



Autorità Nazionale Anticorruzione

Bando-tipo n. 1/2017

Relazione AIR

Schema di disciplinare di gara

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

PARTE PRIMA/GENERALE	3
Analisi di Impatto della Regolazione.....	3
1. Premessa	3
2. Il quadro normativo di riferimento	3
3. Le ragioni dell'intervento dell'Autorità	4
4. Esiti attesi del Disciplinare-tipo	4
5. Procedura di consultazione effettuata.....	4
6. Sviluppi della procedura di consultazione	5
PARTE SECONDA/SPECIALE	6
Descrizione dettagliata delle criticità riscontrate, possibili correttivi e motivazione della scelta di determinate soluzioni.....	6
1. Premesse	7
2. Documentazione di gara, chiarimenti e comunicazioni	8
3. Oggetto dell'appalto e suddivisione in lotti.....	8
4. Durata dell'appalto, importo a base di gara, opzioni.....	9
5. Soggetti ammessi in forma singola e associata e condizioni di partecipazione	11
6. Requisiti generali.....	12
7. Requisiti speciali e mezzi di prova	13
8. Avvalimento	18
9. Subappalto	21
10. Garanzia provvisoria.....	26
11. Sopralluogo.....	28
12. Pagamento in favore dell'Autorità	29
13. Modalità di presentazione dell'offerta e sottoscrizione dei documenti di gara	29
14. Soccorso istruttorio.....	30
15. Contenuto della busta "a" – Documentazione amministrativa	30
16. Contenuto della busta B - Offerta tecnica.....	35
17. Contenuto della offerta economica	36
18. Criteri di aggiudicazione	37
19. Svolgimento operazioni di gara: apertura della busta A – verifica documentazione amministrativa.....	40
20. Commissione giudicatrice	40
21. Apertura delle buste b e c – valutazione delle offerte tecniche ed economiche	41
22. Verifica di anomalia delle offerte	42
23. Aggiudicazione dell'appalto e stipula del contratto.....	43
24. Clausola sociale e altre condizioni particolari di esecuzione	44
25. Definizione delle controversie	45
26. Trattamento dei dati personali	45

PARTE PRIMA/GENERALE

Analisi di Impatto della Regolazione

1. Premessa

L'Autorità ha adottato, ai sensi dell'art. 213, comma 2, del d.lgs. 50/2016 (Codice), lo schema tipo del disciplinare di gara per l'affidamento di servizi e forniture nei settori ordinari, di importo pari o superiore alla soglia comunitaria, aggiudicati all'offerta economicamente più vantaggiosa secondo il miglior rapporto qualità/prezzo. Il documento, predisposto alla luce della normativa vigente (comprendente il d.lgs. n. 50/2016 e il decreto correttivo adottato con d.lgs. n. 56/2017), tiene conto sia delle prescrizioni contenute nelle diverse Linee guida adottate dall'Autorità, sia degli orientamenti giurisprudenziali formati sotto la vigenza del precedente Codice (d.lgs. n. 163/2006) che rivestono ancora carattere di attualità, in ragione dell'identità di disciplina tra i due Codici a confronto, in relazione ai singoli istituti o a singoli aspetti dei medesimi.

Il presente documento – in ossequio agli obblighi di legge previsti con riguardo alle attività regolatorie delle Autorità amministrative indipendenti (l. 29 luglio 2003, n. 229) e ai relativi Regolamenti adottati a tal fine (in particolare, Anac Regolamento recante «Disciplina dell'analisi di impatto della regolamentazione (AIR) e della verifica dell'impatto della regolamentazione (VIR)», pubblicato in G.U.R.I. n. 278 del 27 novembre 2013, di seguito, “Regolamento AIR”) - descrive il contesto normativo, le motivazioni, gli obiettivi e le fasi del procedimento che hanno condotto all'adozione del Bando- tipo per l'affidamento di contratti pubblici di servizi e forniture, dando evidenza delle ragioni che hanno guidato l'Autorità nell'adozione delle scelte effettuate, in relazione alle osservazioni pertinenti ricevute, con particolare riguardo a quelle che presentano elementi di difformità rispetto all'atto definitivo adottato (art. 8, Regolamento AIR).

2. Il quadro normativo di riferimento

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

La scelta di adottare i Bandi - tipo, nella forma del disciplinare di gara, nasce dall'opportunità di fornire, alle stazioni appaltanti, indicazioni per l'affidamento dei contratti pubblici, più puntali ed articolate rispetto a quelle riportate nei formulari resi disponibili dalla Commissione Europea. Tale insieme di regole è contenuto proprio nel disciplinare di gara – anche noto come “norme integrative del bando di gara”, e a cui lo stesso bando rinvia – che consiste in un corpus di disposizioni di dettaglio volto a regolare le modalità di partecipazione alla gara degli operatori economici e di aggiudicazione del contratto pubblico.

L'Autorità ha avviato un'attività di aggiornamento dei Bandi - tipo già predisposti, e successivamente sospesi prima della pubblicazione a causa del recepimento delle Direttive 2014/23/UE e 2014/24/UE. Il lavoro di aggiornamento, iniziato sulla scorta del Codice approvato il 18 aprile 2016, ha ricompreso le modifiche intervenute anche ad opera del D. lgs 19 aprile 2017, n. 56 (Decreto correttivo), che ha segnato un intervento correttivo organico, già previsto nella legge di delega originaria.

3. Le ragioni dell'intervento dell'Autorità

La scelta di procedere all'adozione del disciplinare-tipo generale in materia di affidamenti di contratti pubblici di servizi e forniture è dettata dalla necessità di adottare un modello standard utilizzabile per tutti gli affidamenti in argomento. Il modello adottato rappresenta, peraltro, la base per la successiva regolazione degli affidamenti in specifici settori merceologici, che sarà effettuata a cura dell'Autorità con l'adozione di specifici disciplinari tipo, fermo restando che – nelle more dell'adozione di eventuali disciplinari di settore – le stazioni appaltanti si serviranno del presente documento opportunamente adattato alle circostanze. I settori di intervento saranno individuati sulla base della rilevanza delle criticità riscontrate negli affidamenti.

Per la redazione del presente atto, l'Autorità ha proceduto alla rielaborazione e revisione sistematica del precedente lavoro svolto sul Bando tipo servizi e forniture generale, posto in consultazione in data 19 maggio 2015. Le scelte regolatorie di fondo sono state oggetto di approfondimenti e analisi, anche alla luce della disciplina, comunitaria e nazionale, sopravvenuta.

4. Esiti attesi del Disciplinare-tipo

L'adozione del Disciplinare-tipo agevolerà le stazioni appaltanti nella predisposizione dei documenti di gara, semplificando altresì gli adempimenti connessi alla partecipazione da parte degli operatori economici. Tale prassi favorirà, inoltre, la standardizzazione delle procedure di gara, riducendo scelte discrezionali della stazione appaltante con conseguenti maggiori garanzie in termini di legittimità, imparzialità, trasparenza e correttezza dell'azione amministrativa.

L'utilizzazione del disciplinare-tipo potrà in tal senso comportare vantaggi apprezzabili anche in termini di riduzione del contenzioso, con particolare riferimento alle ipotesi di impugnazione dei bandi di gara e dei provvedimenti di esclusione.

5. Procedura di consultazione effettuata

Nell'adunanza del 28 giugno 2017, il Consiglio dell'Autorità ha disposto l'avvio della consultazione relativa al Bando-tipo sui contratti pubblici di servizi e forniture al fine di acquisire osservazioni e commenti da parte degli operatori del mercato. La documentazione posta in consultazione, costituita da un Disciplinare-tipo e da una Nota illustrativa che fornisce istruzioni operative per l'utilizzo del modello, si riferisce all'affidamento degli appalti di servizi e forniture nei settori ordinari sopra soglia comunitaria con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo.

La consultazione si è svolta, sulla piattaforma informatica on line dell'Autorità, dalla data del 5 luglio 2017 alla data del 5 agosto 2017. Sono pervenuti all'Autorità n. 50 contributi (pubblicati sul sito dell'Autorità). Più esattamente hanno presentato osservazioni:

- a) soggetti pubblici, quali pubbliche amministrazioni e/o società pubbliche, come in appresso indicati: Azienda Ospedaliera Cardarelli Napoli, Provincia di Avellino - Agenzia regionale Intercent - Azienda Ospedaliero Universitaria di Modena in nome e per conto delle Aziende dell'Artea Vasta Emilia Nord - Comune di Trieste - Azienda Ospedaliera Universitaria Ospedali Riuniti Ancona - ASUR, Azienda Sanitaria Unica Regione Marche - Regione Autonoma Valle d'Aosta - Centrale di Committenza dell'Unione dei Comuni del Distretto Ceramico - Anas S.p.a. - Agenzia provinciale appalti e contratti APAC di Provincia Autonoma di Trento - Consip S.p.A.;
- b) associazioni ed enti di categoria, comunque denominati, come in appresso indicati: Accredia ente unico italiano di accreditamento - Alleanza delle Cooperative Sociali Italiane - ANGEM

Associazione Europea del Partenariato Pubblico-Privato - Associazione Nazionale della ristorazione collettiva - Associazione Nazionale Imprese per i Servizi Gas Energia Acqua - Aderente a CSIT Legacoop Produzione e Servizi - Assosistema (Confindustria) - Confartigianato Imprese – Confindustria Servizi Innovativi e Tecnologici - Federauto - Federlavoro e Servizi Confcooperative – Itaca, Istituto per l'innovazione e la trasparenza degli appalti e la compatibilità ambientale;

- c) operatori economici o altri enti, comunque denominati, come in appresso indicati: Ecoeridania S.p.A. - Fastweb Spa - Fater S.p.A. - Olimpia Agency S.p.A. - Unipol Gruppo Finanziario s.p.a. - Markas S.r.l. - Medtronic Italia S.p.A. - Mengozzi S.p.A. - Onofaro Antonino S.r.l. - Ristuccia & Tufarelli Studio Legale.
- d) soggetti, appartenenti anche a pubbliche amministrazioni, che hanno presentato osservazioni a titolo personale: Dott.ssa Laura Conti Funzionario Amministrativo di Alma Mater Studiorum, Università di Bologna - dott.ssa Daniela Albonetti, Area Blu S.p.A. - dott. Domenico Barresi Città Metropolitana di Reggio Calabria - dott. Francesco Bianchimani, Comune di Castrovillari - dott.ssa Antonella Fabiano, Comune di Milano - dott. Emanuele Giustiniani operatore Stazione appaltante non meglio individuata - dott.ssa Michela Panziera, Istruttore direttivo amministrativo del Comune di Veduggio (TV) - dott. Claudio Brunetta Responsabile Ufficio Gare Università degli Studi di Trieste - dott. Giuseppe Lamanuzzi.

Si ravvisa che l'Autorità ha preso atto di tutti i contributi pervenuti, così come sopra elencati, procedendo all'esame analitico di ciascuna osservazione presente nei documenti citati.

All'esito dell'esame dei contributi, in considerazione della rilevanza delle scelte operate, dell'entità delle novità introdotte e dell'impatto che le stesse possono avere sul mercato, l'Autorità ritiene di approvare con carattere di definitività il Bando generale servizi e forniture e di procedere alla pubblicazione.

La presente relazione dà atto delle modifiche intervenute a seguito delle osservazioni della consultazione. In modo particolare, conformemente all'art. 8 del Regolamento AIR, preme evidenziare che in essa non si fornisce tendenzialmente riscontro alcuno alle osservazioni da considerarsi non pertinenti. In molti casi, sono pervenuti, infatti, contributi che contengono mere istanze di chiarimento o suggerimenti di approfondimento, privi di alcun carattere di innovatività rispetto all'atto in consultazione, oppure contributi non chiari o non comprensibili rispetto all'argomento trattato e quindi non idonei a essere valutati o, ancora, non sufficientemente argomentati o anche assorbiti da precedenti indicazioni di modifica o contenenti meri auspici o indicazioni di indirizzo.

6. Sviluppi della procedura di consultazione

Nella premessa alla nota illustrativa, si fa presente che alla fase di consultazione seguirà una relazione di analisi di impatto della regolazione (AIR), che conterrà una esplicitazione delle ragioni delle scelte effettuate e dei motivi per cui non si è dato conto di alcuni suggerimenti.

L'impostazione del documento di consultazione sarà oggetto di una ulteriore verifica di impatto, a dodici mesi dalla pubblicazione in GURI, in modo tale da rendere lo strumento coerente con gli obiettivi di fondo e con i principi di efficienza e standard di qualità dell'azione amministrativa.

PARTE SECONDA/SPECIALE

Descrizione dettagliata delle criticità riscontrate, possibili correttivi e motivazione della scelta di determinate soluzioni

La presente relazione dà atto delle scelte operate e delle modifiche apportate al Disciplinare a seguito delle osservazioni della consultazione. Preme evidenziare che - conformemente all'art. 8 del Regolamento AIR – la relazione “*fornisce una risposta a tutte le osservazioni pertinenti ricevute, in particolare quelle che presentano elementi di difformità con l'atto adottato*”. Alla luce di questi obblighi, si procederà come segue.

- a) **Contributi e osservazioni accolti e puntualmente recepiti.** Nei casi in cui il contributo è stato ritenuto fondato e meritevole di accoglimento, si è proceduto direttamente a integrare o modificare il disciplinare in senso conforme alle osservazioni avanzate, le quali pertanto rappresentano il necessario impianto motivazionale a sostegno. Soltanto in casi particolari e per circostanziate ragioni, quando ad es. è stata accolta un'osservazione per mere ragioni di opportunità pratica non sostenuta da esigenze di conformità normativa, è stato fornito altresì un riscontro specifico all'intervenuto accoglimento che illustra le opzioni possibili e le ragioni a supporto di una determinata scelta. L'accoglimento di mozioni formali o di segnalazioni di refusi ed errori materiali nel testo non è stato tendenzialmente motivato.
- b) **Contributi e osservazioni respinti e non accolti nel disciplinare.** Nei casi in cui il contributo è stato ritenuto infondato o, ancorché fondato, non è stato ritenuto meritevole di accoglimento perché non ritenuto opportuno, la presente relazione fornisce un riscontro puntuale delle ragioni che hanno suggerito il mancato accoglimento. Il non accoglimento, pertanto, può essere motivato da ragioni di illegittimità della proposta oppure da motivi di opportunità. Si sottolinea che, conformemente a quanto richiesto dal Regolamento AIR, il mancato accoglimento è soggetto a uno stringente obbligo di motivazione, la quale è stata omessa soltanto nei casi di cui alla seguente lett. c).
- c) **Contributi e osservazioni non pertinenti.** Nei casi in cui sono pervenuti contributi che contengono mere istanze di chiarimento o suggerimenti di approfondimento, privi di alcun carattere di innovatività rispetto all'atto in consultazione, oppure contributi di innovazione che risultano tuttavia oscuri o non comprensibili o estranei rispetto all'argomento trattato e quindi non idonei a essere valutati o, ancora, non sufficientemente argomentati o anche assorbiti da precedenti indicazioni di modifica, ritenute di portata più ampia, o contenenti meri auspici o indicazioni di indirizzo. A tali osservazioni, tendenzialmente, non è stato fornito riscontro alcuno, a meno che non ne sia stata ritenuta opportuna l'evidenziazione.

Tanto premesso, si sottolinea altresì che il presente documento non fornisce l'attribuzione nominativa alle singole osservazioni pervenute, anche perché in molti casi su un singolo oggetto sono state avanzate molteplici osservazioni, con lievi sfumature l'una dall'altra. La corrispondenza tra il contenuto dell'osservazione e il soggetto proponente potrà essere ricavata da un'analisi del documento, già pubblicato sul sito istituzionale alla voce “Osservazioni pervenute”, ove sono stati raccolti tutti i contributi pervenuti.

Al fine di favorire la lettura e la comprensione rapide di ogni argomentazione è, infine, fornito - in capo al singolo testo dell'articolo in analisi – un breve sommario per parole chiave, redatto secondo le tecniche di massimazione degli atti giuridici, che ripercorre l'oggetto della istanza e la motivazione o l'iter logico seguito per l'accoglimento o il respingimento.

1. Premesse

Sul punto 1, relativamente alle premesse, nonché alle forme, agli effetti e alla struttura del Disciplinare hanno prodotto specifiche osservazioni i seguenti soggetti: Città metropolitana di Bari, Provincia di Avellino, Angem, Associazione Europea del Partenariato Pubblico Privato, Alessandro Di Virgilio di Olimpia Agency SpA, Legacoop, Azienda Ospedali Riuniti di Ancona, Comune di Vedelago, Alleanza delle Cooperative Sociali Italiane, Azienda Sanitaria Unica Regione Marche, Fastweb spa, Federlavoro, Università di Trieste, Confartigianato, Provincia Autonoma di Trento, Studio legale Ristuccia Tufarelli, Consip, Assosistema, Anci, Itaca.

Informazioni preliminari – Disciplinare tipo – Servizi sanitari, sociali etc - Ambito di applicazione del disciplinare tipo – Nota illustrativa

È stata segnalata l'opportunità di evidenziare in premessa che lo schema tipo per i settori ordinari non si applica ai servizi sociali. E' stato evidenziato, infatti, che l'art. 142, comma 5-bis, prevede che ai servizi sanitari, servizi sociali e servizi connessi, servizi di prestazioni sociali; altri servizi pubblici, sociali e personali, inclusi servizi forniti da associazioni sindacali, da organizzazioni politiche, da associazioni giovanili e altri servizi di organizzazioni associative si applichino le disposizioni di cui ai commi da 5-ter a 5-octies. Il combinato disposto di tali articoli, così come previsto dalla disciplina introdotta dal decreto correttivo (d.lgs. 56/2017), determinerebbe, infatti, un regime specifico "alleggerito" che non sarebbe esteso a comprendere l'applicazione del disciplinare tipo al settore in questione.

Opzione scelta

Si condivide l'osservazione secondo cui i servizi sociali sono sottoposti ad un regime alleggerito. In conseguenza, è stato indicato in nota illustrativa che il Disciplinare non trova applicazione agli stessi.

Concorrenti - Domande di partecipazione – Inserimento di dichiarazione di non interferenza

E' stato osservato che appare opportuno far formulare ai professionisti che assistono gli operatori economici nella compilazione delle domande una dichiarazione di non aver predisposto altre domande di partecipazione per altri concorrenti, onde evitare ipotesi di turbativa di gara per la collazione da parte di un soggetto unico di più domande di gara.

Opzione scelta

L'osservazione non è accolta, ritenendosi già prevista dal Codice la sanzione della esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. m) per gli operatori che si trovino nelle circostanze, anche di fatto, di aver predisposto le offerte imputabili a un unico centro decisionale.

Vincolatività del Disciplinare tipo – Obbligo di formazione – Conformità formale

E' stato osservato che, in considerazione delle finalità poste alla base dell'adozione dei bandi tipo volte a promuovere omogeneità di comportamento tra le stazioni appaltanti, l'obbligo per le amministrazioni di "conformarsi" al bando tipo dovrebbe essere inteso come obbligo di conformarsi alla disciplina sostanziale e non alla impostazione formale del bando.

Opzione scelta

L'osservazione non può essere accolta. Il Disciplinare è atto formale, ad effetto vincolante per le stazioni appaltanti, la cui flessibilità di recepimento è consentita limitatamente alle parti espressamente indicate come facoltative. In Nota illustrativa sono esplicitate le modalità con cui le stazioni appaltanti recepiscono il Disciplinare, distinguendo tra parti facoltative e parti obbligatorie.

Struttura del Disciplinare – Gare telematiche – Futura approvazione

E' stata rilevata, quale indicazione operativa sulla struttura del Disciplinare tipo, l'opportunità di fare riferimento nel testo definitivo alla modalità di espletamento telematico delle procedure di gara con riferimento all'obbligatorietà dell'utilizzo degli strumenti dematerializzati a decorrere dal 18 ottobre 2018 come previsto dall'art. 52 del Codice.

Opzione scelta

Il rilievo non può essere accolto. La gara telematica sarà oggetto di apposito Disciplinare tipo, di futura approvazione.

2. Documentazione di gara, chiarimenti e comunicazioni

Sul punto 2, relativo alla documentazione di gara, ai chiarimenti e alle comunicazioni, hanno prodotto specifiche osservazioni i seguenti soggetti: Angem, Associazione Europea del Partenariato Pubblico Privato, Legacoop, Federauto, Fastweb spa, Università di Bologna, Consip, Assosistema.

Richieste di chiarimenti - Termine minimo – Previsione nel disciplinare – Termine fisso

E' stato osservato che – in luogo degli spazi a riempimento libero prima della scadenza della presentazione delle offerte, predisposti al fine di individuare il termine entro il quale sia consentito ai concorrenti sottoporre alle stazioni appaltanti una richiesta di chiarimenti - sarebbe auspicabile inserire nel disciplinare un termine minimo fisso, individuato nella misura di giorni cinque.

Opzione scelta

L'osservazione non è accolta, poiché non è possibile stabilire un termine di cinque giorni per la richiesta di chiarimenti a fronte dell'obbligo della Stazione appaltate, ai sensi dell'art. 74, comma 4, del Codice, di rispondere almeno sei giorni prima del termine previsto per la presentazione delle offerte.

Richieste di chiarimenti – Termine per la presentazione delle richieste – Natura del termine - Non perentorio

E' stato chiesto che il termine per la proposizione delle richieste di chiarimento possa qualificarsi come perentorio.

Opzione scelta

L'osservazione non può essere accolta. Il termine per la richiesta di chiarimenti non può qualificarsi come perentorio, poiché l'art. 74, comma 4, stabilisce che le richieste siano formulate "in tempo utile". La Stazione appaltante può quantificare il "tempo utile" fissando un termine per la presentazione delle richieste di chiarimento. Tuttavia tale termine non deve precludere alla medesima la possibilità di valutare richieste, pervenute oltre il termine stesso, ritenute rilevanti e alle quali l'amministrazione riuscisse a fornire risposta almeno 6 giorni prima della scadenza della presentazione delle offerte.

3. Oggetto dell'appalto e suddivisione in lotti

Sul punto 3, relativo all'oggetto dell'appalto e alla suddivisione in lotti, hanno prodotto specifiche osservazioni i seguenti soggetti: Angem, Associazione Europea del Partenariato Pubblico Privato, Legacoop, Federauto, Federlavoro, Fater Spa, Consip, Assosistema.

Lotti – Disciplina di gara - Limitazioni alla partecipazione – Ammissibile

E' stato osservato che, per garantire il rispetto del principio di concorrenza e la massima partecipazione alla procedura di gara, sarebbe preferibile prevedere la possibilità, per l'operatore economico, di presentare offerta per tutti i lotti anche se l'aggiudicazione potrà avvenire solo per un numero di lotti limitato. Consentire che la Stazione Appaltante limiti, contemporaneamente, tanto la partecipazione solo ad alcuni lotti quanto l'aggiudicazione solo ad alcuni lotti sembrerebbe eccessivo. Si tratta di ipotesi

che dovrebbero configurarsi alternative fra loro. Se il singolo Operatore Economico può aggiudicarsi solo alcuni lotti, allora dovrebbe poter partecipare a tutti i lotti oggetto di aggiudicazione.

Opzione scelta

L'osservazione non è accolta in quanto l'art 51, comma 3 del Codice consente alla stazione appaltante di limitare il numero dei lotti che possono essere aggiudicati “*anche ove esista la facoltà di presentare offerte per alcuni o per tutti i lotti*”.

Divisione in lotti – Lotti geografici – Lotti prestazionali - Rapporto di specialità - Obbligo di motivazione - Sussiste

E' stato chiesto di chiarire che la motivazione per la mancata divisione in lotti, ai sensi dell'art. 51 del Codice, si riferisca solo ai lotti prestazionali e funzionali e non ai lotti geografici.

Opzione scelta

L'osservazione non è accolta poiché la nozione di lotto geografico risulta essere una *species* del *genus* del lotto funzionale. Ne deriva che deve essere motivata la mancata suddivisione in lotti, anche nel caso di mancata suddivisione di un lotto geografico.

Divisione in lotti - Importo a base di gara – Aggregazione del mercato

E' stato osservato che sembrerebbe opportuno che l'importo a base di gara non sia eccessivamente elevato tale da precludere la partecipazione delle piccole e medie imprese, stante la necessità di evitare la polverizzazione delle commesse e nell'ottica di una domanda pubblica orientata a facilitare l'aggregazione di impresa.

Opzione scelta

L'osservazione non è accolta, anche perché appare di significato contraddittorio. E' noto che il recente Codice, nell'ottica di favorire la partecipazione alle gare delle piccole e medie imprese, ha imposto, ai sensi dell'art. 51, comma 1, alle stazioni appaltanti l'obbligo motivazionale nel caso di scelta di lotto unico. Pertanto, fermo restando l'esercizio della discrezionalità amministrativa nella scelta della suddivisione sulla base del motivato riscontro delle proprie esigenze, la suddivisione in lotti appare configurarsi quale regola, mentre la concentrazione della commessa in unico lotto quale eccezione.

4. Durata dell'appalto, importo a base di gara, opzioni

Sul punto 4, relativo alla durata dell'appalto, all'importo a base di gara, nonché alle opzioni hanno prodotto specifiche osservazioni i seguenti soggetti: Azienda ospedaliera Cardarelli di Napoli, Provincia di Avellino, Angem, Associazione Europea del Partenariato Pubblico Privato, Olimpia Agency SpA, Legacoop, Federauto, Comune di Trieste, Unipol SAI, Centrale di committenza dell'Unione dei comuni del distretto ceramico, Fastweb Spa, Federlavoro, Studio legale Ristuccia Tufarelli, Consip, Assosistema, Anci, Itaca.

Durata del contratto – Opzioni – Rinnovo - Servizi analoghi – Nozioni - Categorie - Chiarimento

E' stato osservato che il termine “opzioni” risulta improprio: il Codice ne parla solo per la proroga, mentre il Disciplinare- tipo usa tale termine anche con riferimento ai servizi analoghi. In riferimento alle opzioni si ritiene che la previsione di cui all'art. 63 comma 5 del Codice non debba essere ivi ricompresa, in quanto la ripetizione di servizi analoghi costituisce una procedura negoziata senza preventiva pubblicazione del bando e non un'opzione.

Opzione scelta

L'osservazione non è accolta. Si osserva che l'art. 35, comma 4, del Codice richiede che - nel calcolo del valore complessivo - siano comprese tutte le eventuali opzioni ed i rinnovi, senza contemplare ulteriori "categorie". I servizi analoghi, non essendo assimilabili ad un rinnovo, devono essere ricondotti alla categoria dell'opzione - poiché devono essere calcolati nel valore complessivo dell'art. 35 del Codice - risultando indifferente la procedura di affidamento.

Durata del contratto – Prolungamento - Proroga tecnica – Ulteriori ipotesi – Illegittimità

E' stato suggerito di sostituire la clausola sulla modifica della durata del contratto aggiungendo una ulteriore ipotesi formulata nel seguente modo "*potrà essere modificata, in ogni caso, per il tempo ...*".

Opzione scelta

L'osservazione non è accolta. La disciplina adottata recepisce le forme di prolungamento del contratto legittimamente adottabili dalle stazioni appaltanti. La modifica del contratto può avvenire in caso di proroga tecnica, così come disciplinata dall'art. 106, comma 11, del Codice, che limita espressamente le ipotesi di prolungamento della durata contrattuale al tempo strettamente necessario alla conclusione delle procedure necessarie per l'individuazione di un nuovo contraente. Pare, pertanto, illegittima l'introduzione di ulteriori ipotesi di modifica della durata, non previste dalla legge.

Proroga tecnica – Importo dell'appalto - Computazione – Non possibile

E' stato osservato che la proroga tecnica dovrebbe essere quantificata e computata nell'importo complessivo dell'appalto.

Opzione scelta

L'osservazione non è accolta. La proroga tecnica è un'opzione la cui durata e il cui importo non sono né prevedibili, né quantificabili alla data di pubblicazione del bando. Del resto, la riproduzione del relativo testo normativo appare l'unica opzione consentita (art. 106, comma 11). Nondimeno, il Disciplinare ha previsto che, ove le stazioni appaltanti lo ritengano possibile, esse possano procedere a una stima di massima ai fini del computo sulla base d'asta.

Quinto d'obbligo – Previsione nel disciplinare – Non necessaria

E' stato richiesto di prevedere l'enunciazione della possibilità del ricorso al quinto d'obbligo e/o il prolungamento del contratto con ricorso alle economie di gara.

Opzione scelta

L'osservazione non è accolta. L'art. 106, comma 12 del Codice non richiede che il ricorso al quinto d'obbligo sia specificato nel disciplinare.

Estensione della durata contrattuale - Parità di importo - Previsione nel disciplinare – Modifiche previste - Clausola chiara, precisa e inequivocabile – Ipotesi già contemplata

E' stato richiesto di inserire la facoltà della stazione appaltante di prorogare la sola durata del contratto, nel caso in cui il corrispettivo non si sia esaurito alla naturale scadenza contrattuale.

Opzione scelta

L'osservazione non è stata accolta. Si evidenzia tuttavia che la proroga della semplice durata del contratto - che la stazione appaltante può disporre nel caso in cui il corrispettivo non si sia esaurito alla naturale scadenza contrattuale - deve ritenersi ricompresa nelle modifiche che la stazione appaltante può disporre ai sensi dell'art. 106, comma 1, lett. a) ovvero lett. e) del Codice, a seconda dei casi. Le modifiche ai sensi dell'art. 106, comma 1 lett. a) sono state previste nel Disciplinare; quanto alle modifiche non sostanziali, previste dall'art. 106, comma 1, lett. e) del Codice, ove ritenuto opportuno, la

stazione appaltante può inserire nel disciplinare eventuali soglie di importi per consentire le modifiche, come meglio chiarito in nota illustrativa.

Prezzi di riferimento – Settore sanitario – Settori ordinari - Distinzione – Effetti – Rinvio

È stato richiesto di precisare la differenziazione tra i prezzi di riferimento previsti per il settore sanitario di cui al D.l. 98/11 e quelli di riferimento in ambito non sanitario di cui al D.l. 66/2014.

Infatti, il predetto D.l. 98/11 (settore sanitario) all'art. 17 attribuisce all'Osservatorio dei contratti pubblici di pubblicare le elaborazioni dei prezzi di riferimento relativamente a dispositivi medici, farmaci per uso ospedaliero, servizi sanitari e non sanitari, individuati dall'Agenzia AGENAS tra quelli con maggiore impatto sulla spesa sanitaria complessiva e tali prezzi sono da intendersi orientativi, fermo restando la necessità di motivare nella delibera a contrarre la peculiarità della fornitura/servizio che hanno indotto ad un seppur lieve scostamento dai prezzi di riferimento. Di contro, il D.l. 66/2014, all'art. 9, comma 7, ha previsto che - nelle more del perfezionamento delle attività concernenti la determinazione annuale dei costi standardizzati per tipo di servizio e fornitura - l'Autorità debba fornire alle amministrazioni pubbliche una elaborazione dei prezzi di riferimento alle condizioni di maggiore efficienza di beni e servizi, tra quelli di maggiore impatto in termini di costo a carico della pubblica amministrazione. In tal senso, i prezzi di riferimento pubblicati dall'ANAC *“sono utilizzati per la programmazione dell'attività contrattuale della PA e costituiscono prezzo massimo di aggiudicazione, anche per le procedure di gara aggiudicate all'offerta più vantaggiosa, in tutti i casi in cui non è presente una convenzione stipulata ai sensi dell'art. 26, comma 1, della l. 23/12/1999 n. 488, in ambito nazionale ovvero nell'ambito territoriale di riferimento. I contratti stipulati in violazione di tale prezzo massimo sono nulli”*. Pertanto, si dovrebbe tenere conto di questa distinzione tra ambito sanitario e non sanitario, nonché della recente normativa che prevede che i prezzi a base d'asta devono essere comprensivi dei costi relativi ai rischi interferenziali ed alla manodopera.

Opzione scelta

L'osservazione non è accolta. La questione – pur rivestendo una notevole importanza, anche in termini di stabilità del contratto e della sua efficacia - non può essere risolta in sede di Bando tipo generale sui servizi, ma attiene a specifici profili che si pongono con riferimento al settore sanitario. In tal senso, fermo restando che l'applicazione a specifici settori necessariamente comporta l'inserimento di deroghe al Bando tipo generale, in ragione della specialità settoriale di volta in volta nota ai singoli operatori pubblici del settore, si recepisce l'esigenza di evidenziare in future, specifiche Linee guida un approfondimento sulla disciplina dei prezzi di riferimento.

5. Soggetti ammessi in forma singola e associata e condizioni di partecipazione

Sul punto 5, relativo ai soggetti ammessi in forma singola e associata e alle condizioni di partecipazione hanno formulato specifiche osservazioni i seguenti soggetti: Provincia di Avellino, Associazione Europea del Partenariato Pubblico Privato, Legacoop, Federlavoro, Consip, Università di Trieste, Provincia Autonoma di Trento, Studio Ristuccia Tufarelli, Itaca.

Partecipazione in RTI – Concordato preventivo con continuità aziendale omologato – Mandataria – Divieto di partecipazione

E' stato osservato che non è chiaro se un'impresa in concordato preventivo, con continuità aziendale, già omologato, possa partecipare quale mandataria.

Opzione scelta

Si chiarisce che la procedura di concordato preventivo, per le finalità proprie della partecipazione alle gare pubbliche e degli adempimenti necessari, si esaurisce con il decreto di omologa (artt. 180 e 181 R.D. 267/1942). Successivamente all'omologa e quindi alla chiusura della procedura viene meno la causa ostativa alla partecipazione alla gara d'appalto (Cons. Stato, Sez. III, 2305/2012 e sez. V Ord. 19 gennaio 2017 n. 158; TAR Trento, 24 maggio 2017 n. 179).

Cause di esclusione – Previsione – Richiesta di integrazione elenco – Non esaustività

E' stato osservato che mancano alcune tipiche cause di esclusione oltre a quelle elencate al punto 5. Tra queste, sono state indicate a titolo di esempio: il verificarsi di una delle ipotesi di cui all'art. 48, commi 7 e 9, del Codice; o il verificarsi dell'ipotesi di cui all'art. 89, comma 7, del Codice; o il verificarsi dell'ipotesi di Pantouflage; o il caso di concorrente con sede in un paese incluso nella black list; o il caso di arrivo tardivo del plico contenente l'offerta; o arrivo del plico gravemente lacerato; o mancanza del pagamento del contributo all'Anac e/o la mancata costituzione della garanzia provvisoria, entro il termine di presentazione dell'offerta; o la sussistenza di casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'Offerta, per difetto di sottoscrizione; o la presenza nell'offerta tecnica di elementi riferibili all'offerta economica o la mancanza dell'indicazione, sul plico contenente l'offerta, della gara a cui si riferisce e/o dei concorrenti mittenti; o il mancato possesso dei requisiti speciali e/o professionali.

Opzione scelta

L'osservazione non è accolta. Le diverse ipotesi di cause di esclusione sono già inserite nell'articolato del disciplinare o discendono direttamente dalla norma di legge, pertanto non appare necessario riassumerle in un unico articolo. A miglior chiarimento, tuttavia, è stata modificata la rubrica del punto 6 nel senso di espungere il riferimento alle cause di esclusione, le quali saranno pertanto da rinvenire di volta in volta nel Disciplinare o nel Codice stesso.

6. Requisiti generali

Sul punto 6, relativamente ai requisiti generali, hanno prodotto specifiche osservazioni i seguenti soggetti: Città metropolitana di Reggio Calabria, Provincia di Avellino, Angem, Associazione Europea del Partenariato Pubblico Privato, Legacoop, Consip, Assosistema, Itaca.

White list – Requisiti generali – Comunicazione e informazione antimafia – DGUE – Non è assorbente

E' stato osservato che la richiesta di iscrizione alla *white list* sarebbe da ritenersi assorbita dalla dichiarazione dell'articolo 80, già presente nel DGUE, nella parte in cui viene richiesta la dichiarazione relativa alle norme antimafia.

Opzione scelta

L'osservazione non è accolta. Si osserva che la clausola relativa alla *white list* impone oneri formali in capo all'operatore economico, diversi e ulteriori rispetto alla mera dichiarazione dell'art. 80, anche nella forma standard prevista dal DGUE. Al riguardo va precisato che ai sensi dell'art. 83 della l. 159/2011, la documentazione antimafia (comunicazione e informazione) è prevista quale presupposto necessario per la sola stipula del contratto, non già per la partecipazione alla gara. È l'art. 80 del Codice che fa esplicita menzione della comunicazione e dell'informazione per la partecipazione alla gara, tuttavia nessuna disposizione del Codice richiama espressamente l'iscrizione in white list. A questo proposito, tuttavia, non si può fare a meno di considerare che per le attività imprenditoriali individuate e descritte dall'art. 1, comma 53, l. 190/2012, i soggetti di cui all'art. articolo 83, commi 1 e 2, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, acquisiscono tale documentazione (la comunicazione e l'informazione antimafia liberatoria) necessariamente attraverso la consultazione, anche in via

telematica, dell'apposito elenco di fornitori denominato *white list*. Questa modalità, dunque, è da ritenersi implicitamente richiamata dall'art. 80 nella parte in cui si riferisce al requisito dell'informazione antimafia liberatoria. Pertanto, nel caso di appalto nei suindicati settori, il Disciplinare deve richiedere la dichiarazione dell'avvenuta iscrizione nell'elenco ovvero copia dell'avvenuta presentazione della domanda.

7. Requisiti speciali e mezzi di prova

Sul punto 7, relativo ai requisiti speciali e ai mezzi di prova, hanno prodotto specifiche osservazioni i seguenti soggetti: Giuseppe Lannuzzi, Daniela Albonetti, Provincia di Avellino, Angem, Associazione Europea del Partenariato Pubblico Privato, Legacoop, Consip, Assosistema, Olimpia Agency Spa, Azienda Ospedaliera Universitaria di Modena, Federauto, Comune di Trieste, Azienda Ospedali Riuniti Ancora, Ecoeridiana, Azienda Sanitaria Unica Regione Marche, Medtronic Italia SpA, Università di Trieste, Accredia, Mengozzi Spa, Provincia autonoma di Trento, Studio legale Ristuccia Tufarelli, Anci, Itaca.

Le osservazioni pervenute sull'art. 7 sono esaminate ed esposte, partitamente, secondo la seguente articolazione.

- a) Requisiti speciali in generale
- b) Requisiti di idoneità professionale;
- c) Requisiti di capacità economica e finanziaria
- d) Requisiti di capacità tecnica e professionale
- e) Indicazioni per i raggruppamenti temporanei, consorzi ordinari, aggregazioni di imprese di rete e Geie;
- f) Indicazioni per i consorzi di cooperative e di imprese artigiane e i consorzi stabili.

a) Requisiti speciali in generale

Idonee referenze bancarie – Mancato inserimento tra i requisiti economici

E' stato osservato che nel disciplinare non è stato inserito il requisito facoltativo delle idonee dichiarazioni bancarie, di cui all'allegato XVI, parte I, lett. a) del Codice; sul presupposto dell'utilità delle stesse, analoga osservazione è stata mossa domandando di fornire un testo standard di dichiarazione bancaria che debba essere accettato dalle stazioni appaltanti.

Opzione scelta

L'osservazione non è accolta. Si ribadisce quanto espresso nella relazione illustrativa. Il Codice non contempla le cd "*idonee dichiarazioni bancarie*", le quali rimangono citate esclusivamente nell'allegato XVII, parte I, in forma non meglio specificata. Peraltro, spesso, in via di fatto, la richiesta delle idonee referenze bancarie non è stata interpretata dagli istituti bancari nel senso che essi dovessero riferire sulla qualità dei rapporti in atto con le società oggetto di richiesta (correttezza e puntualità di queste nell'adempimento degli impegni assunti con l'istituto, assenza di passività con lo stesso istituto o con altri soggetti, sempre che tali situazioni fossero desumibili dai movimenti bancari o da altre informazioni in loro possesso) come la giurisprudenza amministrativa aveva avuto modo, per contro, di puntualizzare (cfr. Cons. Stato, sez. V, 9 marzo 2015, n. 1168, Cons. Stato Sez. IV, 22 novembre 2013, n. 5542). Comunque non è escluso che le stazioni appaltanti, nell'esercizio della loro discrezionalità nel definire i requisiti per l'ammissione, possano richiedere le referenze bancarie, se ritenute proporzionate, ragionevoli oltre che pertinenti e logicamente connesse all'oggetto dell'appalto e allo scopo perseguito.

b) Requisiti di idoneità professionale

Iscrizione registri o albi - Comprova del requisito – Inserimento in Avcpass – Non necessario

E' stato osservato che - per la comprova dell'iscrizione in registri e albi per i quali non esiste un collegamento diretto con Avcpass - il concorrente dovrebbe inserire autonomamente la documentazione nel sistema medesimo. Ciò è stato criticato in quanto ritenuto illegittimo ai sensi del d.p.r. 445/2000 che vieta alla pubblica amministrazione di richiedere ai cittadini di presentare documenti detenuti da altre pubbliche amministrazioni.

Opzione scelta

L'osservazione è fondata e la modifica è accolta, in accordo con gli artt. 40 e 43 del DPR 445/00.

c) Requisiti di capacità economica e finanziaria

Rischi professionali - Polizza assicurativa – Deposito - Originale o copia autenticata

E' stato osservato che la polizza sulla copertura assicurativa di cui all'art. 83, comma 4 lett. c) del Codice, di regola, dovrebbe essere presentata in originale o copia autenticata.

Opzione scelta

L'osservazione non è fondata e non merita accoglimento. Si conferma l'opzione già individuata nel disciplinare di gara del deposito della sola copia conforme, in quanto non si tratta di una polizza assicurativa specifica per l'appalto, ma di un documento che rimane nella disponibilità dell'operatore per l'esercizio della proprio attività e di cui non può privarsi. Per questo motivo, è stato confermato che non si può richiedere il deposito dell'originale del documento stesso.

Fatturato minimo annuo – Inserimento nel Disciplinare - Richiesta di motivazione – Necessaria

E' stato osservato che la scelta del fatturato minimo annuo dovrebbe non richiedere l'obbligo di motivazione, in quanto la disciplina comunitaria e nazionale avrebbero previsto la motivazione, esclusivamente per il caso di superamento del doppio del valore stimato del contratto.

Opzione scelta

L'osservazione non è accolta. Si osserva, invero, che la norma prevede una motivazione rafforzata per il caso di detto superamento, pur prevedendo che - ove la stazione appaltante richieda un requisito di fatturato minimo annuo - essa debba comunque indicarne le ragioni nei documenti di gara. Si osservi, in proposito, che l'art. 83, comma 5, secondo periodo del Codice, prevede esplicitamente che "la stazione appaltante, ove richieda un fatturato minimo annuo, ne indica le ragioni nei documenti di gara". Peraltro, tale previsione appare in linea di continuità con quanto previsto dall'art. 41, comma 2, D. lgs 163/2006, così come modificato dal d.l. 95/2012, il quale disponeva che "sono illegittimi i criteri che fissano senza congrua motivazione limiti di accesso connessi al fatturato aziendale".

Requisiti economici – Indici finanziari – Requisito ulteriore e sovrabbondante – Rapporto tra attività e passività - Non sussiste

E' stato osservato che tra i requisiti di capacità economica e finanziaria è previsto, seppur in via eventuale, il rispetto di specifici "indici finanziari". Considerato che, per costante giurisprudenza, la richiesta di requisiti ulteriori rispetto a quelli previsti dal Codice, deve ritenersi ammissibile solo ove gli stessi siano ragionevoli, proporzionati e logicamente connessi all'oggetto dell'appalto, la previsione di tali indici, quale requisito di partecipazione, deve ritenersi inammissibile.

Opzione scelta

L'osservazione non è accolta. Si evidenzia che il requisito è previsto dal Codice all'art. 83, comma 4, lett. b) (informazioni sui conti annuali che evidenzino particolari attività e passività). Sono stati rimossi

gli esempi relativi agli indicatori, la cui scelta è dunque lasciata alla discrezionalità della stazione appaltante.

Requisiti speciali – Obbligo di motivazione – Fatturato medio – Fatturato minimo

In riferimento ai requisiti speciali e ai mezzi di prova, nella parte relativa ai requisiti di capacità economica e finanziaria, viene richiesto alle stazioni appaltanti di motivare, ai sensi dell'art. 83, comma 5, la richiesta di tale tipologia di requisito. Tale richiesta non appare suffragata dal dettato legislativo, in quanto l'obbligo di motivazione è previsto solo ove l'amministrazione richieda il possesso di un determinato fatturato minimo annuo. Nulla, relativamente all'obbligo di motivazione, è previsto dal Codice in riferimento a quello che viene definito, nel bando tipo, "fatturato globale medio".

Opzione scelta

L'osservazione non può essere accolta. Il fatturato medio deriva da una interpretazione pro concorrenziale della norma sul fatturato minimo relativo all'anno antecedente. Ciò non esonera le stazioni appaltanti dall'obbligo di indicare le ragioni di tale scelta nei documenti di gara, qualora propendano per la scelta del fatturato medio nel triennio antecedente.

Requisiti speciali – Idonee referenze bancarie – Contemperamento - Discrezionalità della stazione appaltante

E' stata contestata la scelta di selezionare i requisiti a comprova della capacità economica e finanziaria mediante l'eliminazione delle "idonee referenze bancarie" atteso che le stesse sono contemplate dall'allegato XVII "Mezzi di prova dei criteri di selezione" a cui rinvia l'art. 86, comma 4, del Codice. Pur nella consapevolezza che il rilascio delle stesse comporta un costo per l'operatore economico che ne richiede il rilascio, le stesse rappresenterebbero una garanzia per la stazione appaltante, specialmente in gare sopra soglia, sulla qualità dei rapporti in atto tra gli istituti bancari e le aziende per le quali le referenze sono richieste, quali la correttezza e la puntualità di queste ultime nell'adempimento degli impegni assunti con l'Istituto e l'assenza di situazioni passive con lo stesso Istituto o con altri soggetti.

Opzione scelta

L'opzione non può essere accolta. Al riguardo si precisa che quand'anche non sia stata espressamente annoverato il criterio delle referenze bancarie tra gli altri previsti nel disciplinare, lo stesso è stato menzionato nella nota illustrativa, essendo esso contemplato dall'allegato XVII. Tale criterio nell'esercizio della discrezionalità delle singole stazioni appaltanti potrà essere utilizzato e valorizzato in ossequio al generale principio secondo cui sono ammessi i requisiti aggiunti rispetto a quelli contemplati dal codice (art.83) a condizione che questi siano proporzionati, ragionevoli oltre che pertinenti e logicamente connessi all'oggetto dell'appalto e allo scopo perseguito.

Avcpass – Requisiti – Documenti in possesso di altre amministrazioni

E' stato osservato che non può essere richiesta agli operatori economici la presentazione di documenti, anche relativi ai requisiti economico-finanziari e tecnico-professionali, detenuti da altre amministrazioni. L'eventuale richiesta di certificati deve essere inoltrata direttamente alle amministrazioni certificanti o, in alternativa, potrà essere richiesta al cittadino solo la produzione di dichiarazioni sostitutive di certificazione o dell'atto di notorietà.

Opzione scelta

L'obiezione è parzialmente accolta. Si rimanda alle modalità prescritte dalla Delibera Anac 157/2016 per l'acquisizione, nel sistema Avcpass, dei documenti a comprova dei requisiti. In detta delibera sono indicati i documenti a comprova che devono essere acquisiti autonomamente dalla Stazione appaltante (art. 6), mentre i documenti ivi non previsti devono essere forniti dall'Operatore economico. Salvo i

certificati attestanti l'avvenuta esecuzione di servizi e forniture presso pubbliche amministrazioni che fanno eccezione, in virtù del periodo transitorio previsto in art. 9, comma 2, in attesa della attivazione della Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici.

Avcpass – Deposito di certificati - Mancato inserimento – Conseguenze

E' stato osservato che non è chiaro cosa succeda nel momento in cui il concorrente non adempie alla prescrizione "i certificati equivalenti, conformi a quanto disposto dall'art. 43 del Codice o la documentazione probatoria relativa all'impiego di misure equivalenti sono inseriti nel sistema AVCPass dai concorrenti". Tale specifica è peraltro presente anche in altre successive parti del Disciplinare di gara.

Opzione scelta

Si osserva che il ricorso al sistema di Avcpass è obbligatorio ai sensi dell'art. 81, comma 1 e 216, comma 13 (disposizioni transitorie), del Codice.

Documenti a comprova – Mezzi di prova – Richiesta di flessibilità

Sono state mosse diverse osservazioni sulla opportunità di inserire una maggiore flessibilità con riguardo ai mezzi di prova a dimostrazione dei requisiti economici e tecnici.

Opzione scelta

L'osservazione è meritevole di accoglimento. Il disciplinare è stato modificato, lasciando ampia discrezionalità alle stazioni appaltanti nell'individuare i mezzi di prova ritenuti più adeguati.

Richiesta di fatturato specifico – Servizio analogo – Specificazioni – Ambito semantico

E' stato richiesto di specificare il corretto significato da attribuire al termine servizi di attività oggetto dell'appalto ai sensi dell'art. 83, comma 4, lett. a) e di chiarire come circoscriverne al meglio l'ambito semantico.

Opzione scelta

Il fatturato specifico è requisito idoneo a dimostrare la solidità dell'operatore nel settore/ambito di attività all'interno del quale rientra l'oggetto dell'appalto. Pertanto, il fatturato specifico nel settore oggetto dell'appalto va inteso in senso più ampio rispetto all'oggetto dell'appalto stesso. In questo senso, l'ambito di attività è qualcosa che supera e trascende l'oggetto dell'appalto. Diversamente, si deve intendere l'elenco dei servizi/forniture, che attesta una capacità tecnica, il quale deve essere specifico e analogo (non identico) all'oggetto dell'appalto (e non al settore) poiché tale requisito dimostra una specifica competenza e capacità dell'operatore economico di eseguire l'appalto.

Copertura assicurativa – Rischi professionali – Operatori economici – Tipo di polizza

E' stato osservato che il requisito della copertura assicurativa contro i rischi professionali non è applicabile alle aziende ma solo ai professionisti in quanto le imprese possiedono una polizza RCT/O mentre quella dei rischi professionali è tipica dei liberi professionisti.

Opzione scelta

L'osservazione è accolta. La clausola è stata resa più generica al fine di adattarla ai singoli casi.

d) Requisiti di capacità tecnica e professionale

Servizi/forniture svolti - Committenti privati – Comprova – Autodichiarazione – Non ammissibile

E' stato osservato che, nell'elenco dei servizi svolti negli ultimi tre anni di cui alla lett. g), non è stata offerta la facoltà di comprovare mediante autodichiarazione il contratto di servizi o forniture svolto a favore di committenti privati.

Opzione scelta

L'osservazione non è stata accolta. Si osserva che l'ambito di operatività dell'autocertificazione ai sensi del DPR 445/2000 non involge i documenti che risultino in possesso di soggetti terzi privati.

Subappalto qualificante – Disciplinare servizi – Applicazione analogica - Avvenuta soppressione

E' stato osservato che sarebbe inopportuna la clausola del disciplinare che, in analogia a quanto previsto per i lavori, consentirebbe il ricorso al subappalto qualificante anche nel disciplinare servizi, precisamente al NB dell'art. 7.3.

Opzione scelta

L'osservazione, ripetuta da molteplici osservatori, è stata ritenuta meritevole di accoglimento e - per esclusive ragioni di opportunità - la clausola è stata soppressa, ancorché non si evidenzino motivi di illegittimità di una previsione analoga a quanto previsto per i lavori.

Certificazione di qualità – Richiesta di specificazioni

E' stata rilevata la necessità di fornire un maggiore dettaglio in relazione ai requisiti relativi alla richiesta di valutazione di conformità con la proposta di integrare le previsioni del disciplinare, con riferimento sia alle caratteristiche degli attestati sia a quelle degli enti che li rilasciano.

Opzione scelta

L'osservazione appare fondata, il disciplinare è stato rielaborato *in parte qua*.

e) Requisiti in caso di raggruppamenti temporanei di impresa e consorzi

Requisito di fatturato globale – Requisito di fatturato specifico – Raggruppamenti temporanei - Quota di partecipazione – Corrispondenza

E' stato osservato che i requisiti del fatturato globale e specifico devono essere posseduti da ciascun operatore economico nella misura corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento/consorzio/GEIE (fatta salva la disciplina specifica per i consorzi stabili). Viceversa si configurerebbe una sorta di avvalimento automatico.

Opzione scelta

L'osservazione non può essere accolta. Si deve rammentare che la ratio del RTI è quella di allargare lo spettro dei soggetti partecipanti e quindi di ampliare lo spettro della concorrenza e la partecipazione alla gara. L'istituto dell'avvalimento condivide la stessa *ratio* pro concorrenziale dell'associazione di imprese e – sotto il profilo teleologico, nella misura in cui sono tesi ad ampliare la concorrenza - i due istituti possono essere ritenuti omogenei. Tuttavia, l'avvalimento nel raggruppamento si pone quale istituto cui ricorrere nel caso in cui vengano poste delle limitazioni, per così dire, interne nel disciplinare, le quali impediscano la confusione o la comunicazione dei requisiti tra un soggetto e l'altro partecipante al RTI. In tal senso, anche l'affermazione di “una sorta di avvalimento automatico” appare non corretta. Nella disciplina del nuovo Codice e nel presente disciplinare è stata consentita *a priori* la massima flessibilità nella dimostrazione dei requisiti in caso di RTI o altri soggetti associati; ciò esclude fin dal principio che possa sorgere l'esigenza che lo scambio dei requisiti avvenga con il ricorso all'istituto dell'avvalimento. In altri termini, la confusione dei requisiti avviene principalmente ed esclusivamente mediante lo strumento associativo/societario e non mediante quello contrattuale.

Quote del requisito e quota di esecuzione – Corrispondenza

E' stato osservato che sarebbe opportuno precisare, laddove si fa riferimento al fatturato specifico nei raggruppamenti temporanei, che non è richiesta la coincidenza tra quota di requisito posseduto e quota di esecuzione delle prestazioni.

Opzione scelta

Il Codice non prevede tale corrispondenza con riferimento agli appalti di servizi e forniture. Si osserva, sul punto, che non vi è alcuna clausola del disciplinare che imponga la corrispondenza tra quota dei requisiti e quota di esecuzione. La stazione appaltante può, tuttavia, indicare delle misure di possesso dei requisiti secondo quanto ritiene opportuno.

f) Consorzi stabili e consorzi di cooperative e di imprese artigiane

Partecipazione alle gare – Requisiti – Qualificazione - Consorzi stabili- Consorzi di cooperative – Distinzione - Sussiste

E' stato osservato che il Disciplinare distingue la qualificazione del consorzio stabile da quella del consorzio di cooperative, i quali tradizionalmente sono sempre stati considerati unitamente, come appartenenti alla stessa *species* e dunque destinatari della medesima disciplina.

Opzione scelta

L'osservazione appare fondata, tuttavia, è lo stesso articolo 47 del Codice a disporre - per la qualificazione dei due tipi di consorzi - una disciplina unitaria nel primo comma e una disciplina applicabile solo ai consorzi stabili, nel secondo comma. In mancanza di una eventuale modifica legislativa, l'obiezione alla luce della norma positiva non può essere accolta.

Requisiti di partecipazione - Criteri di aggiudicazione – Sovrapposizione - Sussiste

È stato osservato che i requisiti tecnico-professionali di cui all'art. 7.3 del Disciplinare alle lett. i), j), k), h), o), p) e q) sembrano parzialmente sovrapponibili ai criteri di aggiudicazione di cui all'art. 95, comma 6, del Codice.

Opzione scelta

Si osserva che i citati elementi tecnico- professionali possono essere previsti e utilizzati dalla stazione appaltante, nel Disciplinare, come requisiti di ammissione oppure come criteri di aggiudicazione. Lo stesso elemento non potrà comparire nel disciplinare nella doppia veste di requisito e di criterio.

8. Avalimento

Sul punto 8, relativo all'avvalimento, hanno prodotto specifiche osservazioni i seguenti soggetti: Area Blu S.p.A., Provincia di Avellino, Associazione Europea del Partenariato Pubblico-Privato, Comune di Trieste, Comune di Vedelago, Federlavoro, Università di Trieste, Markas S.r.l., Accredia, Studio Ristuccia Tufarelli, CONSIP, Itaca.

Avalimento – Ausiliario – Subappaltatore – Obbligo di indicazione nella terna – Non sussiste

È stato chiesto di chiarire se - affinché l'ausiliaria assuma il ruolo di subappaltatore - debba essere indicata nella terna o basti la semplice indicazione come ausiliaria.

Opzione scelta

Si osserva che l'art. 89, comma 8, del Codice prevede che l'ausiliaria possa assumere il ruolo di subappaltatore nei limiti dei requisiti prestati. In tale caso non è richiesto al concorrente di indicare il nominativo nella terna, essendo sufficiente averla indicata in gara come ausiliaria.

Avvalimento – Beni culturali – Divieto – Disciplinare generale – Non sussiste

È stato osservato che non è stata considerata la possibilità di divieto di avvalimento nel caso degli appalti su beni culturali (art. 146, comma 3, D. Lgs 50/2016), che non pare limitato ai lavori.

Opzione scelta

Il rilievo non può essere accolto. Trattasi di materia che esula dalla trattazione generale della disciplina di gara contenuta nel Disciplinare tipo generale servizi e forniture.

Avvalimento – Mendacio – Esclusione ed escussione – Mancanza requisiti – Sostituzione dell'operatore – Rilevata contraddittorietà – Criteri interpretativi

E' stato osservato che l'art. 89, comma 1, penult. per, e l'art. 89, comma 3, sono in contraddizione interna in quanto nel primo comma si afferma che la stazione appaltante esclude il concorrente ed esclude la garanzia, mentre nel terzo comma si dispone che la stazione appaltante impone all'operatore economico di sostituire l'ausiliario che non soddisfa il pertinente criterio di selezione.

Opzione scelta

La sollecitata aporia normativa deve essere risolta in via interpretativa, così come meglio argomentato in relazione illustrativa. Le previsioni dell'art. 89, comma 1 secondo cui nel caso di dichiarazioni mendaci, è escluso il concorrente dalla gara, e del comma 3 del medesimo articolo, che impone la sostituzione dell'ausiliario privo dei requisiti o con a carico una causa di esclusione, rendono necessario un loro coordinamento al fine di evitare l'ipotesi di aporia, segnalata dall'osservazione.

La soluzione al problema passa attraverso le seguenti specificazioni.

Nel caso in cui l'ausiliario perda i requisiti prima della scadenza del termine di presentazione dell'offerta, e in ordine agli stessi siano rese delle dichiarazioni non veritiere, la stazione appaltante procede all'esclusione del concorrente dalla gara; nel caso in cui, invece, il requisito speciale dichiarato non risulti adeguato e conforme (per natura e importo) alle prescrizioni contenute nel disciplinare ovvero nel caso in cui dalle dichiarazioni fornite si appalesi presente una causa di esclusione di cui all'art. 80, la stazione appaltante consente la sostituzione dell'ausiliario.

Nel caso di perdita del requisito dopo l'ammissione del concorrente, in corso di gara, ovvero dopo l'aggiudicazione della stessa, la stazione appaltante consente la sostituzione dell'ausiliario.

Avvalimento – Ausiliaria – Sostituzione – Replicabilità

E' stato osservato che appare opportuno chiarire che la sostituzione dell'ausiliaria sia possibile solo una volta per ogni ausiliaria.

Opzione scelta

Il rilievo non merita accoglimento. Non si ravvisano impedimenti normativi a una pluralità di sostituzioni.

Avvalimento – Ausiliaria – Sostituzione – Limiti temporali – Non sussistono

E' stato osservato che la sostituzione dovrebbe essere consentita soltanto prima dell'apertura delle offerte tecniche ed economiche e, perciò, nella fase di verifica della documentazione amministrativa

Opzione scelta

Il rilievo non merita accoglimento. Non si ravvisano, nella norma, limiti temporali alla possibilità di sostituzione.

Avvalimento – Requisiti di ammissione – Criteri di valutazione – Punteggio dell'offerta tecnica – Rilevanza - Non sussiste

E' stato osservato che la sostituzione è consentita anche nella fase di controllo dei requisiti dell'aggiudicatario, preliminarmente all'aggiudicazione definitiva: in tale caso, se il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa è quello del rapporto qualità/prezzo o costo/efficacia, l'ausiliaria subentrata deve avere obbligatoriamente almeno i medesimi requisiti dell'ausiliaria sostituita che sono stati valutati ai fini del punteggio dell'offerta tecnica.

Opzione scelta

Il rilievo non merita accoglimento. Infatti, l'istituto dell'avvalimento è idoneo a produrre un beneficio con riguardo ai soli requisiti di ammissione dell'operatore economico, senza che tali requisiti assumano rilevanza sui criteri di valutazione.

Avvalimento - Certificazione di qualità – Valutazioni di conformità

E' stato richiesto di precisare che se si intende sottrarre tutti i requisiti di natura strettamente soggettiva alla possibilità di ricorso all'avvalimento, non è sufficiente fare riferimento al divieto di utilizzo dell'istituto per le "certificazioni di qualità", ma appare necessario estendere il divieto a tutte le "valutazioni di conformità" nonché allo status di soggetto accreditato per il rilascio delle stesse.

Opzione scelta

Il rilievo è assorbito dalla rinnovata precisazione delle modalità di esercizio dell'avvalimento sulle valutazioni di conformità. La possibilità di ricorrere all'avvalimento per le valutazioni di conformità, conformemente a Consiglio di Stato, Sentenza 27 luglio 2017, n. 3710, richiede che l'esecuzione stessa avvenga da parte della ausiliaria o che, comunque, l'ausiliaria che presta requisiti di qualità dimostri che gli stessi sono stati utilizzati di fatto nella esecuzione. Tale principio pare insuperabile anche alla luce della l. di delega 11/2016, nella parte in cui ammette l'avvalimento della certificazione di qualità: ivi si afferma infatti la lett. zz) che il contenuto minimo necessario del contratto di avvalimento dovrà indicare "le risorse e i mezzi prestati, con particolare riguardo ai casi in cui l'oggetto di avvalimento sia costituito da certificazioni di qualità o certificati attestanti il possesso di adeguata organizzazione imprenditoriale ai fini della partecipazione alla gara".

Avvalimento – Contenuto del contratto – Risorse - Limiti del soccorso istruttorio – Rinvio ad atto generale

E' stato osservato che si pone la necessità di chiarire il contenuto del contratto e l'eventuale possibilità e limiti del soccorso istruttorio. Partendo dalla disposizione dell'art. 89, in ordine alla nullità del contratto nel caso in cui non siano specificati i requisiti forniti e le risorse messe a disposizione, è esclusa la possibilità di integrare il contratto carente di tali elementi. In relazione alle risorse, si pone la necessità di chiarire come debbano essere valutate le risorse in rapporto ai requisiti prestati. In relazione invece agli altri elementi del contratto, quali durata e onerosità, si pone la necessità di chiarire se gli stessi possono essere oggetto di integrazione attraverso il ricorso al soccorso istruttorio. In riferimento, invece, ad aspetti interpretativi inerenti la disciplina in tema di avvalimento ed in particolare in merito al tema della validità del contratto di avvalimento, secondo la previsione di cui all'art. 89, comma 2, ultimo periodo "...il contratto di avvalimento contiene, a pena di nullità, la specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria", si chiede di precisare come ed entro quali limiti debba essere condotta tale istruttoria, il rischio è, altrimenti, quello di conferire alla stazione appaltante un potere demandato all'Autorità giudiziaria circa l'accertamento relativo alla nullità o meno del contratto.

Opzione scelta

L'osservazione non può essere accolta. La richiesta reclama il chiarimento di molteplici aspetti dell'istituto dell'avvalimento e potrà avere una sua trattazione in apposite linee guida o in apposito

schema di contratto di avvalimento. Si rimette la valutazione a una successiva determinazione dell'Autorità.

9. Subappalto

Sul punto 9, relativo al subappalto, hanno prodotto specifiche osservazioni i seguenti soggetti: Area Blu S.p.A., Provincia di Avellino, Associazione Europea del Partenariato Pubblico-Privato, Agenzia regionale Intercent-ER, Legacoop, Comune di Trieste, Comune di Milano, ANISGEA, Azienda Sanitaria Unica Regione Marche, Fastweb spa, Federlavoro, Markas S.r.l., Studio Ristuccia Tufarelli, Consip, Itaca.

Subappaltatore - Partecipazione in più terne – Divieto - Non sussiste

E' stato osservato che sarebbe da evitare, per il subappaltatore, la partecipazione a favore di più di un concorrente in quanto potrebbe alterare l'indipendenza delle offerte di concorrenti diversi.

Opzione scelta

L'osservazione non è accolta. Infatti, sotto il profilo legislativo, non si riscontra alcun divieto per il subappaltatore di essere indicato, anche da più concorrenti, e la scelta di porre tale divieto mediante atto generale di regolazione appare sproporzionata e di dubbia legittimità. Peraltro, in determinati mercati di ridotte dimensioni, la proposta di porre il divieto di partecipazione come subappaltatore per più concorrenti potrebbe risultare inopportuna o perfino irrealizzabile, in considerazione della esiguità del numero di imprese disponibili a essere indicate nelle terne: in altri termini, laddove in determinati settori, non sussista un numero sufficiente di operatori economici per una determinata specializzazione, un obbligo siffatto potrebbe addirittura esaurire i soggetti disponibili, impedendo la partecipazione di ulteriori operatori economici e limitando la concorrenza.

Subappaltatore – Forma singola o associata

È stato chiesto di precisare che l'indicazione di “*tre subappaltatori*” sia da ricondurre, esclusivamente, a Operatori Economici singoli e non in forma associata o consortile

Opzione scelta

L'osservazione non può essere accolta poiché non si riscontrano riferimenti normativi a sostegno della proposta interpretazione.

Subappaltatore – Carenza requisiti generali – Esclusione – Fase di gara

E' stato osservato, da molteplici operatori, che appare eccessiva l'esclusione dalla gara del concorrente che ha indicato uno dei subappaltatori, carente dei requisiti generali. Secondo gli intervenuti, alla luce dell'interpretazione sistematica della disciplina, ciò apparirebbe in contrasto con la disciplina dell'avvalimento (art. 89, comma 3, Codice), dove si ravvisa un semplice obbligo di sostituzione; e con la stessa disciplina del subappalto (art. 105, comma 12) dove è riferita all'affidatario la sostituzione dei subappaltatori, se si verificano motivi di esclusione dell'art. 80 del codice; evidenziano in tal senso che il termine “affidatario” del richiamato comma 12 potrebbe essere analogamente applicato al concorrente e che l'esclusione del concorrente nel caso di un solo subappaltatore privo di requisiti priverebbe di senso l'indicazione della terna. A conforto di tale linea interpretativa è stato richiamato il parere del Consiglio di Stato, Commissione speciale, 3 novembre 2016, n. 2286.

Alcuni propongono che la verifica dell'assenza dei requisiti generali in capo ad uno o più subappaltatori indicati nella terna comporti o l'impossibilità di ricorrere al subappalto o, nel caso in cui gli altri subappaltatori indicati siano in possesso dei requisiti, la sostituzione del subappaltatore.

Opzione scelta

L'osservazione non può essere accolta, ancorché se ne ravvisi una certa fondatezza argomentativa e, soprattutto, si riconoscano le problematiche operative che tale opzione solleva. Sono state, pertanto, valutate con attenzione le alternative proposte e il loro impatto a legislazione vigente. In questo senso, tuttavia, appare rebus sic stantibus insuperabile, da parte di un atto regolatorio quale il presente Disciplinare tipo, l'ostacolo che deriva dall'interpretazione della lettera del Codice, la quale - all'art. 80, commi 1 e 5 - prevede che si debba procedere all'esclusione del concorrente, anche nel caso in cui il suo subappaltatore sia carente dei requisiti generali.

Subappalto – Terna – Stesso subappaltatore – Indicazione in più terne – Principio di segretezza delle offerte – Violazione – Criticità legislative

E' stato osservato che consentire l'indicazione dello stesso subappaltatore in più terne di diversi concorrenti sarebbe in contrasto con il principio della segretezza delle offerte. Tale partecipazione plurima turberebbe la segretezza delle offerte in quanto il subappaltatore "comune" potrebbe trasferire informazioni da un concorrente a un altro, così alterando la formulazione delle offerte.

Opzione scelta

L'osservazione non è accolta. Si osserva che il processo di contatto tra le imprese (e il conseguente aumento del rischio collusivo tra le stesse all'interno del mercato di riferimento) appare invero attivato e favorito dall'obbligo della terna ed è stato verosimilmente ponderato dal legislatore all'atto di tale scelta. Preso atto di ciò, si ravvisa che il Consiglio di Stato, nel parere della Commissione speciale, 22 marzo 2017, n. 782, ha espresso valutazioni critiche in proposito, pur affermando che la soluzione attuale appare coerente con la normativa comunitaria e con i principi della concorrenza. Il Consiglio di Stato ha infatti espressamente affermato che "*non può trascurarsi il rischio di possibili effetti distorsivi della corretta procedura di gara, derivanti dal ruolo molteplice assunto da alcuni operatori e dal loro eventuale contatto preventivo con diverse imprese, anche in relazione al principio di segretezza delle offerte*". In questo senso, allora, pur condividendo le istanze sottese alle osservazioni dei consultati, appare insuperabile, da parte di un atto regolatorio quale il presente disciplinare tipo, l'ostacolo che deriva dalla sistematica della attuale disciplina del subappalto quale emerge dal Codice. Pertanto, si condivide quanto indicato dal Consiglio di Stato, secondo cui sarebbe senz'altro opportuna una disciplina di rango legislativo, che dia una risposta ai dubbi nella presente sede nuovamente sollevati dai soggetti consultati. Alla luce di ciò, si conferma la disposizione per cui è consentita l'indicazione dello stesso subappaltatore in più terne di diversi concorrenti.

Subappalto – Limite quantitativo – Disciplina comunitaria – Contrasto – Disapplicazione – Atto regolatorio – Non ammissibile

E' stato osservato che il limite al subappalto del 30% dell'importo complessivo del contratto è in contrasto con il diritto dell'UE. Gli intervenuti ritengono che anche all'Autorità si imponga l'obbligo di disapplicazione come chiarito nella sentenza Corte di Giustizia 9 settembre 2003, C-198/01, Consorzio Industrie Fiammiferi (CIF).

Opzione scelta

L'osservazione non può essere accolta, perché in contrasto con il Codice, ove è disposto che "*l'eventuale subappalto non può superare la quota del 30 per cento dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture*" (art. 105, comma 2, Codice). In merito a tale limite e alla compatibilità comunitaria invocata dall'osservazione in parola, è bensì vero che esiste l'indirizzo del legislatore UE che osta all'apposizione di limiti quantitativi al subappalto da parte degli Stati membri (da ultimo, oltre ai casi citati dal richiedente, Corte di giustizia UE, III, 14.7.2016, C-406/14). Tuttavia, si rinvia a quanto ha affermato il Consiglio di Stato in sede di pareri sugli schemi del Codice e del successivo decreto correttivo.

Inizialmente, aveva affermato il Consiglio di Stato che “il “divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive” va rettamente interpretato in una prospettiva di riduzione della “oneri non necessari”, e non anche in una prospettiva di abbassamento del livello di quelle garanzie che salvaguardano altri valori costituzionali, in relazione ai quali le esigenze di massima semplificazione e efficienza non possono che risultare recessive. Così, in termini generali, il maggior rigore nel recepimento delle direttive deve, da un lato, ritenersi consentito nella misura in cui non si traduce in un ostacolo ingiustificato alla concorrenza; dall’altro lato ritenersi giustificato (quando non imposto) dalla salvaguardia di interessi e valori costituzionali, ovvero enunciati nell’art. 36 del TFUE (...)” (Consiglio di Stato, Commissione speciale, Parere n. 855/2016). Successivamente, aveva ancora affermato che “(l)e direttive del 2014, rispetto alle precedenti del 2004, per la prima volta includono nella disciplina del subappalto finalità che finora erano state specifiche della legislazione italiana, ossia una maggiore trasparenza e la tutela giuslavoristica. E’ vero che nemmeno le nuove direttive, al pari delle previgenti, contemplano espressamente limiti quantitativi al subappalto, salva la possibilità per la stazione appaltante di esigere di conoscere preventivamente i nomi dei subappaltatori e la facoltà per gli Stati membri di imporre norme di tutela giuslavoristica. Tuttavia, la complessiva disciplina delle nuove direttive, più attente, in tema di subappalto, ai temi della trasparenza e della tutela del lavoro, in una con l’ulteriore obiettivo, complessivamente perseguito dalle direttive, della tutela delle micro, piccole e medie imprese, può indurre alla ragionevole interpretazione che le limitazioni quantitative al subappalto, previste da legislatore nazionale, non sono in frontale contrasto con il diritto europeo.

Esse vanno infatti vagliate, e possono essere giustificate, da un lato alla luce dei principi di sostenibilità sociale che sono alla base delle stesse direttive, e dall’altro lato alla luce di quei valori superiori, declinati dall’art. 36 TFUE, che possono fondare restrizioni della libera concorrenza e del mercato, tra cui, espressamente, l’ordine e la sicurezza pubblici (Consiglio di Stato, Commissione speciale, 30 marzo 2017, n. 782).

A tal riguardo, l’osservazione in commento ritiene che si imporrebbe all’Autorità l’obbligo di disapplicazione della disciplina anticoncorrenziale nazionale, come affermato dalla Corte di Giustizia 9 settembre 2003, C-198/01, Consorzio Industrie Fiammiferi (CIF). Secondo tale orientamento giurisprudenziale l’obbligo di disapplicare una normativa nazionale in contrasto con il diritto comunitario incombe non solo al giudice nazionale, ma anche a tutti gli organi dello Stato, comprese le autorità amministrative, al fine di agevolare la piena efficacia del diritto comunitario. L’osservazione non può essere condivisa, in quanto il disciplinare tipo è un atto regolatorio che deriva la sua efficacia dallo stesso Codice e nell’ambito dello stesso essa si può esprimere senza poterlo in alcun modo disapplicare.

Subappaltatore – Concorrente – Contestuale partecipazione - Effetti sulla terna – Invalidità – Divieto di subappalto

E’ stato richiesto di chiarire se la terna sia validamente costituita nel caso in cui un subappaltatore sia anche concorrente oppure se non sia validamente costituita e dunque non potrà essere autorizzato il subappalto. Si suggerisce di far dichiarare al concorrente che non ha partecipato alla gara anche come subappaltatore.

Opzione scelta

L’osservazione non può essere accolta. La contestuale partecipazione di un subappaltatore come concorrente, ancorché sia sanzionata dal Codice come mero divieto di autorizzazione al subappalto, ha indubitabilmente un impatto sulla disciplina di gara. Si ravvisa, da un lato, che nessuna norma impone l’esclusione del concorrente che partecipi anche come subappaltatore, né tali conseguenze possono essere dedotte nei confronti dell’operatore economico che indica il subappaltatore. Altrettanto non pare idonea la soluzione di introdurre una ulteriore dichiarazione non prevista dalla legge al concorrente. In tal senso, è stato ritenuto di optare per la soluzione di rendere invalida la terna, nella misura in cui uno dei subappaltatori indicati non potrà essere autorizzato ai sensi dell’art. 105, comma 4, Codice.

Subappaltatori - Terna – Obbligatorietà - Indicazione di un numero inferiore – Inderogabilità

Si osserva che l'indicazione di tre subappaltatori appare gravosa e si suggerisce, a tal proposito, di stabilire che il concorrente può utilmente indicare un numero inferiore a tre. Si chiede anche di chiarire le conseguenze dell'indicazione di un numero minore di tre subappaltatori.

Opzione scelta

L'osservazione non può essere accolta. La terna appare obbligatoria ai sensi dell'art. 105 comma 6 del Codice. Si conferma l'inderogabilità dell'indicazione del numero di tre soggetti della terna, chiarendo gli effetti della incompleta indicazione. Il Disciplinare prevede che l'indicazione di subappaltatori in un numero inferiore a tre comporti il divieto di subappalto.

Subappalto – Terna – Settori sensibili – Infiltrazione mafiosa - Esposizione a rischio – Categorie – Bando sopra soglia comunitaria

È stato proposto di specificare nel disciplinare che l'operatore economico sia tenuto ad indicare una terna di subappaltatori per ciascuna delle seguenti prestazioni, qualora intende subappaltarle:

a) per la seguente tipologia di prestazione omogenea:

(se del caso) per le seguenti attività maggiormente esposte a rischio di infiltrazione mafiosa individuate dall'art. 1, comma 53, L. n. 190/2012:

b) trasporto di materiali a discarica per conto di terzi; c) trasporto, anche transfrontaliero, e smaltimento di rifiuti per conto di terzi; d) estrazione, fornitura e trasporto di terra e materiali inerti; e) confezionamento, fornitura e trasporto di calcestruzzo e di bitume; f) noli a freddo di macchinari; g) fornitura di ferro lavorato; h) noli a caldo; i) autotrasporti per conto di terzi; j) guardiania dei cantieri.

Opzione scelta

L'osservazione non può essere accolta nella formulazione di un disciplinare di carattere generale in quanto essa è relativa a specifici settori e potrà essere oggetto di specifici disciplinari dedicati agli stessi.

Requisito di regolarità fiscale e contributiva – Subappaltatori – Requisito non richiesto

Si chiede di chiarire se il requisito della regolarità fiscale e contributiva possa essere richiesto anche ai subappaltatori visto che il comma 4 dell'art. 80 del Codice, a differenza del comma 1, del medesimo articolo, non prevede tale richiesta anche nei riguardi dei subappaltatori.

Opzione scelta

L'osservazione è stata accolta. Pertanto, è stato specificato che il requisito della regolarità fiscale e contributiva non è richiesto ai subappaltatori in gara e non è causa di esclusione, in quanto – a differenza di quanto disposto nell'art. 80, commi 1 e 5, che richiedono espressamente il possesso dei requisiti anche con riferimento ai subappaltatori - la formulazione del comma 4 non prevede espressamente tale estensione. Deve ritenersi, pertanto, che il legislatore non abbia inteso collegare alle irregolarità fiscali e contributive del subappaltatore eventualmente intervenute in corso di gara l'esclusione del concorrente essendo esse, per loro natura, accidentali e comunque sanabili prima dell'autorizzazione al subappalto (momento nel quale deve invece essere garantita l'inesistenza di tutte le cause di esclusione di cui all'art. 80 da parte del subappaltatore).

Avvalimento – Subappaltatore – Ausiliaria - Contestuale partecipazione – Ammissibilità

È stato domandato di chiarire se chi presta avvalimento in gara verso un concorrente può essere indicato nella terna da altro concorrente.

Opzione scelta

È stato considerato che – se si è ammessa la possibilità di essere indicato in più di una terna - deve essere *a fortiori* ammessa anche la partecipazione della stessa impresa, sia come subappaltatore indicato sia come impresa ausiliaria..

Subappaltatore – Prestazioni plurime – Medesimo appaltatore – Ammissibilità

È stato domandato di disciplinare la possibilità che un subappaltatore possa essere indicato per più di una prestazione dallo stesso concorrente.

Opzione scelta

È stato considerato che – se si è ammessa la facoltà di essere indicato in più di una terna, *a fortiori* deve essere ammessa la partecipazione della stessa impresa come subappaltatore indicato per più tipologie di prestazioni omogenee (art. 105, comma 6). E' stato pertanto previsto che - in caso di appalti il cui oggetto sia articolato in più tipologie di prestazioni - il concorrente possa indicare anche lo stesso subappaltatore per più tipologie di prestazione.

Subappalto – Percentuale subappaltabile – Terna - Frazionabilità – Non ammissibile

È stato chiesto di chiarire se, nel caso in cui per una categoria venga indicata una percentuale massima di subappalto (es. 20%), sia sufficiente che la somma dei requisiti dei subappaltatori indicati raggiunga l'importo massimo subappaltabile o se ogni subappaltatore debba possederne in misura pari alla percentuale dichiarata.

Opzione scelta

Ipotesi relativa unicamente al caso di subappalto qualificante che è stato eliminato dal disciplinare.

Subappalto – Terna – Mancata indicazione – Preclusiva – Soccorso istruttorio

È stato richiesto di chiarire se - nel caso in cui non sia indicata la terna di una prestazione - l'effetto sia preclusivo della possibilità di subappaltare oppure sia possibile ricorrere al soccorso istruttorio.

Opzione scelta

L'opzione di ricorso al soccorso istruttorio non può essere accolta. In mancanza di una norma positiva chiara, si è ritenuto di accogliere l'opzione di non ritenere autorizzabile il subappalto e dunque di ritenere l'indicazione della terna come invalida. D'altra parte osta all'ammissibilità del soccorso istruttorio la considerazione secondo cui le questioni afferenti alla terna non attengono all'ammissibilità in gara del concorrente ma afferiscono esclusivamente all'autorizzabilità o meno del subappalto.

D'altra parte, se si fosse optato per consentire il ricorso al soccorso istruttorio, solo apparentemente si sarebbe andati incontro al concorrente, perché ciò avrebbe – in realtà – posto le premesse per una eventuale esclusione, nel caso in cui questi non fosse riuscito a sanare la mancanza entro i termini indicati dalla stazione appaltante. E' stata accolta, pertanto, definitivamente la soluzione per cui – in mancanza della terna - non è autorizzabile il subappalto.

Subappalto – Non configurazione di subappalto – Contratti continuativi di cooperazione

È stato osservato che occorre richiamare la previsione dell'art. 105 comma 3 lett. c- bis) per cui non si configurano come attività affidate in subappalto: “le prestazioni rese in favore dei soggetti affidatari in forza di contratti continuativi di cooperazione, servizio e/o fornitura sottoscritti in epoca anteriore alla indizione della procedura finalizzata alla aggiudicazione dell'appalto”. I relativi contratti sono depositati alla stazione appaltante prima o contestualmente alla sottoscrizione del contratto di appalto.

Opzione scelta

L'osservazione è stata accolta. Ancorché si tratti di una norma meramente ricognitiva di una disposizione di legge, nel disciplinare è stato inserito il riferimento, integralmente, alla norma dell'art. 105, comma 3.

10. Garanzia provvisoria

Sul punto 10, relativo alla garanzia provvisoria, hanno prodotto specifiche osservazioni i seguenti soggetti: Provincia di Avellino, Legacoop, Azienda Ospedali Riuniti Ancona, Comune di Vedelago, Università di Trieste, Anas S.p.a., Provincia Autonoma di Trento, Studio Ristuccia Tufarelli, Consip, Itaca.

Escussione della garanzia – Casistica - Aggiudicatario – Ausiliaria

Si chiede se, nella documentazione di gara, si debbano inserire le seguenti previsioni (indicate nella nota illustrativa a pag. 22): è “legittima la clausola, contenuta in atti di indizione di procedure di affidamento di appalti pubblici, che preveda l'escussione della cauzione provvisoria anche nei confronti di imprese non risultate aggiudicatarie, ma solo concorrenti, in caso di riscontrata assenza del possesso dei requisiti di carattere generale di cui all'art. 38 (ora art. 80) del Codice dei contratti pubblici” o “in caso di mancata regolarizzazione degli elementi essenziali carenti la stazione appaltante procederà all'esclusione del concorrente dalla gara. Per tale ipotesi la stazione appaltante dovrà espressamente prevedere nel bando che si proceda, altresì, all'incameramento della cauzione esclusivamente nell'ipotesi in cui la mancata integrazione dipenda da una carenza del requisito dichiarato”. Rispetto a tali fattispecie il Codice attuale nulla dispone e l'escussione in caso di mendacio sul possesso dei requisiti è prevista dall'art. 89 solo per l'ausiliaria.

Opzione scelta

L'originaria impostazione della nota illustrativa è stata modificata alla luce dell'osservazione in commento. Sono stati eliminati i riferimenti alle suddette clausole, dal momento che l'escussione della cauzione può avvenire esclusivamente dopo l'aggiudicazione, come attualmente prescritto dall'art. 93, comma 6, Codice, fatto salvo il caso dell'art. 89, Codice, per l'ausiliaria.

Garanzia fideiussoria – Soggetto non legittimato – Soccorso istruttorio

Si chiede di confermare che la produzione di una garanzia resa da soggetto non autorizzato all'esercizio dell'attività bancaria possa essere sanata in soccorso istruttorio.

Opzione scelta

L'osservazione non è stata accolta. Diversamente dalle altre carenze, espressamente disciplinate dal Disciplinare tipo, la garanzia prestata da un soggetto non autorizzato è da considerarsi *tamquam non esset*, in quanto la carenza di legittimazione del soggetto porta alla inesistenza dell'atto.

Cauzione provvisoria – Escussione – Atto di aggiudicazione

Si chiede di confermare che ai sensi dell'art. 93, co. 6, il riferimento all'aggiudicazione debba essere inteso quale aggiudicazione provvisoria e che la garanzia copra la mancata aggiudicazione definitiva per difetto dei criteri di selezione o dei requisiti di cui all'art. 80 del Codice.

Opzione scelta

L'escussione della garanzia, ai sensi dell'art. 96, co. 3, è prevista solo dopo l'aggiudicazione, da intendersi come atto unico con il quale la stazione appaltante fa proprio l'operato della Commissione, la

cui attività si limita alla redazione della graduatoria finale (è noto, infatti come sia stata superata, dal nuovo Codice, la distinzione tra aggiudicazione provvisoria e definitiva).

Garanzia provvisoria – Soccorso istruttorio

È stato osservato che la mancanza della garanzia provvisoria è sanabile tramite soccorso istruttorio, a prescindere se essa sia stata costituita prima o dopo la presentazione dell'offerta. Viceversa, appare contraddittorio consentire l'integrazione di una garanzia deficitaria che, al pari della mancata garanzia, costituisce causa di esclusione per grave irregolarità: la garanzia carente, di fatto, equivale all'assenza di garanzia. Altresì, se la norma ammette il soccorso istruttorio per la mancanza del DGUE (documento di primaria rilevanza), a maggior ragione deve essere ammesso per la mancanza della garanzia.

Opzione scelta

Il rilievo non è accolto. La garanzia deve essere costituita, in ogni caso, prima del termine di presentazione dell'offerta essendo condizione imprescindibile per la serietà e l'affidabilità dell'offerta a tutela dell'affidabilità della medesima.

Falsa dichiarazione – Avalimento – Responsabilità dell'ausiliario

È stato osservato che, ai sensi dell'art. 93, co. 6, "La garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione dovuta ad ogni fatto riconducibile all'affidatario" e che "L'escussione [della cauzione] costituisce conseguenza della violazione dell'obbligo di diligenza gravante sull'offerente" (Cons. Stato, Adunanza Plenaria, 10 dicembre 2014, n. 34), è evidente che le dichiarazioni mendaci che legittimano l'escussione della garanzia non sono quelle provenienti dall'ausiliario, bensì quelle dell'ausiliato/partecipante alla gara.

Opzione scelta

Non accolta. Le dichiarazioni che legittimano l'esclusione e l'escussione della garanzia sono espressamente riferite dall'art. 89, comma 1, penult. per., Codice, alle dichiarazioni rese nell'ambito dell'avvalimento. La norma è generica e vi è ragione di ritenere che faccia riferimento a qualsiasi falso. L'escussione per dichiarazioni mendaci avviene sia che esse provengano dall'ausiliato che dall'ausiliario, tenuto conto di una esigenza di reale ed effettiva messa a disposizione di risorse rispetto alla quale vi è una responsabilità per una sorta di "*culpa in eligendo*" dell'ausiliato.

Documenti informatici – Documento analogico - Originale o copia autenticata

È stato osservato che il documento informatico può essere presentato: "1. sotto forma di documento informatico, ai sensi dell'art. 1, lett. p) del D. Lgs. 7 marzo 2005, n. 82, sottoscritto con firma digitale dal soggetto in possesso dei poteri necessari per impegnare il garante; 2. sotto forma di copia informatica di documento analogico (scan di documento cartaceo) secondo le modalità previste dall'art. 22, commi 1 e 2, del D.Lgs. 7 marzo 2005 n. 82; In tali casi la conformità del documento all'originale dovrà esser attestata dal pubblico ufficiale mediante apposizione di firma digitale, nell'ipotesi di cui all'art. 22, comma 1, del D.Lgs. n. 82/2005 (ovvero da apposita dichiarazione di autenticità sottoscritta con firma digitale dal notaio o dal pubblico ufficiale, ai sensi dell'art. 22, comma 2 del D.Lgs. n. 82/2005.); nonché 3. sotto forma di copia informatica di documento analogico (scan di documento cartaceo) secondo le modalità previste dall'art. 22, comma 3, del D.Lgs. 7 marzo 2005 n. 82.

Opzione scelta

L'osservazione è meritevole di parziale accoglimento. E' stato ammesso il documento informatico in tutte le forme che coincidono con l'originale documentale e la copia autenticata documentale, ma non è stata accolta la richiesta di cui al n. 3) che prevede la possibilità di presentare un documento in copia

digitale che è valida fino a disconoscimento. Tale opzione non garantisce, fino a querela di falso, la piena prova della firma apposta, come prevista per le altre modalità e, pertanto, non costituisce una modalità idonea a garantire la certezza dell'obbligo fideiussorio.

11. Sopralluogo

Sul punto 11, relativo al sopralluogo, hanno prodotto specifiche osservazioni i seguenti soggetti: Giuseppe Lamanuzzi, ANGEM, Associazione Europea del Partenariato Pubblico-Privato, Legacoop, Comune di Trieste, Regione Valle d'Aosta, Università di Trieste, Markas S.r.l., Antonino Onofaro S.r.l., Provincia Autonoma di Trento, Assosistema.

Sopralluogo – Obbligatorietà - Vincolo

È stato domandato se sia sempre facoltativo il sopralluogo per appalti di servizi o forniture.

Opzione scelta

La clausola sul sopralluogo è facoltativa, vale a dire la stazione appaltante la inserisce solo nelle ipotesi in cui prevede il sopralluogo obbligatorio. L'art. 79, comma 2, nel disporre i termini per la presentazione delle offerte, afferma infatti che vi sono alcuni casi in cui le offerte possono essere formulate soltanto a seguito di una visita dei luoghi. Esso dunque può risultare obbligatorio per determinati servizi.

Sopralluogo – Condizione obbligatoria per la presentazione delle offerte – Causa di esclusione

È stato osservato che, nel nuovo Codice, sarebbe stato espunto l'obbligo di sopralluogo ai fini della presentazione delle offerte, di talché non potrebbe essere prevista l'esclusione dell'operatore dalla gara, in caso di mancata effettuazione dello stesso. In tal senso, la facoltà di inserire la prescrizione nella *lex specialis* del sopralluogo obbligatorio, a pena di esclusione, sembra oggi da ritenersi nulla, ai sensi dell'art. 83, comma 8, del d. lgs. 50/2016, non essendo riconducibile ad alcuna norma imperativa del Codice dei contratti pubblici, né di altre disposizioni di legge vigenti, che impongano un siffatto adempimento.

Opzione scelta

Il rilievo non può essere accolto per le seguenti motivazioni. L'art. 79, comma 2, prevede: che “*quando le offerte possono essere formulate soltanto a seguito di una visita dei luoghi o dopo la consultazione sul posto dei documenti di gara (...)*”, la formulazione della norma dà atto della legittimità della eventuale clausola del bando che prevede il sopralluogo come obbligatorio. Conformemente, deve ritenersi ancora attuale l'orientamento del Consiglio di Stato, formatosi sulla disciplina delle precedenti cause tassative di esclusione (art. 46, comma 1-bis, D.Lgs. n. 163/2006), ed è, pertanto, legittima la clausola del bando che preveda adempimenti a pena di esclusione non solo nelle ipotesi in cui detta “sanzione” sia espressamente prevista da disposizioni di legge o del Codice ma in tutti i casi in cui un dato comportamento è previsto come doveroso ovvero come vietato (Consiglio di Stato, Adunanze Plenarie n. 21/2012 e n. 7/2014).

Sopralluogo collettivo – Calendarizzazione della stazione appaltante - Non precluso

È stato osservato che non è specificato che non sono previsti sopralluoghi collettivi; si segnala che il sopralluogo per l'effettuazione del servizio di pulizie per esempio, a cui partecipano di norma decine e decine di imprese, può durare molte ore, rendendo di fatto improbabile riuscire a calendarizzare sopralluoghi singoli, a meno di prevedere la scadenza per la presentazione delle offerte molti mesi dopo la pubblicazione del bando di gara, con l'obbligo di richiesta del sopralluogo entro diversi mesi prima della scadenza stessa.

Opzione scelta

L'osservazione non è stata accolta nel Disciplinare, tuttavia è stata oggetto di chiarimento mediante un appunto in Nota illustrativa.

Sopralluogo – Soggetti associati – Sopralluogo collettivo – In forma individuale

È stato richiesto se, in caso di raggruppamento, è previsto che il sopralluogo possa essere effettuato da uno dei soggetti raggruppati con la delega degli altri; vanno chiarite le conseguenze nell'ipotesi in cui l'offerta venga presentata da un raggruppamento formato anche da soggetti che non avevano fatto la delega.

Opzione scelta

Si tratta di un'ipotesi concreta la cui soluzione può essere ravvisata in una clausola del Disciplinare che ammette il sopralluogo non solo attraverso la delega ma anche da parte degli operatori associandi singolarmente.

12. Pagamento in favore dell'Autorità

Sul punto 12, relativo al pagamento in favore dell'Autorità, hanno prodotto specifiche osservazioni i seguenti soggetti: Consip.

Contributo di gara – Disciplinare - Precisazione dell'importo

Si chiede di confermare che non sia necessario indicare nel Disciplinare l'importo del contributo che viene identificato presso le ricevitorie e sul sito dell'Autorità tramite l'inserimento del CIG della specifica iniziativa, al fine di evitare errori di trascrizione e/o modifiche agli importi stessi.

Opzione scelta

Il rilievo non può essere accolto. Ragioni di opportunità consigliano di precisare l'importo.

13. Modalità di presentazione dell'offerta e sottoscrizione dei documenti di gara

Sul punto 13, relativo alle modalità di presentazione dell'offerta e sottoscrizione dei documenti di gara, hanno prodotto specifiche osservazioni i seguenti soggetti: Provincia di Avellino, Associazione Europea del Partenariato Pubblico-Privato, Legacoop, Azienda Ospedali Riuniti Ancona, Comune di Vedelago, Azienda Sanitaria Unica Regione Marche, Fastweb spa, Università di Trieste, Markas S.r.l., Studio legale Ristuccia Tufarelli, CONSIP.

Valore a base d'asta - Offerte di pari valore – Offerte al rialzo

È stato richiesto di prevedere nel Disciplinare se debbano o possano essere escluse dalla gara le offerte pari al prezzo posto a base di gara, atteso che al paragrafo 17) del documento in consultazione si indica che il concorrente deve indicare nell'offerta economica il ribasso globale rispetto all'importo posto a base di gara.

Opzione scelta

L'osservazione non può essere accolta. Il Disciplinare esclude solo offerte al rialzo, non sussiste fondamento normativo all'esclusione delle offerte pari al valore posto a base d'asta.

Forma degli atti - Documentazione in originale – Copia autentica – Copia conforme

È stato osservato che la frase “*La documentazione, ove non richiesta espressamente in originale, potrà essere prodotta in copia autenticata o in copia conforme ai sensi rispettivamente degli artt.18 e 19 DPR 445/2000*”, tenuto conto della decertificazione e dell'impossibilità di richiedere originali, andrebbe modificata come segue: “*La documentazione non richiesta dal Codice in originale o copia autentica ai sensi dell'art.18 del DPR 445/2000, qualora*

detenuta o rilasciata da una pubblica amministrazione potrà essere prodotta in copia semplice corredata da dichiarazione di conformità all'originale ai sensi dell'art. 19 del DPR 445/2000".

Opzione scelta

Non accolta in quanto il Codice raramente specifica il tipo di forma che gli atti devono avere, mentre esigenze di certezza connesse anche al principio di celerità della gara impongono di acquisire documentazione in originale o copia autentica che solo raramente è sottoposta a verifica. E' stata comunque indicata la possibilità di produrre copie semplici, ove non diversamente prescritto.

14. Soccorso istruttorio

Sul punto 14, relativo al soccorso istruttorio, hanno prodotto specifiche osservazioni i seguenti soggetti: Provincia di Avellino, ANGEM, Comune di Trieste, Università di Trieste, Studio legale Ristuccia Tufarelli, CONSIP.

Soccorso istruttorio - Garanzia provvisoria – Mancanza - Integrazione - Costituzione ex post

È stato osservato che la mancanza della garanzia provvisoria è sanabile tramite soccorso istruttorio, a prescindere se essa sia stata costituita prima o dopo la presentazione dell'offerta. Viceversa, appare contraddittorio consentire l'integrazione di una garanzia deficitaria che, al pari della mancata garanzia, costituisce causa di esclusione per grave irregolarità: la garanzia carente, di fatto, equivale all'assenza di garanzia. Altresì, se la norma ammette il soccorso istruttorio per la mancanza del DGUE (documento di primaria rilevanza), a maggior ragione deve essere ammesso per la mancanza della garanzia.

Opzione scelta

L'osservazione non può essere accolta. Si è rinvenuto, invero, un isolato caso in giurisprudenza che afferma che non possono essere esclusi da una gara pubblica gli offerenti che abbiano stipulato la cauzione provvisoria dopo la presentazione dell'offerta e (o) dopo la scadenza del termine di presentazione delle offerte, nel caso in cui fosse stata presentata una cauzione retroattiva (TAR Basilicata 27 luglio 2017, n. 531). Tale orientamento appare, invero, non condivisibile. Infatti, la garanzia provvisoria deve essere, in ogni caso, costituita prima della data di presentazione dell'offerta, a tutela dell'affidabilità della medesima.

15. Contenuto della busta "a" – Documentazione amministrativa

Sul punto 15, relativo al contenuto della busta "a", i.e. documentazione amministrativa, hanno prodotto specifiche osservazioni i seguenti soggetti: Provincia di Avellino, ANGEM, Associazione Europea del Partenariato Pubblico-Privato, Agenzia regionale Intercent-ER, Azienda Ospedaliero Universitaria di Modena, Legacoop, Comune di Trieste, Azienda Ospedali Riuniti Ancona, Ecoeridania, Comune di Veduggio, Azienda Sanitaria Unica Regione Marche, Centrale di Committenza dell'Unione dei Comuni del Distretto Ceramico, Università Bologna, Università di Trieste, ANAS S.p.A., Mengozzi S.p.A., Antonino Onofaro S.r.l., Provincia Autonoma di Trento, CONSIP, Assosistema, Itaca.

Aggregazioni di rete – Soggettività giuridica – Mancanza di contratto

È stato osservato che, per il caso delle aggregazioni di imprese aderenti al contratto di rete dotate di un organo comune con potere di rappresentanza e soggettività giuridica, dovrebbe specificarsi che, se la rete manca di un contratto, sottoscritto nelle forme di cui alla documentazione integrativa e a corredo dell'offerta, in quanto elemento essenziale, non si applicano tali previsioni.

Opzione scelta

L'osservazione non può essere accolta. L'art. 4, comma 4 quater, del d.l. 5/2009 sulle reti di impresa dispone che – perché la rete acquisti la soggettività giuridica - il contratto deve essere stipulato per atto

pubblico o per scrittura privata autenticata ovvero per atto firmato digitalmente a norma dell'articolo 25 del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82.

Dimostrazione dei requisiti – Richiami al DGUE

È stato osservato, in ordine alla dimostrazione dei requisiti, che le disposizioni relative alla dimostrazione del possesso dei requisiti generali e speciali del concorrente sono indicate in modo incompleto e caotico, spesso con semplici richiami alle sezioni del DGUE: ciò, oltre a disorientare il concorrente, costituisce una carenza della lex specialis di gara. Pertanto, appare opportuno indicare con chiarezza le dichiarazioni e le informazioni che il concorrente è tenuto a rendere e le rispettive sezioni del DGUE da compilare. Invero, le condizioni di partecipazione alla gara devono essere espressamente indicate nel bando/disciplinare affinché abbiano effetto prescrittivo e sanzionatorio, essendo invece la modulistica a esso allegata soltanto uno strumento di agevolazione per la redazione dell'offerta: i formulari, in termini giuridici, non hanno effetto né prescrittivo né sanzionatorio (fatto salvo l'effetto di poter indurre in errore il concorrente se predisposti in modo incomprensibile o incompleto).

Opzione scelta

L'osservazione non può essere accolta in ottica di semplificazione degli oneri amministrativi ricadenti sugli operatori si è ritenuto di non reiterare le specifiche disposizioni del Codice, in particolare dell'art. 80, rinviando solo al suo contenuto e chiedendo nel contempo di compilare le relative parti del DGUE in un'ottica di perfetto allineamento delle dichiarazioni da rendere in gara secondo quanto prescritto dall'art. 85 circa l'utilizzo di un modello standardizzato.

Socio di maggioranza - Socio unico - Persone giuridiche

È stato chiesto di chiarire, rispetto al co. 3 dell'art. 80, che per socio di maggioranza (nelle società con meno di 4 soci) e socio unico si intendano sia la persona fisica che giuridica (in coerenza con la più recente giurisprudenza ad es. CDS V n. 3178/2017 e n. 2813/2016) e che rispetto alle persone giuridiche le dichiarazioni di cui all'art. 80 co. 1 e 2 vadano rese nei confronti dei soli amministratori muniti del potere di rappresentanza.

Opzione scelta

Non accolta. Trattasi di questione che deve essere affrontata con apposite Linee guida, non apparendo il bando tipo la sede opportuna per dirimere questioni di tale dettaglio interpretativo, fermo restando che non fornendo al momento indicazioni, nel Disciplinare tipo, sulla nozione di socio di maggioranza, la stazione appaltante potrà in ogni caso seguire gli indirizzi giurisprudenziali in materia.

DGUE – Dichiarazioni integrative – Aggiornamenti autonomi delle stazioni appaltanti – Inammissibilità

È stato osservato, con riferimento al punto 15.3.1 n. 1 del Disciplinare - che prevede che, fino all'aggiornamento del DGUE al decreto correttivo d.lgs. 19 aprile 2017 n. 56, ciascun soggetto che compila il DGUE alleggi una dichiarazione integrativa in ordine al possesso dei requisiti di cui all'art. 80, comma 5 lett. f-bis e f-ter del Codice - che la dichiarazione ivi prevista debba essere inserita solo nel caso in cui la stazione appaltante non abbia provveduto all'aggiornamento del DGUE.

Opzione scelta

L'osservazione non può essere accolta. Si richiamano le stazioni appaltanti a considerare che il DGUE è un documento formale redatto dal Ministero delle infrastrutture e non può, in alcun modo, essere modificato unilateralmente dalle stazioni appaltanti.

Confezionamento di campioni – Requisito di partecipazione

È stato suggerito di lasciare maggiore discrezionalità alle amministrazioni nella descrizione del confezionamento dei campioni. Inoltre, è stato sottolineato che, nel Disciplinare, dovrebbero essere meglio specificate le possibilità di integrazione delle campionature che, facendo parte dell'offerta tecnica, non sono oggetto di soccorso istruttorio (art 83, comma 9)

Opzione scelta

L'osservazione non può essere accolta in quanto da un lato il disciplinare lascia già un ampio margine per la descrizione/confezionamento dei campioni; dall'altro il campione di cui al punto citato costituisce un requisito di partecipazione e non uno degli elementi dell'offerta.

PassOe – Classificazione – Subappaltatori – Qualificazione come Mandante in RTI – Richiesta di qualificazione autonoma

È stato osservato che, alla luce delle FAQ pubblicate ed aggiornate al 18 novembre 2016 dall'ANAC, la classificazione “Mandante in RTP” che deve essere utilizzata ai fini della generazione del PASSOE del subappaltatore potrebbe ragionevolmente generare fraintendimenti ovvero equivoci tali da determinare possibili e, di fatto, illegittime esclusioni dalla procedura di gara. In considerazione di quanto sopra, si ritiene opportuno un intervento sul sistema che renda omogenea la classificazione richiesta alla natura del ruolo rivestito e che, pertanto, sia prevista la qualificazione autonoma di “Subappaltatore”. A tal uopo si evidenzia come il sistema già preveda un'autonoma qualificazione per le imprese ausiliarie in ipotesi di avvalimento e che, pertanto, nulla osterebbe ad una simile previsione anche con riferimento ai subappaltatori

Opzione scelta

L'osservazione, per quanto comprensibile, non può trovare soluzione in sede di Disciplinare-tipo in quanto trattasi di un problema tecnico-informatico.

Curatore fallimentare – Esercizio provvisorio – Autorizzazione del giudice delegato - Documentazione da presentare – DGUE

È stato osservato che al paragrafo 15.3 non è prevista la documentazione che deve essere presentata dal curatore fallimentare autorizzato all'esercizio provvisorio ex art. 110 del d.lgs. 50/2016.

Opzione scelta

Il rilievo non è accolto. È stato specificato di inserire gli estremi dell'autorizzazione del giudice delegato alla partecipazione alla gara. L'ulteriore documentazione, ove sussistano le condizioni di cui all'art. 110, comma 5, sarà presentata secondo quanto previsto per l'avvalimento.

Domanda di partecipazione – Soppressione – Semplificazione oneri documentali

È stato richiesto di eliminare la domanda di partecipazione al fine di non vanificare lo scopo del DGUE di “ridurre gli oneri amministrativi che gravano sulle amministrazioni aggiudicatrici, sugli enti aggiudicatori e sugli operatori economici (...)”. Le dichiarazioni sui raggruppamenti sono già previste nell'apposita sezione del DGUE per la partecipazione in forma congiunta, che prevede la presentazione di un DGUE distinto per ciascun operatore economico, in ogni caso se ciò fosse ritenuto insufficiente si può eventualmente integrare il DGUE in sede di revisione o aggiungere la richiesta di documentazione integrativa mancante. *Ad adiuvandum*, si afferma che l'eliminazione della domanda ridurrebbe i motivi di attivazione del soccorso istruttorio e di contenzioso “Infatti, la domanda di partecipazione è certamente elemento indefettibile per l'ammissione alla gara la cui mancanza non può non comportare l'esclusione della ditta concorrente; tuttavia, è sufficiente la presenza in atti di un singolo documento - come accaduto nel caso di specie (DGUE) - da cui desumere detta volontà di

partecipazione riferibile all'impresa, senza necessità di imporre la inutile duplicazione di documenti dal contenuto sostanzialmente analogo.”)” (vedi Tar Puglia, Bari, sentenza 14 luglio 2017, n. 815)

Opzione scelta

L'osservazione non può essere accolta. A dispetto di quanto affermato dalla citata giurisprudenza, si deve osservare che le informazioni e le dichiarazioni acquisibili tramite il DGUE non sono esaustive rispetto alle prescrizioni della normativa vigente. Peraltro, in un ottica di semplificazione degli oneri documentali, la domanda contiene, sotto forma di allegati ovvero di sezioni interne alla stessa, tutte le dichiarazioni integrative al DGUE medesimo.

Copia conforme – Certificazione

È stato richiesto di eliminare, al punto 15.3.1. n. 11, la presentazione della certificazione “*in copia conforme*”, prevedendo la presentazione in sede di verifica, o a richiesta della stazione appaltante “in qualsiasi momento nel corso della procedura,” come da articolo 85, comma 5, del Codice. Sia al fine della riduzione degli oneri che del rispetto delle previsioni sul DGUE poiché alcune certificazioni sono presenti su banche dati liberamente consultabili (esempio ACCREDIA).

Opzione scelta

Non accolta. Vi è una esigenza di celerità del procedimento di gara e di certezza delle certificazioni che consentono la riduzione della garanzia provvisoria essendo essa connessa all'affidabilità dell'offerta ed avendo la citata certificazione un effetto immediato sull'ammontare della garanzia che viene costituita per partecipare alla gara.

Procuratori speciali – Elenco dei soggetti – ANAC - Comunicato Presidente

È stato osservato che nell'elencazione dei soggetti mancano i vicari ed i procuratori speciali come individuati da Consiglio di Stato, Ad. Plen., 16 ottobre 13, n. 23.

Opzione scelta

La questione è stata risolta nel comunicato del Presidente dell'ANAC dell'8 novembre 2017.

Dichiarazioni integrative – Decreto correttivo - DGUE

È stato segnalato che - in relazione all'art. 80 - sono state previste le dichiarazioni integrative per il comma 5 lett. f-bis) ed f-ter), ma non per il comma 1 lett. b-bis)

Opzione scelta

L'osservazione non può essere accolta. Non occorre la dichiarazione integrativa dal momento che il DGUE, nella parte terza, lett. A prevede la dichiarazione di tutte le condanne per i reati di cui al comma 1, rinviando nello specifico alle lettere da a) a g) tra le quali è compresa anche la lett. b-bis).

Aggregazioni di imprese aderenti al contratto di rete – rete contratto - RTI

È stato osservato, inoltre, che al punto 15.3.3 è fuorviante il riferimento al RTI per le aggregazioni di imprese aderenti al contratto di rete, nel caso in cui la rete sia dotata di un organo comune privo del potere di rappresentanza o sia sprovvista di organo comune ovvero se l'organo comune sia privo dei requisiti di qualificazione richiesti.

Opzione scelta

L'osservazione non è accolta. La rete con le suddette caratteristiche partecipa nelle forme del RTI costituito o costituendo, in quanto trattasi di rete- contratto, la cui partecipazione alla gara è condizionata integralmente alle regole di partecipazione di un RTI.

White list – Domanda di iscrizione – Equipollenza – Circolare Ministero dell'Interno

È stato osservato che la possibilità di presentare la domanda di iscrizione alle *white list* al posto dell'iscrizione nell'elenco rischia di depotenziare la funzione di garanzia dello strumento.

Opzione scelta

L'osservazione non può essere accolta. Si rammenta infatti - come chiarito dal Ministero dell'Interno con circolare 25954/2016 - che nei settori sensibili, per i quali è richiesta obbligatoriamente ai fini della partecipazione alle gare, è sufficiente aver presentato la domanda di iscrizione nelle *white list*.

DGUE elettronico e cartaceo – Compilazione – Competenza

È stato osservato che la Parte I del DGUE è compilata dalla stazione appaltante e non dal concorrente.

Opzione scelta

Il rilievo non può essere accolto. Il Documento di Gara Unico Europeo prescrive che, in mancanza di DGUE elettronico, la parte I sia compilata dall'operatore economico.

Affitto d'azienda - Dichiarazioni obbligatorie – Non richieste

È stato osservato che in calce al punto 15.2 del Disciplinare, ove si precisa che “in caso di incorporazione, fusione societaria o cessione d'azienda (...)” non è più contemplato il caso di affitto d'azienda. Sarebbe opportuno precisare che, ai sensi dell'art. 80, non vi è obbligo di dichiarazione dell'affitto di azienda. Nell'ipotesi in cui, invece, dovesse essere dichiarato sarebbe opportuno precisare la dichiarazione deve essere resa per l'affitto stipulato nell'anno antecedente.

Opzione scelta

Il Disciplinare non contempla il caso di affitto d'azienda, ragion per cui nessuna specificazione va fatta al riguardo. L'affitto d'azienda non genera modificazione soggettiva del concorrente, pertanto non si riflette sull'ambito soggettivo di cui all'art. 80, comma 3.

Domanda di partecipazione – Sottoscrizione – Esclusione dalla gara – Sanabilità – Riconducibilità all'offerente

È stato osservato che l'espressione “*la domanda di partecipazione è redatta*” non equivale ad affermare che essa debba essere sottoscritta. L'istanza è correlata all'offerta, avendo come contenuto la domanda di partecipazione alla procedura di gara. La mancanza di sottoscrizione autografa (o digitale) in calce alle dichiarazioni nell'istanza di partecipazione potrebbe essere motivo di legittima esclusione dalla gara, in quanto irregolarità che, ai sensi dell'art. 83, comma 9, non consente l'individuazione del soggetto responsabile? Solo la firma da parte del dichiarante vale, infatti, a ricondurre al medesimo la paternità del contenuto del documento - dichiarazioni, impegno e offerta - e anche a rendere l'atto vincolante verso terzi destinatari della manifestazione di volontà. La presunta irrilevanza della mancanza di firma sull'istanza disattende i principi in materia di dichiarazioni sostitutive di atto di notorietà; non è conforme alle norme contenute negli artt. 38, comma 3, 46, 47, 48 e 76. Disattende, in sostanza, il principio generale secondo il quale un'istanza rivolta alla P.A. priva di sottoscrizione è improcedibile. Tanto varrebbe, allora, non prevedere più l'istanza di partecipazione: potrebbero bastare solo l'offerta economica e l'offerta tecnica, purché entrambe sottoscritte.

Opzione scelta

Il rilievo non può essere accolto. La domanda non può essere eliminata in quanto assolve ad una funzione di identificazione del soggetto e di produzione di una serie di informazioni. Riaffermato, dunque, che la proposta negoziale è contenuta nell'offerta, la mancata sottoscrizione della domanda è da ritenersi sanabile quale carenza formale, ferma restando la riconducibilità della medesima al concorrente, quando ricorre la presenza di una serie di convergenti elementi attestanti la paternità della dichiarazione (TAR Campania, Salerno, I, sentenza 6 giugno 2017 n. 1031).

16. Contenuto della busta B - Offerta tecnica

Sul punto 16, relativo al contenuto della busta B, i.e. offerta tecnica, hanno prodotto specifiche osservazioni i seguenti soggetti: Prodeo S.p.a., Associazione Europea del Partenariato Pubblico-Privato, Azienda Ospedaliero Universitaria di Modena, Legacoop, Comune di Milano, Fastweb spa, Studio legale Ristuccia Tufarelli, CONSIP.

Rating di legalità – Progetto tecnico – Punteggio aggiuntivo – Limiti

Per il *rating* di legalità è stato rimesso alla discrezionalità della singola Stazione appaltante l'attribuzione del relativo punteggio. Trattasi, infatti, di elemento che caratterizza l'operatore economico, soprattutto negli appalti di servizi, in termini di affidabilità e serietà organizzativa. Il punteggio che la Stazione appaltante può decidere di attribuire al possesso del rating non viene quantificato, ma viene definito quale "punteggio aggiuntivo" che, legittimamente, incide sulla qualità dell'offerta tecnica purché "contenuto nel rispetto del principio di proporzionalità". Non sono previste soglie minime di punteggio. Data l'importanza del punteggio attribuito alla relazione tecnica – spesso determinante ai fini dell'aggiudicazione dell'intera procedura di gara - è necessario imporre alle Stazioni Appaltanti una soglia massima non superabile e tale da non alterare le regole della *par condicio* e del *favor participationis* (per esempio 1 – 2 punti). Inoltre, la possibilità di ottenere il punteggio mediante "documentazione equivalente" pare mettere in difficoltà l'ente appaltante e svilire il concetto di rating di legalità. Ciò dovrebbe essere possibile solo laddove l'impresa non possa ottenere, in base alle norme vigenti, tale rating. Infine, in caso di RTI, non si capisce in che misura possa essere premiato un partecipante che abbia, tra i propri associati, rating di legalità diversi tra loro. Il punteggio sarà la media ponderata dei diversi rating rispetto alle percentuali di esecuzione dei lavori?

Opzione scelta

L'osservazione non può essere accolta. Si tratta di un contributo che sarà tenuto in considerazione nella stesura di apposite linee guida sui criteri premiali di cui all'art. 95, comma 13. In effetti il *rating* di legalità, per i limiti soggettivi che lo connotano e per la maggiore o minore pertinenza con lo specifico oggetto dell'appalto, può essere premiato con un punteggio anche variabile seppur contenuto, vista la sua natura.

Rating di legalità – Requisiti generali – Sovrapposizione – Elementi non pertinenti

È stato osservato che, dalla Delibera AGCM del 14 novembre 2012, n. 24075, si evince che dei dodici requisiti per l'assegnazione delle c.d. "stellette" ben dieci (Art. 2, comma 2, lettere a, b, c, d, e, f, h, i, l, e comma 3) corrispondono pressoché integralmente a quanto già richiesto dall'art. 80 del Codice. Inoltre, la previsione di cui all'art. 2, comma 2, lettera d-*bis*), della Delibera fa riferimento a violazioni della disciplina di tutela del consumatore, ininfluenti ai fini del contrarre con la Pubblica Amministrazione, soggetto per definizione non rientrante nella categoria tutelata. Quanto invece alla previsione di cui all'art. 2, comma 2, lettera g), vi è nella disciplina degli appalti una specifica previsione per la tracciabilità dei flussi finanziari. Non sembra quindi che l'attuale assetto del rating di legalità disciplinato dall'AGCM possa incidere sulla qualità delle prestazioni oggetto di appalto. Fermo restando che un diverso futuro procedimento di rating possa farlo diventare rilevante in fase di attribuzione del punteggio tecnico. Si deve rilevare, inoltre, che la coincidenza fra requisiti soggettivi e criteri di valutazione comporterebbe l'attribuzione di un punteggio tecnico in base a requisiti che tutti i concorrenti devono possedere necessariamente, alterando così l'incidenza del punteggio tecnico rispetto al punteggio economico. Ipotesi esemplificative sarebbero in grado di regolamentare l'esercizio della discrezionalità attribuita alla stazione appaltante nell'applicazione del punteggio aggiuntivo (seppur minimo e nel rispetto del

principio di proporzionalità). Sarebbe in ogni caso necessario stabilire un tetto massimo di punteggio attribuibile col detto criterio, che consenta la minima incidenza sulla dinamica di gara (per esempio 1 punto).

Opzione scelta

L'osservazione non può essere accolta. Si tratta di un contributo che sarà tenuto in considerazione nella stesura di apposite linee guida sui criteri premiali di cui all'art. 95, comma 13 del Codice. In effetti il rating di legalità, per i limiti soggettivi che lo connotano e per la maggiore o minore pertinenza con lo specifico oggetto dell'appalto, può essere premiato con un punteggio anche variabile seppur contenuto, vista la sua natura.

Rating di legalità – Soglia di applicazione – Partecipazione di PMI – Partecipazione in RTI - Limitazioni

Infine, come correttamente rilevato dalla nota illustrativa, l'applicazione del punteggio correlato al possesso del rating di legalità si scontra con la soglia di due milioni di euro di fatturato per l'accesso delle imprese al rating stesso. Tale previsione limita la partecipazione delle PMI anche mediante RTI. Andrebbe quindi meglio chiarito che il punteggio in parola possa essere previsto solo nelle gare in cui è richiesto come requisito un fatturato minimo annuo di ciascuna impresa raggruppata in RTI pari o superiore a due milioni di euro oppure che il punteggio sarà ottenuto nel caso in cui almeno la mandataria sia in possesso del rating. Resta in ogni caso problematico comprendere come debba essere attribuito il punteggio in relazione ad RTI i cui partecipanti abbiano un diverso rating.

Opzione scelta

La questione non può essere risolta con un disciplinare tipo. Si tratta di un contributo che sarà tenuto in considerazione nella stesura di apposite linee guida sui criteri premiali di cui all'art. 95, comma 13 del Codice.

17. Contenuto della offerta economica

Sul punto 17, relativo al contenuto dell'offerta economica, hanno prodotto specifiche osservazioni i seguenti soggetti: Prodeo S.p.a., Area Blu S.p.A., Comune di Castrovillari, Provincia di Avellino, ANGEM, Associazione Europea del Partenariato Pubblico-Privato, Agenzia regionale Intercent-ER, Azienda Ospedaliero Universitaria di Modena, Legacoop, Azienda Ospedali riuniti Ancona, Azienda Sanitaria Unica Regione Marche, Unipol SAI, Università di Trieste, Provincia Autonoma di Trento, Studio legale Ristuccia Tufarelli, CONSIP, Assosistema, ANCI.

Stima dei costi della manodopera - Mancanza – Non è motivo di esclusione

È stato osservato che la mancanza della stima dei costi della manodopera non può essere motivo di esclusione, non essendo contemplata espressamente nei motivi di esclusione dell'art. 80. Il prezzo offerto e il ribasso sono sufficienti per la completezza dell'offerta.

Opzione scelta

Il rilievo non può essere accolto. Si tratta di dati obbligatori e, in conformità alla giurisprudenza del Consiglio di Stato relativa alle cause tassative di esclusione, tutto ciò che dalla legge è previsto come doveroso ovvero come vietato, laddove non adempiuto, comporta legittimamente l'esclusione dalla gara (Consiglio di Stato, Adunanze Plenarie n. 21/2012 e n. 7/2014). Né è ipotizzabile che l'eventuale omissione dell'indicazione in parola possa essere oggetto di soccorso istruttorio in quanto l'elemento afferisce all'offerta economica, espressamente esclusa dall'ambito di applicazione dell'art. 83, comma 9 del Codice.

Prezzi di riferimento – Base d’asta - Modalità di calcolo – Esplicitazione – Esclusiva competizione sui criteri qualitativi

È stato osservato che se l’Ente utilizza i prezzi di riferimento per predisporre l’importo a base d’asta deve essere previsto l’obbligo, da parte della stazione appaltante, di esplicitare chiaramente, nel disciplinare, anche le relative modalità di calcolo della stessa base d’asta. Inoltre, l’operatore economico può solo effettuare uno sconto rispetto alla base d’asta. Pertanto, con tale soluzione, si rende evidente l’utilizzo dei prezzi di riferimento da parte della stazione appaltante e, di conseguenza, si evita l’inammissibilità di una offerta economica superiore agli stessi prezzi di riferimento. Si richiede, pertanto, di esplicitare, nel documento stesso, che nel caso di utilizzo dei prezzi di riferimento la componente economica possa avere valore nullo, ai sensi dell’art. 95 comma 7 del Codice degli Appalti, e si può quindi prevedere la competizione solo con criteri qualitativi (il costo fisso è dato dagli stessi prezzi di riferimento ANAC).

Opzione scelta

Il primo rilievo è stato accolto. In tal senso, è stata data indicazione alle stazioni appaltanti, nell’art 3 del disciplinare, di chiarire, anche in caso di utilizzo dei prezzi di riferimento, le modalità di calcolo della base d’asta, negli atti di gara. Diversamente, non può essere accolta la seconda osservazione, essendo prevista l’inammissibilità delle sole offerte superiori alla base d’asta (art. 59, comma 4 lett. c) del Codice) e non avendo fondamento normativo l’esclusione per offerta pari alla base d’asta.

Costo della manodopera – Clausola sociale - Calcolo - Stima dell’operatore economico

È stato chiesto di chiarire come debba essere inteso il costo della manodopera, considerata l’operatività della clausola sociale di cui all’art. 50 del Codice, che potrebbe portare a un incremento del costo della manodopera ignoto al concorrente al momento della presentazione dell’offerta

Opzione scelta

Il rilievo non può essere accolto. Il calcolo della manodopera deve essere effettuato in base alle stime operate dall’operatore economico, anche tenendo conto della clausola sociale, la cui applicazione deve avvenire sempre nei limiti di compatibilità con l’organizzazione aziendale, tenuto conto dell’organizzazione del servizio sottesa alla propria offerta.

18. Criteri di aggiudicazione

Sul punto 18, relativo ai criteri di aggiudicazione, hanno prodotto specifiche osservazioni i seguenti soggetti: Comune di Castrovillari, Provincia di Avellino, ANGEM, Associazione Europea del Partenariato Pubblico-Privato, Agenzia regionale Intercent-ER, Legacoop, Comune di Milano, Medtronic Italia S.p.A., Markas S.r.l., Confartigianato, Fater S.p.A., Studio legale Ristuccia Tufarelli, CONSIP, ANCI, Itaca.

Criterio di aggiudicazione - Miglior rapporto qualità prezzo – Costo del ciclo di vita

È stato osservato che il riferimento al miglior rapporto qualità/prezzo - senza che vi sia alcun rinvio anche al costo del ciclo di vita - data la formula dell’art. 95, comma 2, Codice (ad avviso del richiedente diversa dalla Direttiva) posto che, con l’utilizzo della congiunzione avversativa “o” si propone un’alternativa fra il criterio qualità-prezzo e quello del costo del ciclo di vita, potrebbe portare le stazioni appaltanti a escludere quest’ultimo criterio dalle gare, in quanto non incluso nel bando-tipo. In tal senso, è stato suggerito un ripensamento della formula utilizzata.

Opzione scelta

Il suggerimento non può essere accolto. Il Disciplinare prevede un espresso rinvio all’utilizzo del criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, secondo il miglior rapporto qualità prezzo che è

criterio distinto e separato dal criterio del costo-efficacia. Sotto il profilo di quanto evidenziato in ordine al costo del ciclo di vita, si evidenzia che tra gli elementi e i criteri oggettivi di cui all'art. 95, comma 6, del Codice (da valutarsi nel miglior rapporto qualità prezzo) sono inclusi alla lett. c) anche gli elementi salienti del costo del ciclo di vita, così come dettagliati nell'art. 96 del Codice.

Criteri di valutazione dell'offerta tecnica – Servizi specifici

Alcuni operatori hanno avanzato suggerimenti in ordine all'inserimento di criteri di valutazione dell'offerta tecnica pertinenti rispetto a specifici servizi/forniture.

Opzione scelta

I suggerimenti, pur apprezzabili, non sono stati accolti non essendo ipotizzabile una loro declinazione esaustiva stante il carattere generale del bando tipo. Essi potranno essere presi in considerazione in sede di stesura di bandi tipo destinati a specifici settori.

Confronto a coppie - Soglia di sbarramento – Incompatibilità – Non sussiste

È stato osservato che la soglia di sbarramento è incompatibile con il metodo del confronto a coppie, giacché il confronto a coppie esprime “non già una valutazione assoluta, ma piuttosto una valutazione relativa delle offerte” (Cons. Stato, Sez. V, 28 febbraio 2012, n. 1150) basata sulla preferenza che ciascun commissario dà, confrontando a due a due le varie offerte. In altre parole, è stato sostenuto che nel confronto a coppie non si valuta se ciascuna offerta sia nello specifico insufficiente, sufficiente, buona o altro ma si ordinano progressivamente le offerte, da quella relativamente più apprezzata in giù, senza che tale ordine sia significativo in relazione alle qualità assolute dell'offerta. Sarebbe quindi irrazionale e contraddittorio applicare un giudizio di insufficienza, proprio della soglia di sbarramento, all'esito non assoluto ma relativo di un confronto a coppie.

Opzione scelta

L'osservazione non è stata accolta in quanto la soglia di sbarramento è funzionale a garantire un livello minimo di qualità nei confronti della stazione appaltante. Ciò a prescindere se le valutazioni vengano effettuate in valore assoluto, relativamente a ciascun candidato, ovvero scaturiscano da un confronto tra le diverse offerte.

Punteggio dell'offerta economica - Calcolo - Metodo di attribuzione del coefficiente

Alcuni operatori hanno mosso rilievi all'indicazione delle formule contenute nel disciplinare di gara sulla base di motivazioni legate alle diverse implicazioni negative che ciascuna, dal suo canto, reca con sé.

Opzione scelta

Al riguardo si precisa che le formule menzionate sono esclusivamente quelle indicate nelle Linee guida n. 2/2016. Queste ultime, unitamente alla relativa relazione AIR, danno piena evidenza degli aspetti positivi e degli inconvenienti connessi alle formule adottate, nonché delle ragioni giustificative sottese alla loro adozione.

Riparametrazione - Offerta tecnica - Calcolo del punteggio - Soglia di sbarramento

Alcuni intervenuti osservano che i metodi di attribuzione del punteggio contengono già all'interno un sistema di riparametrazione (vedi confronto a coppie) e ciò contrasterebbe con la previsione del disciplinare che prevede che la prima riparametrazione debba essere effettuata dopo la verifica del superamento della soglia di sbarramento.

Opzione scelta

Sul punto si osserva che la riparametrazione insita nel sistema di attribuzione del punteggio è cosa diversa dalla prima riparametrazione che serve in quei casi in cui ad alcuni criteri non sia stato assegnato il massimo del punteggio previsto dalla *lex specialis*. Non è detto infatti che la riparametrazione insita nel sistema di attribuzione del punteggio porti a raggiungere il massimo punteggio in ciascun sub criterio e, quindi, nel relativo criterio cui sono riferiti i singoli sub- criteri, di talché la riparametrazione serve ad attribuire il massimo punteggio a quel criterio in relazione al quale si è avuto il punteggio più alto ma non si è ottenuto il massimo dei punti realizzabili. In ogni caso, a maggior chiarimento, si è proceduto a modificare la clausola del Disciplinare precisando che la prima e la seconda riparametrazione sono effettuate prima dell'applicazione della soglia di sbarramento.

Calcolo della soglia di anomalia - Riparametrazione

Alcuni intervenuti osservano che le soglie di anomalia debbano essere calcolate sulla base del punteggio attribuito dai commissari prima della riparametrazione, perché solo questo è il vero giudizio sulla reale qualità dell'offerta, essendo, la riparametrazione, un mero artificio per attribuire tutto il *range* del punteggio previsto nel bando.

Opzione scelta

L'osservazione non può essere accolta, innanzitutto, perché l'Autorità ha già preso posizione con Linea guida n. 2/2016 affermando sul punto che “*ai fini della verifica di anomalia la stazione appaltante fa riferimento ai punteggi ottenuti dai concorrenti all'esito delle relative riparametrazioni*”. Inoltre, tenuto conto del sistema di calcolo dell'anomalia nel caso di criterio dell'OEPV secondo il miglior rapporto qualità- prezzo (superamento del 4/5 del punteggio massimo ottenibile in ciascuna delle due componenti tecnica ed economica), la riparametrazione effettuata prima del calcolo dell'anomalia assicura che quest'ultimo sia effettuato sull'unico punteggio giuridicamente rilevante in base alla *lex specialis* di gara, vale a dire quello scaturente dall'applicazione della formula unitamente alla riparametrazione da ritenersi, se prevista nel bando, parte integrante del sistema di attribuzione del punteggio.

Criteri premiali – Beni a filiera corta o a km zero - Valorizzazione

Alcuni intervenuti osservano che è necessario evidenziare il criterio contenuto nell'art. 95, comma 13 del Codice relativo a beni e prodotti da filiera corta o a km zero per valorizzare le imprese locali, l'indotto locale mediante il coinvolgimento nel subappalto di aziende 'di prossimità' rispetto al luogo di esecuzione dei lavori, l'utilizzo di manodopera locale oppure per migliorare la disponibilità all'assistenza/manutenzione, per ridurre le interferenze con l'ambiente esterno (gestione del traffico, rumore, polveri) e migliorare la tutela della salute e sicurezza dei lavoratori, della tutela dell'ambiente in termini di emissioni e CO2 ecc.

Opzione scelta

Non accolta. Trattandosi di un bando tipo di carattere generale, l'opzione seguita è stata quella di evitare riferimenti a criteri che possono avere una loro declinazione a seconda del settore di riferimento. In questa sede il bando richiama genericamente i criteri premiali di cui all'art. 95, comma 13, del Codice che ricomprendono anche i beni e prodotti da filiera corta o a km zero.

Prezzi di riferimento – Offerta economica - Punteggio

Alcuni operatori hanno mosso rilievi relativi all'attribuzione del punteggio all'elemento prezzo in caso di utilizzo di prezzi di riferimento, segnalando che la procedura di gara del codice degli appalti, dovrebbe prevedere espressamente, per l'elemento relativo al prezzo, un valore pressoché nullo, ovvero utilizzare la formula di cui all' art. 95, comma 7, vale a dire prezzo fisso e concorrenza sulla qualità.

Opzione scelta

Nel criterio del miglior rapporto qualità- prezzo, l'elemento prezzo non può essere azzerato. L'unica indicazione normativa a riguardo è di contenere il punteggio economico nei limiti del 30 per cento del punteggio totale. L'osservazione fa riferimento ad un criterio diverso, che prevede il prezzo fisso e la competizione solo sulla qualità (art. 95 comma 7 del Codice).

19. Svolgimento operazioni di gara: apertura della busta A – verifica documentazione amministrativa

Sul punto 19, relativo allo svolgimento delle operazioni di gara, i.e. apertura della busta a) e procedimento di verifica della documentazione amministrativa, hanno prodotto specifiche osservazioni i seguenti soggetti: Area Blu S.p.A., Provincia di Avellino, ANGEM, Associazione Europea del Partenariato Pubblico-Privato, Agenzia regionale Intercent-ER, Legacoop, Azienda Ospedali Riuniti Ancona, Azienda Sanitaria Unica Regione Marche, Università di Trieste, Provincia Autonoma di Trento, CONSIP.

Valutazione documentazione amministrativa – Seduta pubblica

Alcuni operatori hanno osservato che la valutazione della documentazione amministrativa contenuta nella busta A debba essere fatta sempre in seduta pubblica anche nelle procedure telematiche.

Opzione scelta

L'osservazione non può essere accolta. La seduta pubblica è obbligatoria per l'apertura della busta A, B e C ed il controllo della completezza e conformità dei documenti richiesti dal disciplinare di gara, ma non necessariamente per le valutazioni, siano esse quelle economiche siano esse riferite semplicemente agli aspetti amministrativi.

Seggio di gara – Commissione giudicatrice – Componenti – Incompatibilità – Verifica

È stato osservato che non è presente la fase di verifica, a porte chiuse, prima della prima seduta pubblica, di eventuali incompatibilità con i concorrenti da parte dei componenti del Seggio di gara o della Commissione giudicatrice.

Opzione scelta

Il rilievo non può essere accolto. Non si tratta, infatti, di materia oggetto di disciplinare, in quanto i commissari rilasciano apposita dichiarazione di assenza di incompatibilità alla stazione appaltante all'atto dell'accettazione dell'incarico.

Ufficiale rogante – Sedute della commissione – Presenza – Disciplina

È stato osservato che il disciplinare non ha specificato nulla sull'obbligo della presenza dell'Ufficiale Rogante (ove presente presso la S.A.) quale verbalizzante, e neppure se possa o meno essere presente durante le sedute riservate, durante le quali la Commissione esamina le offerte tecniche.

Opzione scelta

L'osservazione non può essere accolta. Non si tratta infatti di materia da regolare nel Disciplinare, trattandosi di aspetti organizzativi rimessi alla stazione appaltante.

20. Commissione giudicatrice

Sul punto 20, relativo alla commissione giudicatrice, hanno prodotto specifiche osservazioni i seguenti soggetti: Provincia di Avellino, Associazione Europea del Partenariato Pubblico-Privato, Medtronic Italia S.p.A., Università di Trieste, CONSIP.

Commissione giudicatrice – Componenti – Esperienza nel settore oggetto dell'appalto

È stato osservato che il riferimento a “esperti nello specifico settore cui si riferisce l’oggetto del contratto” restringerebbe troppo il numero di soggetti potenzialmente idoneo a far parte di commissioni giudicatrici, con conseguente possibilità di influenze patologiche.

Opzione scelta

L’osservazione non può essere accolta. La disciplina è contenuta nell’art. 77, comma 1, del Codice.

Commissari – Settore di esperienza – Ulteriori specificità

È stato richiesto di aggiungere che, all’interno dello specifico settore di esperienza dei commissari, dovrebbero essere prese in considerazione eventuali ulteriori specialità. A titolo esemplificativo, è stato evidenziato l’ambito sanitario: se per specifico settore si intendesse la sola “cardiologia” si potrebbe generare una situazione tale per cui medici cardiologi (ma non specialisti quali gli elettrofisiologi) si troverebbero a giudicare dei prodotti ad altissimo contenuto tecnologico che tuttavia non conoscono. Indicare la “specialità” sarebbe importante per una giusta valutazione tecnica: emodinamisti, cardiologi interventisti, elettrofisiologi, etc... al fine di far giudicare i prodotti a chi realmente li utilizza nell’attività professionale.

Opzione scelta

L’osservazione non può essere accolta. Per la selezione delle specialità dei commissari non può non darsi spazio al prudente esercizio della discrezionalità della stazione appaltante. Il Disciplinare ha valenza generale e non può contenere norme specifiche per ogni settore di attività. Maggiori specificazioni saranno contenute nelle linee guida sul funzionamento dell’Albo dei commissari tecnici.

21. Apertura delle buste b e c – valutazione delle offerte tecniche ed economiche

Sul punto 21, relativo all’apertura delle buste b) e c) e alla valutazione delle offerte tecniche ed economiche, hanno prodotto specifiche osservazioni i seguenti soggetti: Area Blu S.p.A., Provincia di Avellino, ANGEM, Agenzia regionale Intercent-ER, Legacoop, Centrale di Committenza dell’Unione dei Comuni del Distretto Ceramico, Medtronic Italia S.p.A., Università di Trieste, CONSIP.

Offerte in pari merito – Sorteggio - Esperimento di miglioria

È stato osservato che nel caso di due o più offerte prime in graduatoria è previsto esclusivamente il sorteggio e non anche, preventivamente, il miglioramento assoluto dell’offerta economica ai sensi dell’art. 77, comma 1, del R.D. 23/5/24, n. 827.

Opzione scelta

Non accolta in quanto la disposizione richiamata, precipuamente attagliata al criterio del prezzo più basso, non appare consona al caso dell’offerta economicamente più vantaggiosa, visto che la componente tecnica non avrebbe un nuovo rilancio competitivo che, invece, sarebbe limitato esclusivamente alla componente economica.

Punteggio tecnico – Superamento soglia – Comunicazione esclusione

È stato chiesto di confermare - rispetto al caso di offerta che non supera la soglia di punteggio tecnico - che il procedimento sia il seguente: 1) lettura/visualizzazione in seduta pubblica dei punteggi attribuiti rendendo così noto il superamento o meno della soglia; 2) apertura delle sole offerte economiche degli ammessi alla fase successiva per superamento della soglia; 3) solo successivamente alla seduta invio, se necessario, di una comunicazione formale relativa alla non ammissione/esclusione al concorrente che con la sua offerta non ha superato la soglia. Diversamente, sarebbe opportuno chiarire meglio il procedimento da seguire.

Opzione scelta

L'osservazione non può essere accolta, tuttavia il disciplinare ha chiarito il procedimento prevedendo che, non appena siano individuate le offerte che non superano la soglia, la commissione le comunica al RUP per le successive comunicazioni ai sensi dell'art. 76, comma 5, lett. b) del Codice. Con tale scansione procedimentale la commissione deve limitarsi ad investire il RUP, anche mediante la trasmissione del verbale, degli adempimenti informativi essendo competenza di quest'ultimo la trasmissione delle comunicazioni. Nel frattempo la commissione potrà proseguire nelle valutazioni.

Riparametrazione - Criterio premiante – Discrezionalità della stazione appaltante

È stato osservato che quando due concorrenti ottengono il medesimo punteggio complessivo, ma punteggi differenti per il prezzo e per tutti gli altri elementi di valutazione, si suggerisce che il parametro premiante sia quello “qualitativo” (questo nell'inconfutabile interesse pubblico); pertanto, il primo in graduatoria dovrebbe essere il concorrente che otterrà un punteggio superiore nella propria “offerta tecnica”.

Opzione scelta

Il rilievo non può essere accolto. La scelta circa il parametro premiante è rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante.

22. Verifica di anomalia delle offerte

Sul punto 22, relativo alla verifica di anomalia delle offerte, hanno prodotto specifiche osservazioni i seguenti soggetti: Provincia di Avellino, ANGEM, Associazione Europea del Partenariato Pubblico-Privato, Legacoop, Comune di Trieste, Studio legale Ristuccia Tufarelli.

Verifica di anomalia – Ulteriore termine a chiarimento – Poteri del RUP

È stato osservato che il Disciplinare di gara prevede, nel caso di sub-procedimento di verifica di anomalia dell'offerta, la possibilità che la stazione appaltante richieda, anche mediante audizione orale, ulteriori chiarimenti, assegnando all'operatore economico un termine massimo per il riscontro. Tale procedimento sarebbe ritenuto in contrasto con l'art. 97, comma 5, del Codice che non prevede ulteriori chiarimenti con rinnovo del termine perentorio per l'esclusione.

Opzione scelta

Il rilievo non può essere accolto. È vero che il Codice non prevede che la stazione appaltante assegni un termine per ulteriori chiarimenti nel caso in cui le spiegazioni fornite dall'offerente non siano ritenute sufficienti ad escludere l'anomalia, tuttavia tale potere è da ritenersi implicito nell'ambito dei più generali poteri istruttori demandati al RUP. Appare inoltre in linea con il principio di massima partecipazione degli operatori alla procedura di gara, al fine di evitare esclusioni basate su elementi formalistici.

Verifica di anomalia - Procedimento – Disciplinare

È stato proposto di riformulare il procedimento di verifica di anomalia dell'offerta, ritenendolo un procedimento particolarmente aggravato ed è stato richiesto, a questo scopo, di rinviare alla disposizione di cui all'articolo 97, commi 1 e 4 e ss., del Codice.

Opzione scelta

La proposta non può essere accolta. Si è ritenuto utile proceduralizzare l'attività dell'Amministrazione. L'indicazione contenuta nella clausola costituisce un ausilio sulle modalità con cui la stazione appaltante può procedere nel caso in cui più offerte risultino anomale.

23. Aggiudicazione dell'appalto e stipula del contratto

Sul punto 23, relativo all'aggiudicazione dell'appalto e alla stipula del contratto, hanno prodotto specifiche osservazioni i seguenti soggetti: Emanuele Giustiniani, Provincia di Avellino, ANGEM, Associazione Europea del Partenariato Pubblico-Privato, Azienda Ospedaliero Universitaria di Modena, Legacoop, Azienda Ospedali Riuniti Ancona, Azienda Sanitaria Unica Regione Marche, Università di Trieste, ANAS S.p.A., CONSIP, Centrale di Committenza dell'Unione dei Comuni del Distretto Ceramico, Medtronic Italia S.p.A., Università di Trieste, CONSIP, Itaca.

Mancato possesso dei requisiti – Atto conseguente - Esclusione – Revoca

È stato chiesto di chiarire che l'atto da porre in essere, qualora non si posseggano i requisiti morali e tecnici/economici, sia l'esclusione e non la revoca dell'aggiudicazione. Il fatto che non si debba parlare di revoca dell'aggiudicazione sarebbe desumibile anche da quanto previsto dall'art 85, comma 5, secondo cui i suddetti controlli debbono essere effettuati "prima dell'aggiudicazione....".

Opzione scelta

L'osservazione non può essere accolta per le seguenti motivazioni. Ai sensi dell'art. 85, comma 5, la stazione appaltante chiede i documenti complementari prima dell'aggiudicazione ma non deve attendere l'esito dei medesimi per procedere alla stessa. Ai sensi dell'art. 32, comma 7, infatti, l'aggiudicazione diventa efficace dopo la verifica del possesso dei requisiti. Ne consegue che l'esito di questi ultimi agisce sull'aggiudicazione già disposta, costituendone condizione di efficacia. Ciò comporta di procedere all'esclusione del concorrente dalla graduatoria e conseguente annullamento (*rectius* dichiarazione di decadenza, cfr. art. 75 del d.p.r. n. 445/2000) dell'aggiudicazione, qualora l'aggiudicatario risulti privo dei requisiti autodichiarati in gara.

Verifiche sull'aggiudicatario – Assenza motivi di esclusione - Verifica della documentazione

È stato osservato che se si ritenessero applicabili le disposizioni dell'art. 29, comma 1, del Codice alle verifiche antecedenti alla stipulazione e non solo alle verifiche *in itinere*, si dovrebbe affermare che "l'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione" sia la notifica della positiva verifica dei requisiti in capo all'aggiudicatario che, stabilendo l'efficacia dell'aggiudicazione, individua anche il termine iniziale di decorrenza dei 35 giorni dello *stand still*.

Opzione scelta

Non accolta. L'art 29 non descrive l'acquisizione dei documenti "complementari" di cui all'art. 86 - descritta dal solo art. 85, comma 5 - ma si riferisce alla mera verifica documentale e formale delle autodichiarazioni rese. Inoltre i 35 di giorni di *stand still* sono previsti perché non si stipuli prima del decorso di trenta giorni previsto dal c.p.a. per l'impugnativa del provvedimento di aggiudicazione. trenta giorni che decorrono dalla comunicazione del provvedimento di aggiudicazione e non dalla sua intervenuta efficacia.

Aggiudicazione – Verifica delle condizioni di esecuzione

È stato osservato che la commissione di gara prima dell'aggiudicazione definitiva deve sempre verificare la reale sussistenza di tutti i requisiti di capacità tecnica ed economica dichiarati dall'impresa prima in graduatoria, sia se riferiti all'accesso alla gara che all'esecuzione del contratto, ad es. il requisito di disponibilità sia del centro di cottura principale che di quello di emergenza deve essere condizione per l'aggiudicazione definitiva e quindi non può essere procrastinato a seguito della chiusura del procedimento di gara perché vi sarebbe una violazione del principio della *par condicio* tra imprese.

Opzione scelta

L'osservazione non può essere accolta. Il Codice non prevede che la verifica sull'effettiva esistenza delle condizioni di esecuzione sia presupposto per l'aggiudicazione o condizione di efficacia della stessa diversamente da quanto dispone per i requisiti generali e speciali. Peraltro, alcune condizioni relative all'esecuzione del contratto potrebbero non essere verificabili prima dell'aggiudicazione in quanto il concorrente le attua solo ad aggiudicazione intervenuta.

24. Clausola sociale e altre condizioni particolari di esecuzione

Sul punto 24, relativo alla clausola sociale e alle altre condizioni particolari di esecuzione, hanno prodotto specifiche osservazioni i seguenti soggetti: Area Blu S.p.A., Provincia di Avellino, ANGEM, Associazione Europea del Partenariato Pubblico-Privato, Azienda Ospedaliero Universitaria di Modena, Legacoop, Fastweb spa, Federlavoro, Markas S.r.l., ANAS S.p.A., Studio legale Ristuccia Tufarelli, CONSIP.

Clausola sociale – Previsione limite massimo assunzione

Si suggerisce di riformulare la clausola considerando che i dipendenti dell'appaltatore uscente potrebbero non avvalersene. Inoltre, sarebbe opportuno prevedere anche un limite massimo di assunzioni, nonché una specificazione del tipo di assunzione prevista per tali lavoratori (a tempo determinato/indeterminato)

Opzione scelta

Non accolta in quanto si tratta di vincoli che non possono essere inseriti in un Disciplinare di natura generale.

Clausola sociale – Rinvio ai CCNL

È stato suggerito di riformulare la clausola come segue: “Il concorrente, al fine di garantire i livelli occupazionali esistenti, compatibilmente con i principi nazionali e comunitari di libera iniziativa imprenditoriale e di concorrenza, in caso di aggiudicazione, si impegna ad osservare le norme in materia di cessazione e cambio di appalto previste dalla contrattazione collettiva vigente relativamente all'obbligo di assorbimento della manodopera e, conseguentemente, ad applicare i contratti collettivi di settore di cui all'art. 51 del D.Lgs. 81/2015”

Opzione scelta

L'obbligo di tutelare i livelli occupazionali prescinde dalle previsioni dei singoli CCNL, vale a dire che quand'anche questi non lo prevedano la stazione appaltante deve farsi garante, mediante un clausola sociale *ad hoc* dell'eventuale riassorbimento, seppure parziale, del personale dipendente dell'operatore uscente.

Clausola sociale – Settore dei *call center*

È stato segnalato che vi è una espressa previsione di clausola sociale nell'art. 1, comma 10, l. 11/2016 relativa al settore dei *call center*. La sua attuazione ha una specifica procedimentalizzazione stabilita, ai sensi della suddetta norma, mediante accordo sindacale (ad oggi quello firmato in data 30.05.2016).

Occorre quindi che i disciplinari per gare di servizi di *call center* facciano rinvio alla norma ed all'accordo attuativo e la tempistica di sottoscrizione del contratto sia coordinata con il procedimento da svolgere in sede sindacale.

Opzione scelta

Non accolta. Si tratta di una specificazione di tale dettaglio settoriale non compatibile con la generalità del Bando tipo in corso di adozione. Si evidenzia, ad ogni buon conto, che è stata contemplata nel Disciplinare una clausola facoltativa, che prevede il coinvolgimento delle organizzazioni sindacali

nell'eventualità che siano cambiate le condizioni dell'appalto rispetto a quelle previste nel contratto con il fornitore uscente.

25. Definizione delle controversie

Sul punto 25, relativo a Definizione delle controversie, hanno prodotto specifiche osservazioni i seguenti soggetti: Paolo Fontana Provincia Autonoma di Trento, Itaca.

Diritto di accesso – Proposta di disciplina

È stato suggerito di disciplinare nel paragrafo 25 anche le modalità di esercizio del diritto di accesso.

Opzione scelta

Non accolta. Non è necessario reiterare previsioni normative con un alto livello di dettaglio in ordine alla procedimentalizzazione degli adempimenti necessari per l'accesso.

Clausola compromissoria – Oggetto di contratto - Disciplinare di gara – Necessaria previsione

È stato proposto di eliminare l'art. 25 del Disciplinare, in quanto tale materia sembrerebbe essere più di natura contrattuale, pertanto più che nel disciplinare andrebbe inserita nello schema contratto.

Opzione scelta

L'osservazione non può essere accolta. La previsione di un articolo dedicato al contenzioso seppur riferito ad una fase contrattuale, costituisce un'utile sede nella quale contemplare altresì la clausola compromissoria che deve essere inserita obbligatoriamente nel disciplinare di gara ai sensi dell'art. 209 del Codice.

26. Trattamento dei dati personali

Sul punto 26, relativo al Trattamento dei dati personali, hanno prodotto specifiche osservazioni i seguenti soggetti: Consip.

Privacy – Regolamento comunitario

È stato chiesto se, a fronte della prossima entrata in vigore (maggio 2018) del Regolamento UE/2016/679 in materia di privacy, non debba essere richiamata in prospettiva la relativa disciplina.

Opzione scelta

Non accolta. Si ritiene opportuno provvedere all'aggiornamento del Disciplinare in esito all'entrata in vigore della citata normativa. Comunque l'eventuale entrata in vigore della norma non immediatamente seguita dall'aggiornamento, è prevista tra le legittime motivazioni di deroga alle disposizioni del Disciplinare.