non penalizzi le organizzazioni imprenditoriali di grandi dimensioni, le quali possono governare il proprio apparato mediante procedure ma alle quali potrebbe non essere imputabile la mancata conoscenza di fatti dei propri dipendenti.

All'art. 15, pag. 18, dello Schema di Disciplinare, dopo "si precisa che", si ritiene opportuno inserire il seguente articolo:

"Nel caso in cui la Stazione Appaltante nella verifica circa il possesso dei requisiti di cui all'art. 38, comma 1 lettera c), D.Lgs. 163/2006, in capo ai soggetti ivi indicati, rilevi difformità fra le dichiarazioni di gara e le risultanze del casellario giudiziario, non esclude il concorrente in presenza dei seguenti presupposti:

- la falsa dichiarazione ha riguardato fattispecie delittuose differenti dai reati di cui all'art. 38, co. 1, lett. c, D.Lgs. 163/2006;
- il concorrente dimostri di aver posto in essere procedure interne di verifica del possesso dei requisiti in capo ai soggetti dimostratisi carenti;
- il concorrente dimostri che ci sia stata completa ed effettiva dissociazione della falsa attestazione resa dal dipendente".

Osservazione 6 – Produzione certificati P.A.

L'art. 18.3.2, pag. 29 dello "Schema di Disciplinare di Gara" impone, per quanto concerne la verifica dei requisiti di capacità tecnica, la produzione "dei certificati rilasciati in originale o in copia conforme e vistati dalle amministrazioni o dagli enti medesimi" da parte del concorrente.

Tale disposizione si pone in contrasto con le modifiche normative intervenute (cfr. art. 43, co. 1 D.P.R. 445/2000 così come sostituito dalla L. 12 novembre 2011, n. 183) che obbligano l'amministrazione ad acquisire d'ufficio i documenti che provano il possesso dei requisiti dichiarati, qualora siano in possesso di altre amministrazioni, le quali non possono più emettere certificati che abbiano valore in procedimenti di cui sono competenti le P.A. (cfr. Cons Stato, 26 settembre 2013, n. 4785, recepito anche dalla determinazione n. 1 del 15 gennaio 2014 di codesta Autorità).

#### Osservazione 7 - RTI di tipo verticale e misto

Il "Bando tipo" e la "Nota illustrativa" non fanno riferimento al raggruppamento temporaneo di imprese (RTI) di tipo misto.

Il RTI di tipo misto è un RTI che è contemporaneamente verticale ed orizzontale, nel quale cioè le prestazioni sono scomposte in parte qualitativamente (verticale) ed in parte quantitativamente (orizzontale) ovvero a dire un RTI verticale nel quale la parte principale e/o la parte secondaria sono affidate ad un sub-raggruppamento temporaneo di imprese orizzontale.

Il RTI di tipo misto oltre ad essere espressamente ammesso nel settore dei lavori (cfr. art. 37, co. 6, D.Lgs. 163/2006) è anche ammesso nei settori di servizi e forniture secondo l'interpretazione fornita dalla giurisprudenza.

Sul punto, l'AVCP (oggi ANAC) ha già osservato che "Deve ritenersi che, sebbene l'ammissibilità di raggruppamenti di tipo misto sia espressamente riconosciuta solo per gli appalti di lavori dall'art. 37 comma 6 D.Lgs. n. 163/2006, non si ravvisano ragioni ostative all'estensione di tale istituto anche al campo dei servizi e delle forniture" (cfr. AVCP parere n. 87 del 22/05/2013 e determinazione n. 5 del 27.7.2010).

Alla luce di quanto sopra si ritiene opportuno che il "Bando tipo" e la "Nota illustrativa" prendano espressamente in considerazione tale figura (ad esempio richiamandola nella nota illustrativa al cap. 5, terzo capoverso, e in relazione ai requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico organizzativa al cap. 16, par. 10 e par. 16).

Si evidenzia, inoltre, che al cap. 16, par. 10, della Nota illustrativa - ove si sottolinea la necessità di indicare espressamente le prestazioni principali e quelle secondarie di cui all'art. 37, comma 2, del Codice dei contratti pubblici (vedi anche nota 1 sotto) - sarebbe opportuno fornire ulteriori linee guida sulla separabilità dei servizi. La Nota illustrativa dovrebbe invitare le S.A. ad indicare servizi principali e secondari tutte le volte che vengano inclusi nel medesimo affidamento servizi fra loro diversi che possono essere resi dallo stesso prestatore o da prestatori diversi ed altresì, a fini pro-concorrenziali, tutte le volte che parti scindibili di servizi complessi richiedano il possesso di requisiti peculiari in possesso di pochi operatori. Accade sovente, infatti, che le stazioni appaltanti cumulino nella medesima gara servizi diversi, prevedendo anche la possibilità che gli operatori raggruppati posseggano i requisiti speciali di partecipazione in misura differenziata non per quantità ma per qualità, senza tuttavia indicare chiaramente la separabilità dei servizi.

Il Bando tipo dovrebbe infine prevedere una sezione facoltativa (ad esempio nel par. 1) ove la S.A. possa indicare le prestazioni principali e quelle secondarie.

Infine la Nota illustrativa, al cap. 16, par. 16, laddove si riferisce al possesso delle certificazioni nel RTI pare riferirsi al RTI orizzontale e sarebbe bene specificare che in relazione ai Bandi ove siano specificati servizi principali e secondari spetta alla S.A. individuare quali fra i requisiti devono posseduti dell'operatore economico che si impegnerà ad eseguire i primi o i secondi.

Nota 1: Una significativa giurisprudenza, infatti, interpreta il secondo comma dell'art. 37 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, nel senso che “per le forniture o servizi, consente di costituire raggruppamenti di tipo verticale e, quindi, di ripartire le prestazioni richieste tra le imprese partecipanti a seconda della natura (principale o secondaria), a condizione che la stazione appaltante abbia chiaramente indicato quali di esse abbiano tale connotazione” (TAR Puglia, Lecce, 2 dicembre 2011, n. 2074, confermata da Cons. Stato, 9 maggio 2012, n. 2689; nello stesso senso fra le altre Cons. Stato, 13 gennaio 2012, n. 115; TAR Calabria, Catanzaro, 28 febbraio 2011, n. 278 e la pur non perspicua TAR Piemonte, 29 gennaio 2010, n. 454).

#### Osservazione 8 – Subappalto

Il Bando tipo non contiene alcun riferimento al c.d. subappalto “necessario” o “qualificante”.

Tale subappalto si configura quando l'operatore economico, che non sia in possesso del requisito di qualificazione richiesto dal Bando, ricorra al subappalto per supplire tale carenza.

In tal caso, la stazione appaltante deve essere posta in condizione di valutare sin dall'inizio l'idoneità dell'impresa a svolgere la prestazione richiesta, non ritenendosi ammessa un'aggiudicazione disposta "al buio".

È necessario che già in sede di presentazione dell'offerta venga dunque indicato il nominativo e la ragione sociale dell'impresa subappaltatrice nonché presentare la documentazione di cui all'art. 118, D.Lgs. 163/2006, al fine di consentire alla Stazione Appaltante le opportune verifiche sulla qualificazione del concorrente con una assimilazione sostanziale all'istituto dell'avvalimento.

Sempre in relazione al subappalto sarebbe opportuno chiarire al cap. 12 della Nota illustrativa che la valida spendita in corso di gara del nome del subappaltatore e l'avvenuta documentazione del rapporto ai fini dell'autorizzazione consentono al concorrente di spendere le caratteristiche e gli asset del subappaltatore anche nell'offerta tecnica ai fini della totalizzazione del relativo punteggio.

#### Osservazione 9 – Sulla sanzione espulsiva in relazione alla cauzione provvisoria

L'art. 11.4, pag. 9 dello “Schema di Disciplinare di Gara” stabilisce che “La mancata presentazione della cauzione provvisoria ovvero la presentazione di una cauzione di valore inferiore o priva di una o più caratteristiche tra quelle sopra indicate [rinuncia beneficio preventiva escussione, ecc...] costituirà causa di esclusione”.

Si osserva che il tenore espulsivo della clausola (cfr. anche determinazione AVCP n. 4/2012) non trova riscontro nella giurisprudenza più recente secondo la quale è possibile sanare la mancata o irregolare cauzione provvisoria prodotta dal concorrente (Cons. Stato, 1 febbraio 2012, n. 493; TAR Catania, 12 febbraio 2014, n. 446; TAR Roma, 3 gennaio 2013, n. 16 e TAR Toscana, 22 gennaio 2014, n. 143). In tal senso sembra essere anche la bozza di determinazione sui criteri interpretativi in ordine alle disposizioni dell'art. 38, comma 2-bis e dell'art. 46, comma 1-ter del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

Si ritiene opportuno adeguarsi all'orientamento giurisprudenziale prevalente ed agli artt. 38, comma 2-bis e 46, co. 1 ter, D.Lgs. 163/2006 eliminando il riferimento alla sanzione espulsiva.

Avv.to Luca Tufarelli Avv.to Mario Di Carlo Avv.to Giuseppe Lo Monaco

## *Il contributo*

### Osservazione 1 - Gara telematica.

Si evidenzia che il Bando-tipo è chiaramente disegnato sul modello di una gara tradizionale. Dato il diffondersi delle gare telematiche si suggerisce di esplicitare tale differenza e rimandare ad un futuro bando-tipo la standardizzazione della disciplina delle gare telematiche per servizi e forniture.

### Osservazione 2 – Spese pubblicazione bando

L'art. 10.6, pag. 7 dello Schema di Disciplinare prescrive che dal 1° gennaio 2016 le spese di pubblicazione del bando di gara sono a carico dell'aggiudicatario.

Considerato che non è preventivabile, per l'operatore economico, l'effettivo costo di tale spesa mentre esso è noto alla S.A., si suggerisce di quantificare già in sede di pubblicazione del bando le spese che saranno rimborsate dall'aggiudicatario.

### Osservazione 3– Referenze bancarie

L'art. 13.1 4) dello Schema di Disciplinare richiede il possesso di due “idonee referenze bancarie”.

È utile specificare cosa si intende per “idonee referenze bancarie” e quali sono i contenuti minimi che una referenza bancaria debba avere.

A parere di chi scrive, un'idonea referenza bancaria deve riferire sulla qualità dei rapporti in atto con le società, per le quali le referenze sono richieste, quali (i) la correttezza e la puntualità di queste nell'adempimento degli impegni assunti con l'istituto e (ii) l'assenza di situazioni passive con lo stesso istituto o con altri soggetti, sempre che tali situazioni siano desumibili dai movimenti bancari o da altre informazioni in loro possesso.

### Osservazione 4 – servizi analoghi e lotti

La nota illustrativa, a pag. 17, osserva che “Per il settore dei servizi in merito ai c.d. “servizi analoghi”, è opportuno che la stazione appaltante qualifichi nel modo più preciso possibile i servizi che possono essere considerati “equivalenti” a quelli oggetto di gara”.

Nel caso di gara suddivisa in lotti, l'oggetto del servizio/fornitura di ogni lotto può avere caratteristiche proprie che lo differenzia rispetto agli altri.

In tali casi, è opportuno che la Stazione Appaltante chiarisca sin dal Bando l'oggetto dei servizi analoghi ed eventualmente la necessità del riferimento ai servizi oggetto di ciascun singolo lotto.

Occorre in ogni caso evidenziare che la tendenza legislativa recente a favorire la ripartizione in lotti per consentire la partecipazione delle PMI non può rifluire in una parcellizzazione dei servizi o delle forniture “analoghi” tale da impedire la partecipazione degli operatori economici di dimensioni più grandi.

#### Osservazione 5 – servizio di punta

L'art. 16, pag. 17 della Nota illustrativa osserva che “a differenza dei requisiti di fatturato che sono “divisibili” tra i vari componenti il raggruppamento/consorzio/aggregazione di rete, il requisito relativo al c.d. “servizio/fornitura di punta” non è frazionabile e, quindi, deve essere posseduto interamente dalla mandataria”.

Si ritiene che tale osservazione non sia corretta nella parte in cui afferma che il servizio/fornitura di punta debba essere posseduto interamente dalla mandataria.

Difatti, la giurisprudenza (cfr. TAR Bari, 24 gennaio 2013, n. 81, richiamata anche nel parere AVCP n. 107 del 21.5.2014) ha evidenziato che “la non frazionabilità del requisito dei servizi di punta non può essere interpretata nel senso che ciascun componente del raggruppamento debba possedere il requisito per intero (in contrasto con la logica del raggruppamento stesso volta a garantire la massima partecipazione alla gara), essendo sufficiente che il requisito sia posseduto per intero da un singolo componente del raggruppamento.”

Pertanto, si ritiene corretto che il servizio di punta possa essere dimostrato interamente anche dalla mandante del RTI.

Si evidenzia, inoltre, la necessità di specificare nel Bando se il requisito del contratto di punta debba essere dimostrato dall'operatore singolo o raggruppato che assume il servizio principale o secondario.

#### Osservazione 6 – servizi principali ed accessori

La tabella riportata all'art. 1.1, pag. 3 dello Schema di Disciplinare afferma di “[indicare eventualmente con P le attività principali e con A quelle accessorie]”.

Sembrerebbe più corretto, invece, che la Stazione Appaltante indichi comunque il “connotato giuridico” che intenda dare alla/e prestazione/i richiesta/e, precisando se si tratti di principale o accessoria.

#### Osservazione 7 – Differenziazione fra criteri soggettivi di partecipazione e criteri di valutazione

Si chiede che codesta Autorità voglia chiarire al cap. 21 della Nota illustrativa, anche richiamando le proprie determinazioni sull'applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (Det. n. 7/2011 e n. 4/2009), l'obbligo per la S.A. di non introdurre fra gli elementi ed i criteri di valutazione dell'offerta tecnica o del progetto profili soggettivi dell'operatore economico che devono essere correttamente qualificati come requisiti di partecipazione.

#### Osservazione 8 – Elementi e criteri di valutazione

L'allegato 2 dello Schema di Disciplinare contiene un esempio di tabella contenente elementi e criteri di valutazione.

Si ritiene opportuno specificare nel dettaglio i singoli elementi e sub elementi di valutazione (con pedissequa attribuzione di peso e sub peso) da una parte ed i singoli criteri motivazionali dall'altra.

In un corretto dispiegarsi di logica discorsiva, infatti, è necessario distinguere l'elemento di valutazione dal criterio, il metro, in base al quale a tale elemento sarà attribuito il punteggio. Accade sovente, infatti,

che i bandi e disciplinari mescolino confusamente i due profili rimettendo di fatto alla commissione giudicatrice quella discrezionalità valutativa che il legislatore europeo e nazionale ha ritenuto di limitare.

N. B: con separato invio a mezzo PEC all'indirizzo protocollo@pec.avcp.it, nel rispetto termine delle h. 18:00 del 20.11.2014, si fornisce un esempio di tabella contenente elementi e sub elementi di valutazione ed un esempio di tabella con criteri motivazionali.

Contributo 9 – fasi successive alla verifica di anomalia

Si ritiene opportuno che il Bando-tipo disciplini dopo il punto 18 - e prima di trattare gli aspetti di gestione del contratto – la fase procedimentale conclusiva della gara e quella propedeutica alla stipula ed in particolare:

- L'approvazione degli atti e la deliberazione di aggiudicazione definitiva.
- La tempestiva comunicazione dell'aggiudicazione definitiva nei termini e con le modalità stabilite dall'art. 79, D.Lgs. 163/2006
- L'accesso agli atti nei termini e con le modalità previste dagli artt. 13 e 79 D.Lgs. 163/2006;
- Il termine di stand still di cui all'art. 11 D.Lgs. 163/2006;
- La richiesta e la produzione dei documenti necessari per la stipula del contratto;
- La tempestiva comunicazione della stipula del contratto ai sensi del citato art. 79.

Osservazione 10 – Seduta pubblica di apertura dell'offerta economica

L'art. 18.2.6, pag. 28 dello Schema di Disciplinare stabilisce che “Successivamente, in seduta pubblica, la Commissione comunicherà i punteggi attribuiti alle offerte tecniche e procederà all'apertura delle buste contenenti le offerte economiche, dando lettura dei prezzi e dei ribassi offerti”.

Al fine di una maggiore trasparenza dell'azione amministrativa, si ritiene opportuno inserire, dopo l'art. 18.2.6, il seguente articolo:

“Successivamente, in seduta pubblica, la Commissione comunicherà i punteggi attribuiti alle offerte tecniche e procederà all'apertura delle buste contenenti le offerte economiche, dando lettura dei prezzi e dei ribassi offerti, ivi inclusi i prezzi ed i ribassi offerti sulle singole prestazioni individuate specificatamente all'art. [\*\*] del [Capitolato Tecnico/Capitolato Speciale/Disciplinare di gara]

La lettura integrale di ogni prezzo e ribasso offerto avverrà anche in presenza di offerte uguali, se si procederà a richiedere ai partecipanti offerte al rialzo”

*III contributo*

All. 2

### **Osservazione 8 – Elementi e criteri di valutazione**

L'allegato 2 dello Schema di Disciplinare contiene un esempio di tabella contenente elementi e criteri di valutazione.

Si ritiene opportuno specificare nel dettaglio i singoli elementi e sub elementi di valutazione (con pedissequa attribuzione di peso e sub peso) da una parte ed i singoli criteri motivazionali dall'altra.

In un corretto dispiegarsi di logica discorsiva, infatti, è necessario distinguere l'elemento di valutazione dal criterio, il metro, in base al quale a tale elemento sarà attribuito il punteggio. Accade sovente, infatti, che i bandi e disciplinari mescolino confusamente i due profili rimettendo di fatto alla commissione giudicatrice quella discrezionalità valutativa che il legislatore europeo e nazionale ha ritenuto di limitare.

Si fornisce a tal uopo un esempio di tabella contenente elementi e sub elementi di valutazione:

	Elemento di valutazione		Sub elemento di valutazione	Sub peso ponderale	Peso ponderale
1	Alfa	1.1	Alfa 1	20	40
		1.2	Alfa 2	10	
		1.3	Alfa 3	10	

	Elemento di valutazione		Sub elemento di valutazione	Sub peso ponderale	Peso ponderale
2	Beta	2.1	Beta 1	30	60
		2.2	Beta 2	20	
		2.3	Beta 3	10	

ed un esempio di tabella con criteri motivazionali:

1	Elemento Alfa	1.1	Sub elemento Alfa 1	Verranno valutati i seguenti aspetti: ..... ..... .....
		1.2	Sub elemento Alfa 2	Verranno valutati i seguenti aspetti: ..... ..... .....
		1.3	Sub elemento Alfa 3	Verranno valutati i seguenti aspetti: ..... ..... .....

2	Elemento Beta	2.1	Sub elemento Beta 1	Verranno valutati i seguenti aspetti: ..... ..... .....
		2.2	Sub elemento Beta 2	Verranno valutati i seguenti aspetti: ..... ..... .....
		2.3	Sub elemento Beta 3	Verranno valutati i seguenti aspetti: ..... ..... .....

## 19) Giancarlo Coppola

Formulo alcune mie personali osservazioni su taluni punti del “Bando-tipo per l’affidamento di contratti pubblici di servizi e forniture” pubblicato dall’A.N.AC.

### 1 - ECCESSO DI DELEGA

L’articolo 64, comma 4-bis, del d.lgs. 163/2006 stabilisce che “i bandi sono predisposti dalle stazioni appaltanti sulla base di modelli (bandi-tipo) approvati dall’Autorità, previo parere del Mini-sterio 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”.

Da una prima veloce lettura del "Documento di consultazione" e dell'allegato "Bando-tipo" e "Bozza di schema di disciplinare di gara" mi sembra opportuno evidenziare una incoerenza dei documenti in questione con la normativa di riferimento.

Si può notare facilmente, infatti, che l'art.64 non cita, tra i documenti che l'ex Autorità deve (e può) provvedere a predisporre, il "disciplinare di gara".

In nessun ulteriore passaggio dell'art.64 viene mai citato il "disciplinare di gara".

Credo di poter evidenziare una sorta di "eccesso di delega".

L'ANAC, infatti, ritiene di poter estendere le proprie competenze fornendo prescrizioni, oltre che sulle modalità di compilazione del "bando di gara", anche sulle modalità di redazione e sui contenuti del "Disciplinare di gara".

L'articolo 64 si riferisce esclusivamente ai "bandi" e non vi è alcun dubbio sul fatto che il "disciplinare" costituisca documento ben diverso e, soprattutto, distinto dal "bando di gara".

Il codice avvalorava inequivocabilmente tale interpretazione laddove usa l'espressione "al bando o al disciplinare di gara" (vedi art. 46, comma 1-ter).

Ritengo, pertanto, che l'ANAC non abbia la competenza e l'autorità di intervenire con indicazioni "di natura prescrittiva" sulle modalità di redazione e sui contenuti del "disciplinare di gara".

Ciò implica che la stazione appaltante non è obbligata a rispettare le predette indicazioni, che ha la piena discrezionalità di predisporre tale documento di gara autonomamente e non è tenuta a fornire alcuna motivazione in ordine alle modalità di redazione del "disciplinare".

L'Autorità, nel "documento di consultazione", evidenzia che i modelli predisposti "contengono le ulteriori puntuali indicazioni sulla gestione della procedura gara".

Per le motivazioni innanzi esposte ritengo che tali indicazioni possano essere tenute in considerazione solo come "suggerimenti", certamente autorevoli, nella predisposizione del "disciplinare", peraltro anche utilissimi nella pregevole ed apprezzabile ottica di perseguire obiettivi di uniformità nelle modalità di espletamento della procedure da parte di tutte le Pubbliche Amministrazioni, ma in alcun modo come "prescrizioni inderogabili".

## 2 - LA COMMISSIONE DI GARA

Il bando-tipo, dal punto 18.2 in poi, illustra, come disposizioni obbligatorie e non derogabili, gli adempimenti che dovrebbe svolgere la Commissione che, presumibilmente, è quella prevista dall'art.84 del Codice.

Né il costante attuale orientamento giurisprudenziale, né la normativa esistente al riguardo nel Codice e nel Regolamento prevedono che tutte le operazioni debbano essere svolte dalla Commissione Giudicatrice ex art.84 che, invece, come può evidentemente leggersi nella rubrica dell'articolo, è competente esclusivamente per la valutazione tecnica delle offerte nelle ipotesi di aggiudicazione in favore dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Motivi di diritto, ma soprattutto evidenti motivi di opportunità, spingono ad ipotizzare una metodologia di svolgimento delle operazioni di gara ben diversa.

### 2.A - MOTIVI DI DIRITTO

Innanzitutto è giusto ricordare che esiste una precisa normativa che non è stata abrogata, non risulta completamente sostituita dal dettato del codice circa lo svolgimento delle operazioni del seggio di gara.

Mi riferisco al R.D. 827/1924 che, prima della entrata in vigore del codice, rappresentava l'unico riferimento per la individuazione della composizione del seggio di gara nelle varie tipologie di procedure e per la compiuta individuazione delle relative competenze.

Le varie tipologie di procedure previste dal R.D. 827/1924 (trattativa privata, licitazione privata, pubblico incanto, appalto concorso) sono state sostituite dalle nuove fattispecie previste dalla normativa comunitaria.

La trattativa privata è diventata la "trattativa negoziata".

La licitazione privata è diventata la "procedura ristretta".

Il pubblico incanto è diventato la "procedura aperta".

La fattispecie dell'appalto-concorso è stata sostituita dalle procedure che prevedono l'aggiudicazione in favore dell'offerta economicamente più vantaggiosa. (Vedremo più innanzi che l'individuazione di tali fattispecie avrà una notevole importanza ai fini della corretta e più consona individuazione delle competenze della Commissione Giudicatrice ex art.84 D.Lgs. 163/2006).

Ma né la normativa comunitaria, né il Codice degli appalti, né il relativo Regolamento hanno in qualche modo sostituito gli articoli del R.D. 827/1924 che regolamentano la composizione dei seggi di gara.

Purtuttavia la composizione del seggio di gara resta ben determinata, nelle varie ipotesi di procedura, dall'art.82 del R.D. 827/1924, né abrogato né sostituito, e può considerarsi validamente costituito un seggio di gara così composto:

- Il Presidente (l'autorità che presiede l'asta, secondo la descrizione del RD 827/1924, che solitamente si identifica con il responsabile dell'Ufficio che espleta la procedura).
- Due testimoni.
- L'ufficiale rogante. Tale figura può ritenersi non più necessaria, dal momento che la tempistica imposta dal Codice degli appalti impedisce di dare forza di contratto al verbale di gara. Non è più possibile, quindi, prevedere la redazione del verbale di gara in "forma pubblica amministrativa" nel senso classico della terminologia, quindi attribuendo valore di contratto al verbale di gara. Tale attribuzione del seggio di gara e la presenza dell'Ufficiale rogante, quindi, è venuta meno in forza delle modifiche implicitamente apportate al R.D. 827/1924 dal Codice degli Appalti, quanto meno per l'ipotesi della redazione "in forma pubblica amministrativa" del "verbale di gara". Resta la possibilità di redigere un contratto in tale forma, ma non il verbale di gara.

In definitiva si può affermare che il seggio di gara può ritenersi validamente costituito dal Presidente (l'Autorità che presiede l'asta) assistito da due testimoni, dal momento che tutti gli altri articoli del RD 827/1924 che si occupano genericamente della costituzione del "seggio di gara" fanno semplicemente riferimento alla "Autorità che presiede l'asta" e l'unico articolo che ne detta-glia la composizione (l'art.82) riporta la composizione innanzi evidenziata.

Fatte queste premesse, l'ipotesi che i componenti della Commissione giudicatrice ex art.84 del D.Lgs. 163/2006 possano essere considerati competenti per tutte le operazioni di gara non trova alcun riscontro nella normativa al riguardo che legittimamente deve ritenersi tuttora in vigore ed, anzi, una tale previsione comporta difficoltà, complicazioni ed inconvenienti che andiamo ad illustrare.

La più opportuna ed appropriata strutturazione dell'iter procedurale conduce a preferire la previsione dei seguenti organismi:

- un seggio di gara (costituito coerentemente con le disposizioni del R.D. 827/1924 e composto come innanzi illustrato), deputato alle operazioni di insediamento, di convocazione dei concorrenti alle varie sedute, di verifica delle documentazioni presentate, di ammissione o esclusione dei concorrenti, di definizione dell'aggiudica provvisoria nelle ipotesi di "aggiudicazione in favore del prezzo più basso", ai rapporti con l'organo competente alla nomina della Commissione Giudicatrice ex art.84 nelle ipotesi di "aggiudicazione in favore dell'offerta economicamente più vantaggiosa", ai rapporti con la medesima Commissione Giudicatrice, alla organizzazione e convocazione delle sedute pubbliche finalizzate alla rendicontazione ai concorrenti degli esiti delle valutazioni della Commissione Giudicatrice, alla attribuzione dei punteggi nelle ipotesi di "aggiudicazione in favore dell'offerta economica-mente più vantaggiosa" sulla base delle votazioni espresse dalla Commissione Giudicatrice, alla successiva attribuzione dei punteggi per l'elemento quantitativo dell'offerta, alla forma-zione della graduatoria di gara sulla base della sommatoria dei punteggi conseguiti per i vari criteri e sub-criteri tecnici e per gli elementi quantitativi, alla proclamazione della aggiudicazione provvisoria ed alla notifica all'organo deputato alla definizione della aggiudicazione definitiva;
- una Commissione Giudicatrice (ex art.84 del D.Lgs. 163/2006) unicamente deputata al supporto al seggio di gara per le operazioni di verifica degli aspetti ed elementi tecnici delle offerte presentate e di attribuzione delle votazioni previste al riguardo dal Capitolato tecnico di gara, da predisporre sulla base dei criteri e sub-criteri fissati o dal bando di gara o dai documenti dal medesimo richiamati.

## 2.A - MOTIVI DI OPPORTUNITA'

Ma motivi ben più sostanziali e concreti spingono a sostenere la netta distinzione tra le operazioni di gara legate alla valutazione degli aspetti prettamente giuridici della procedura e quelle, invece, legate alla valutazione degli aspetti ed elementi tecnici delle offerte.

Questi ultimi, coerentemente con le prescrizioni dell'art.84, sono di competenza della Commissione Giudicatrice, ma tutte le altre operazioni (l'insediamento, la valutazione della documenta-zione amministrativa, la valutazione della sussistenza dei requisiti sotto l'aspetto prettamente giuri-dico, la sussistenza delle cause di esclusione, in generale l'ammissione delle ditte alla procedura e così via) non possono assolutamente essere di competenza di un organo prettamente e tipicamente composto da esperti della materia della procedura.

Il comma 2 dell'art.84 precisa che la Commissione deve essere composta da componenti "esperti nello specifico settore cui si riferisce l'oggetto dell'appalto".

Non può quindi in alcun modo ipotizzarsi che possano far parte di tale organismo soggetti "esperti della procedura", cioè esperti di diritto o comunque degli aspetti prettamente procedurali; i componenti della commissione devono essere esperti "nello specifico settore cui si riferisce l'oggetto dell'appalto".

Evidenti motivi di opportunità e di equilibrata, misurata ed accorta valutazione degli aspetti prettamente giuridici impongono di individuare un seggio di gara composto da professionisti del di-ritto ed esperti delle procedure tipiche di Provveditorato.

Facciamo un semplicissimo esempio per comprendere le problematiche che risultano connesse alle competenze che si attribuiscono alla Commissione Giudicatrice.

Ipotizziamo tre distinte procedure con aggiudicazione in favore dell'offerta economicamente più vantaggiosa:

1°. Una procedura per l'affidamento della fornitura di "protesi ortopediche".

2°. Una procedura per l'affidamento di "materiale di emodinamica".

3°. Una procedura per l'affidamento di "ecografi".

Nel rispetto dell'art.84 del Codice avremo tre distinte Commissioni Giudicatrici così composte da esperti "nello specifico settore cui si riferisce l'oggetto dell'appalto":

1°. Nel primo caso potremmo prevedere, presumibilmente, una Commissione composta da tre ortopedici.

2°. Nel secondo caso sarà opportuno prevedere, ad esempio, cardiologi o emodinamisti o altri professionisti di branche analoghe.

3°. Nel terzo caso potremmo ipotizzare la partecipazione di esperti di varie branche mediche e, comunque, con specifica esperienza di ecografista, pur in settori diversi.

Se dovessimo concordare nell'attribuire alla Commissione giudicatrice le competenze che prescrive l'ANAC potremo certamente ipotizzare le seguenti nefaste e malaugurate conseguenze:

1°. Nessuno degli "esperti" avrebbe una specifica competenza di tipo prettamente giuridico e/o di pratiche amministrative.

2°. Possiamo realisticamente ipotizzare notevoli difficoltà, se non addirittura impossibilità, a trovare le soluzioni più corrette, valide, idonee, e soprattutto legittime, laddove dovessero sorgere problematiche connesse alla valutazione delle cause di esclusione o al possesso dei requisiti specifici o ad altre questioni tipicamente giuridiche e/o procedurali, con tutte le conseguenze possibili ed immaginabili.

3°. Ci troveremmo ad avere, per tre distinte procedure, professionisti diversi che si troverebbero ad affrontare problematiche probabilmente univoche ed omogenee, ma a risolvere le possibili questioni, sempre ammesso che ci riescano, con modalità, tecniche e metodi completamente diversi, magari anche contrapponibili e contraddittori e certamente con una scarsissima se non inesistente specifica competenza.

4°. Il tutto potrebbe provocare l'insorgere di contrapposizioni e conflitti con i concorrenti certamente non propedeutici e presupposto per la positiva, favorevole e celere conclusione della procedura.

Qualcuno ha ipotizzato, oserei dire maldestramente ed artatamente, che basterebbe prevedere, tra i componenti della Commissione Giudicatrice ex art.84, la presenza di un Dirigente Amministrativo per assicurare il superamento delle anzidette difficoltà.

Tale soluzione, però, non sarebbe rispettosa dei contenuti dell'art.84, dal momento che esso prevede che i componenti siano esperti "nello specifico settore cui si riferisce l'oggetto dell'appalto" e non "esperti della procedura".

Tra l'altro una soluzione del genere, nella ipotesi di composizione della Commissione di tre membri con uno di essi Dirigente Amministrativo, inficerebbe la valida costituzione dell'organo tecnico collegiale.

In tale ipotesi, infatti, il Dirigente Amministrativo non potrebbe assicurare la competenza e l'esperienza per collaborare alle operazioni di valutazione tecnica delle offerte; tali interventi verrebbero svolti dai restanti soli due componenti della Commissione e, quindi, verrebbe meno la costituzione in numero dispari dei componenti "esperti nel settore cui si riferisce l'oggetto dell'appalto", con la conseguente oggettiva invalidazione di ogni valutazione dell'organo collegiale.

Se, invece, decidessimo di attribuire alla Commissione Giudicatrice le competenze nei termini e con le modalità dettagliate nel paragrafo precedente potremmo ipotizzare con ottime prospettive la seguente evoluzione dell'iter procedurale.

1°. Il seggio di gara assicurerebbe la giusta ed esaustiva competenza tecnico-giuridico-amministrativa per affrontare e risolvere con oggettiva ed indiscussa esperienza, professionalità e preparazione la gestione di tutte le fasi tipicamente amministrative dell'iter procedurale di gara.

2°. L'esperienza pluriennale del Dirigente preposto al seggio di gara (l'Autorità che presiede l'asta, secondo le previsioni del RD 827/1924 - solitamente individuata nel Dirigente del Servizio Provveditorato o altro Servizio analogo) assicurerebbe il possesso della professionalità e la capacità di individuare le soluzioni più corrette, valide, legittime ed idonee a raffreddare e risolvere ogni possibile conflitto sia tra concorrenti e sia tra i concorrenti e la stazione appaltante.

3°. Il seggio di gara così composto garantirebbe, inoltre, per le procedure pur aventi i più differenti ed eterogenei oggetti dell'appalto, una uniformità e continuità di giudizio per situazioni omologhe o equivalenti, con l'adozione di soluzioni parimenti omogenee, finalizzate ad assicurare a tutta la platea di concorrenti la giusta parità di trattamento ed un assoluto rispetto della par condicio.

4°. Il tutto risulterebbe propedeutico alla più celere, ma soprattutto positiva e favorevole conclusione delle procedure.

5°. La Commissione Giudicatrice, distinta per ogni procedura e composta da esperti, espleterebbe con piena ed assoluta competenza professionale il proprio compito connesso "esclusivamente" al supporto al seggio di gara per la ottimale e più proficua valutazione e stima degli elementi tecnici delle offerte presentate.

6°. L'art.91, comma 2, del RD 827/1924 troverebbe finalmente piena ed esaustiva regolamentazione. La citata norma, infatti, prevedeva, con contenuti decisamente generici e vaghi, quando si procedeva con la forma dell'appalto-concorso (ricordiamo che l'appalto-concorso deve ritenersi sostituito dalle procedure che prevedono l'aggiudicazione in favore dell'offerta economicamente più vantaggiosa) che "l'Amministrazione procede insindacabilmente alla scelta del progetto che ritiene preferibile sentito, ove lo ritenga necessario, il parere di una commissione all'uopo nominata". Tale norma (e solo chi ne ha vissuto praticamente l'applicazione, nei tempi trascorsi, antecedenti le discipline comunitarie che si sono succedute nel frattempo, fino alla entrata in vigore della prima legge di recepimento di una direttiva comunitaria, avvenuta con la L. 113 del 1981, lo sa benissimo), inverosimilmente lacunosa ed insufficiente, ha sempre provocato, in passato, grossissimi problemi, dal momento che la individuazione dell'aggiudicatario era di fatto legata alla più sfrenata ed ingiustificata discrezionalità, che sovente scadeva nell'assoluto arbitrio e poteva facilmente nascondere manovre finalizzate al raggiungimento di risultati truffaldini e fraudolenti. Tale comma trova finalmente la sua corretta, ideale

e naturale regolamentazione nei contenuti dell'art.84 del D.Lgs. 163/2006. La Commissione Giudicatrice, con l'esperienza dei suoi componenti, potrà svolgere la sua attività di supporto al seggio di gara garantendo la giusta competenza e professionalità, per l'ottimale e più corretta individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa valutata sulla base dei diversi elementi (criteri e sub-criteri) preliminarmente individuati e puntualizzati, così come espressamente previsto dall'art.83 del Codice degli appalti, nel pieno ed indiscutibile rispetto del diritto dei concorrenti alla più equa ed imparziale valutazione della propria offerta.

## **20) Denis De Sanctis**

La novella di cui all'art. 46 1-ter (soccorso istruttorio) non pare coordinato con l'art. 206 del Codice ove indica come applicabile ai settori c.d. "speciali" solo l'art. 46, comma 1-bis (oltre all'art. 38) e non anche il 46 1-ter.

## **D) OPERATORI ECONOMICI**

### **21) Unipolsai Assicurazioni Spa**

Art. 10.6 Spese di pubblicazione del bando a carico dell'aggiudicatario.-----  
-----In caso di bando unico per più lotti di gara ed aggiudicazione dei lotti a diversi concorrenti potrebbero sorgere difficoltà nell'individuazione dei criteri di ripartizione fra gli stessi delle spese in questione. Si chiede pertanto di suggerire di inserire i criteri di ripartizione nello stesso bando di gara onde evitare future contestazioni fra i diversi aggiudicatari (ad esempio potrebbero essere ripartite in proporzione al valore di ciascun lotto aggiudicato).-----

Art. 15.2 lett. b) Dichiarazione attestante la mancata pendenza di procedimenti per l'applicazione di misure di prevenzione o di cause ostative di cui rispettivamente all'art. 6 ed all'art. 67 del d.lgs. 159/2011.----- Si rileva che ai sensi dell'art. 83 del medesimo d.lgs 159/2011 gli enti pubblici "devono acquisire la documentazione antimafia di cui all'articolo 84 prima di stipulare, approvare o autorizzare i contratti e subcontratti relativi a lavori, servizi e forniture pubblici". Dalla lettura dei successivi articoli che dispongono le modalità di rilascio da parte delle prefetture competenti della documentazione antimafia e in particolare dall'art. 89 che prevede la possibilità di acquisire l'autocertificazione solo per "i contratti e subcontratti relativi a lavori, servizi o forniture dichiarati urgenti", sembrerebbe doversi desumere che nelle intenzioni del legislatore l'insussistenza delle situazioni di cui al Codice antimafia non possa più essere accertata, se non in via eccezionale, a mezzo di dichiarazioni sostitutive. In tal caso la previsione di cui all'art. 15.2 lett. b del Bando tipo si porrebbe in contrasto col citato dettato normativo. -----

### **22) Olimpia Agency Spa**

La scrivente Olimpia Agency S.p.A., nella sua qualità di agenzia di sottoscrizione, intende innanzitutto esprimere grande apprezzamento per la consultazione avviata dall'Autorità in relazione ad un aspetto fondamentale delle procedure ad evidenza pubblica quali sono le modalità stesse di svolgimento delle procedure aperte per l'affidamento di contratti di servizi e forniture. L'ANAC, cogliendo la manifesta

esigenza di chiarezza ed uniformazione procedimentale avvertita dagli operatori del settore, con l'intento di individuare attraverso il coinvolgimento degli stessi i punti maggiormente rilevanti della gestione delle procedure di gara, al fine di elaborare dei modelli uniformi vincolanti, ha certamente assunto un'iniziativa lodevole ed utile. Dal canto nostro, esprimiamo particolare apprezzamento per lo sforzo dell'Autorità volto a sottolineare l'importanza e la natura vincolante del principio di tassatività sancito dall'art. 46 comma 1 bis del D.lgs 163/2006, quale limite alla discrezionalità della P.A. nell'individuazione dei motivi di esclusione dalle gare, ed importante strumento per bilanciare gli interessi delle parti coinvolte nelle procedure di selezione delle imprese affidatarie di contratti pubblici.

Alla luce della nostra esperienza di operatori del settore, che quotidianamente interagiscono con le imprese garanti, le imprese garantite e le Stazioni Appaltanti di grandi, medie e piccole dimensioni, cogliamo l'occasione di questo spazio aperto alla riflessione per offrire il nostro contributo evidenziando gli aspetti maggiormente problematici rilevati nella prassi rispetto alle prescrizioni del bando-tipo elaborato dalla Vigilanza. Operando nell'ambito del rilascio, per conto della nostra mandante, di garanzie fidejussorie per la cauzione provvisoria e per la cauzione definitiva ai sensi degli artt. 75 e 113 del D.lgs 163/2006, le nostre osservazioni, partendo dallo schema fornito dalla Vigilanza, saranno pertanto incentrate sui profili più incerti del bando-tipo legati soprattutto al nostro ambito di attività.

Ciò premesso, di seguito presentiamo le nostre riflessioni, particolarmente riferite i) al paragrafo 11 "Cauzioni e garanzie richieste", ii) in generale alle cause di esclusione, e iii) alle problematiche legate alle modifiche al codice dei contratti pubblici contenute nell'art. 39 del D.L. n. 90/2014 come convertito con modificazioni dalla legge n. 114/2014. Rapportandoci quotidianamente con Stazioni Appaltanti di ogni dimensione, e vantando un portafoglio clienti assai esteso comprendente piccole e medie imprese nonché molte imprese di grandi dimensioni, tra le quali le principali imprese italiane di servizi e global service, la nostra esperienza è assai vasta e differenziata.

Con specifico riferimento alle cause di esclusione, da un punto di vista generale rileviamo innanzitutto che le indicazioni contenute nel bando-tipo ricalcano in buona sostanza lo schema adottato dalle grandi committenti di servizi e forniture. Ciò che al contrario sfugge al modello offerto in consultazione, sono alcune precisazioni, pure contenute nei testi elaborati dalle Stazioni Appaltanti, relative ad aspetti specifici e puntuali in grado di incidere sulla speditezza e snellezza delle procedure di gara. A titolo di esempio valga l'ipotesi di un bando per l'affidamento di servizi o forniture che espressamente specifichi che l'eventuale assenza nella cauzione provvisoria della autodichiarazione o di dichiarazione notarile inerente l'autentica di firma, non sarà causa di esclusione ma di mera richiesta di regolarizzazione senza ulteriori conseguenze. La citata previsione è certamente una specificazione assai apprezzabile in un'ottica di chiarezza e di ragionevole limitazione del potere discrezionale della P.A. che, tuttavia, non si ritrova nel bando-tipo. Previsioni di tale tipo sono certamente di fondamentale importanza per arginare la tendenza di alcune Stazioni Appaltanti a dilatare eccessivamente il novero dei motivi di esclusione, vuoi non specificando nel testo del disciplinare o del bando le conseguenze di eventuali irregolarità formali della documentazione di gara e facendone poi arbitrariamente discendere l'esclusione, vuoi prevedendo espressamente cause di esclusione ulteriori rispetto a quelle tassativamente previste. Da ciò dipende poi anche l'escussione della garanzia. In relazione a tale tendenza ci si augura che l'elaborazione di modelli specifici possa porvi un freno attraverso indicazioni sempre più puntuali e in grado di frenare gli arbitrii delle Stazioni Appaltanti.

Tale rischio, peraltro, risulta oggi per nulla astratto e teorico ma, al contrario, particolarmente concreto ed attuale per effetto dell'ambiguità delle modifiche apportate agli artt. 38 e 46 del D.lgs 163/2006 dall'art. 39 del D.L. n. 90/2014 convertito con modificazioni con legge n. 114/2014. Se infatti da un lato l'art. 46 comma 1 bis sancisce il principio di tassatività delle cause di esclusione, di fronte ad una norma ambigua, suscettibile di molteplici interpretazioni, le Stazioni Appaltanti potrebbero, come talvolta accade, frustrare tale principio riconducendo l'eventuale esclusione, e l'eventuale parziale incameramento della cauzione provvisoria, proprio a quelle due norme. In assenza di un'univoca interpretazione dell'art. 38 comma 2 bis e dell'art. 46 comma 1 ter, ("le disposizioni di cui articolo 38, comma 2-bis, si applicano a ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità degli elementi e delle dichiarazioni, anche di soggetti terzi, che devono essere prodotte dai concorrenti in base alla legge, al bando o al disciplinare di gara), in virtù dei quali in buona sostanza ogni irregolarità può divenire fonte di esclusione, se non sanata, e soprattutto motivo di incameramento di una somma di denaro da parte delle Stazioni appaltanti, il principio di tassatività delle cause di esclusione risulta oggi più che mai seriamente minacciato. Senza voler entrare nel merito delle problematiche relative all'interpretazione degli articoli 38 comma 2 bis e 46 comma 1 ter, già evidenziate nelle osservazioni da noi presentate nell'ambito della relativa consultazione avviata dall'ANAC, ciò che qui ci preme sottolineare è quanto segue. Nella premessa al documento di consultazione messo a disposizione dall'ANAC, si rappresenta come lo schema-tipo sia stato redatto tenendo conto delle modifiche al codice dei contratti pubblici contenute nell'art. 39 del D.L. n. 90/2014, convertito con modificazioni dalla legge n. 114/2014. Tuttavia nel testo del bando non abbiamo rinvenuto significative indicazioni sulle modalità di attuazione della novella legislativa. Sotto questo profilo, dunque, rimane una grande incertezza su come in concreto le previsioni dell'art. 38 comma 2 bis e dell'art. 46 comma 1 ter debbano prendere forma attraverso le prescrizioni del bando. Il riferimento al nuovo comma 1 ter dell'art. 46 fatto nel punto 7.7 del bando-tipo, ad esempio, non ci pare chiarisca se la sanzione sia in ogni caso dovuta, anche in assenza di regolarizzazione e dunque di esclusione del concorrente, ovvero sia, unitamente alla regolarizzazione dei documenti e delle dichiarazioni, una condizione necessaria per l'Impresa per proseguire nella gara e debba essere corrisposta nel medesimo termine di 10 giorni previsto dalla norma per la regolarizzazione delle dichiarazioni. Sfruttando questa occasione di confronto, suggeriamo che, partendo dal dato letterale dell'art. 38 comma 2 bis in base al quale il pagamento della sanzione pecuniaria stabilita dal bando è garantito dalla cauzione provvisoria, la relativa disciplina sia specificata nel paragrafo della lex specialis relativo a "cauzioni e garanzie richieste". Nella realtà, infatti, abbiamo riscontrato innumerevoli bandi che, lungi dal dedicare un apposito paragrafo alla sanzione pecuniaria, in particolare alle modalità di copertura della stessa con la cauzione provvisoria, alla sua esatta quantificazione, men che mai ai motivi di richiesta di pagamento della stessa (che in virtù dell'art. 46 comma 1 ter possono essere illimitati e totalmente rimessi alla discrezionalità della Pubblica Amministrazione), solo in via del tutto residuale e spesso nascosta citano la nuova norma. Esigenze di chiarezza impongono dunque oggi di prevedere un riferimento esplicito alle modalità di attuazione della novella legislativa nei bandi. In tale ottica riteniamo, pertanto, indispensabile che il paragrafo del bando-tipo relativo alle cauzioni contenga un riferimento chiaro alla copertura della sanzione attraverso la fideiussione per la cauzione provvisoria, con una modalità unica ed universale applicabile a tutte le procedure, che l'Autorità vorrà chiarire stabilendo se l'importo della cauzione (predeterminato dalla Stazione Appaltante) debba essere aggiunto all'importo della cauzione provvisoria in un'unica voce "somma garantita" onnicomprensiva dei due importi, ovvero debba risultare quale voce a parte autonoma rispetto all'importo della cauzione provvisoria pur sempre garantita dallo stesso soggetto Garante.

Alla luce di quanto fin qui esposto dunque riteniamo che sia di fondamentale rilevanza che l'Autorità di Vigilanza, nell'esercizio della sua facoltà di interpretazione delle norme ancora oscure del codice degli appalti,

a) chiarisca in modo esplicito e schematico il tenore delle previsioni del bando relative alla sanzione pecuniaria. In particolare,

b) inserisca un'indicazione tassativa ed esplicita di quali mancanze, incompletezze e altre irregolarità debbano ritenersi "essenziali" ai fini dell'applicazione della sanzione pecuniaria;

c) indichi come la cauzione provvisoria, prestata mediante fideiussione ai sensi dell'art. 75 D.lgs 163/2006, debba in concreto essere quantificata per garantire anche la sanzione pecuniaria.

Tali interventi sui bandi, a nostro avviso, risultano imprescindibili per ridurre al massimo le possibilità di interpretazioni schizofreniche delle neointrodotte norme relative alla sanzione pecuniaria. Siamo certi che l'illustrata esigenza sia peraltro avvertita anche dalle Stazioni appaltanti che, fino ad oggi, nell'incertezza più totale hanno redatto bandi dalle prescrizioni vaghe e confuse, spesso contraddittorie o contrarie allo spirito della novella.

In conclusione, se da un lato il contenuto prescrittivo vincolante dei bandi-tipo ci pare in larga parte rispettato, dall'altro si potrebbe integrare il modello così da ridurre l'alea per gli operatori e da promuovere una maggiore trasparenza dei bandi, riducendo i margini di variabilità ingiustificati anche e soprattutto con riferimento alle cause di esclusione ed alla totale assenza di indicazioni precise circa l'inserimento in concreto della disciplina introdotta con l'art. 39 del D.L. n. 90/2014. Sarà certamente compito della Vigilanza, anche alla luce delle presenti consultazioni, chiarire i punti ancora opachi nell'ottica di migliorare sempre di più il contenuto dei band-tipo di riferimento e tutelare al meglio l'interesse delle parti ad una procedura snella, senza discriminazioni, che assicuri il libero accesso alle imprese ed elimini i timori di arbitrari ed ingiustificate esclusioni o sanzioni.

## **23) Fastweb spa**

- Apertura buste amministrative.

L'art. 18.2.3, pag. 27 dello Schema di Disciplinare prescrive che "La Commissione procederà alla verifica della tempestività dell'arrivo dei plichi inviati dai concorrenti, della loro integrità e, una volta aperti, al controllo della completezza e della correttezza formale della documentazione amministrativa, come chiarito nei paragrafi successivi".

I generali principi di pubblicità, trasparenza ed imparzialità dell'azione amministrativa impongono di sostituire l'articolo nel seguente modo: "La Commissione, in seduta pubblica, procederà alla verifica della tempestività dell'arrivo dei plichi inviati dai concorrenti, della loro integrità e, una volta aperti, sempre in seduta pubblica, al controllo della completezza e della correttezza formale della documentazione amministrativa, come chiarito nei paragrafi successivi". Accade sovente, infatti, che la Commissione non consenta una pubblicità effettiva e completa delle sedute diverse da quelle dedicate alla valutazione dell'offerta tecnica.

- RTI di tipo verticale e misto

Il “Bando tipo” e la “Nota illustrativa” non fanno riferimento al raggruppamento temporaneo di imprese (RTI) di tipo misto.

Il RTI di tipo misto è un RTI che è contemporaneamente verticale ed orizzontale, nel quale cioè le prestazioni sono scomposte in parte qualitativamente (verticale) ed in parte quantitativamente (orizzontale) ovvero a dire un RTI verticale nel quale la parte principale e/o la parte secondaria sono affidate ad un sub-raggruppamento temporaneo di imprese orizzontale.

Il RTI di tipo misto oltre ad essere espressamente ammesso nel settore dei lavori (cfr. art. 37, co. 6, D.Lgs. 163/2006) è anche ammesso nei settori di servizi e forniture secondo l’interpretazione fornita dalla giurisprudenza.

Sul punto, l’AVCP (oggi ANAC) ha già osservato che “Deve ritenersi che, sebbene l’ammissibilità di raggruppamenti di tipo misto sia espressamente riconosciuta solo per gli appalti di lavori dall’art. 37 comma 6 D.Lgs. n. 163/2006, non si ravvisano ragioni ostative all’estensione di tale istituto anche al campo dei servizi e delle forniture” (cfr. AVCP parere n. 87 del 22/05/2013 e determinazione n. 5 del 27.7.2010).

Alla luce di quanto sopra si ritiene opportuno che il “Bando tipo” e la “Nota illustrativa” prendano espressamente in considerazione tale figura (ad esempio richiamandola nella nota illustrativa al cap. 5, terzo capoverso, e in relazione ai requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico organizzativa al cap. 16, par. 10 e par. 16).

Si evidenzia, inoltre, che al cap. 16, par. 10, della Nota illustrativa - ove si sottolinea la necessità di indicare espressamente le prestazioni principali e quelle secondarie di cui all’art. 37, comma 2, del Codice dei contratti pubblici - sarebbe opportuno fornire ulteriori linee guida sulla separabilità dei servizi. La Nota illustrativa dovrebbe invitare le S.A. ad indicare servizi principali e secondari tutte le volte che vengano inclusi nel medesimo affidamento servizi fra loro diversi che possono essere resi dallo stesso prestatore o da prestatori diversi ed altresì, a fini pro-concorrenziali, tutte le volte che parti scindibili di servizi complessi richiedano il possesso di requisiti peculiari in possesso di pochi operatori. Accade sovente, infatti, che le stazioni appaltanti cumulino nella medesima gara servizi diversi, prevedendo anche la possibilità che gli operatori raggruppati posseggano i requisiti speciali di partecipazione in misura differenziata non per quantità ma per qualità, senza tuttavia indicare chiaramente la separabilità dei servizi.

Il Bando tipo dovrebbe infine prevedere una sezione facoltativa (ad esempio nel par. 1) ove la S.A. possa indicare le prestazioni principali e quelle secondarie.

Infine la Nota illustrativa, al cap. 16, par. 16, laddove si riferisce al possesso delle certificazioni nel RTI pare riferirsi al RTI orizzontale e sarebbe bene specificare che in relazione ai Bandi ove siano specificati servizi principali e secondari spetta alla S.A. individuare quali fra i requisiti devono posseduti dell’operatore economico che si impegnerà ad eseguire i primi o i secondi.

- Gara telematica.

Si evidenzia che il Bando-tipo è chiaramente disegnato sul modello di una gara tradizionale. Dato il diffondersi delle gare telematiche si suggerisce di esplicitare tale differenza e rimandare ad un futuro bando-tipo la standardizzazione della disciplina delle gare telematiche per servizi e forniture.