



Autorità Nazionale Anticorruzione

Bando-tipo n. 1/2017

Nota illustrativa

Schema di disciplinare di gara

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

Sommario

Premessa.....	3
1. Il bando-tipo per i contratti di servizi e forniture: aspetti generali.....	4
2. La tassatività delle cause di esclusione e il soccorso istruttorio	5
3. Prescrizioni per la prevenzione dell'illegalità e della corruzione.....	7
4. Le premesse al Disciplinare- tipo (art. 1 Disciplinare)	9
5. Documentazione di gara, chiarimenti e comunicazioni (art. 2 Disciplinare)	9
6. Oggetto dell'appalto, importo e suddivisione in lotti (art. 3 Disciplinare).....	10
7. Durata dell'appalto, opzioni e rinnovi (art. 4 Disciplinare).....	13
8. Soggetti ammessi in forma singola e associata e condizioni di partecipazione (art. 5 Disciplinare)	14
9. Requisiti generali (art. 6 Disciplinare).....	15
10. Requisiti speciali e mezzi di prova (art. 7 Disciplinare).....	16
11. Avvalimento (art. 8 Disciplinare)	20
12. Subappalto (art. 9 Disciplinare)	21
13. Garanzia provvisoria (art. 10 Disciplinare).....	23
14. Sopralluogo (art. 11 Disciplinare).....	25
15. Pagamento in favore dell'Autorità (art. 12 Disciplinare)	26
16. Modalità di presentazione dell'offerta e sottoscrizione dei documenti di gara (art. 13 Disciplinare)	26
17. Contenuto della busta A -Documentazione amministrativa (art. 15 Disciplinare).....	28
18. Contenuto della busta B – Offerta tecnica (art. 16 Disciplinare)	31
19. Contenuto della busta C – Offerta economica (art. 17 Disciplinare)	32
20. Criterio di aggiudicazione (art. 18 Disciplinare).....	32
21. Operazioni di gara e nomina della commissione giudicatrice (artt. 19, 20 e 21 Disciplinare)...	36
22. Individuazione dell'anomalia e verifica di congruità delle offerte: procedimento ed esclusione dell'offerta anomala (art. 22 Disciplinare).....	37
23. Aggiudicazione dell'appalto e stipula del contratto (art. 23 Disciplinare)	39
24. Clausola sociale e altre condizioni particolari di esecuzione (art. 24 Disciplinare)	40
25. Definizione delle controversie (art. 25 Disciplinare).....	42
26. Trattamento dei dati personali (art. 26 Disciplinare).....	42

Premessa

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

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

Il presente lavoro – alla luce del nuovo Codice – adotta il Bando tipo generale servizi e forniture nei settori ordinari sopra soglia comunitaria con il criterio dell’offerta più vantaggiosa sulla base del miglior rapporto qualità prezzo, così perseguendo l’obiettivo di fornire alle stazioni appaltanti uno strumento a garanzia di efficienza, standard di qualità dell’azione amministrativa e omogeneità dei procedimenti (art. 213). Si tratta, invero, dello schema di Disciplinare di gara, che presenta aspetti di complessità maggiore rispetto al mero Bando di gara e, dunque, esigenze di orientamento e standardizzazione più avvertite dalle stazioni appaltanti. Il lavoro di redazione dello schema di Disciplinare avviene, infatti, all’esito della considerazione degli orientamenti più consolidati e aggiornati dell’opera interpretativa dell’ANAC e del Consiglio di Stato, nonché dello scambio di informazioni e delle migliori pratiche constatate presso le amministrazioni aggiudicatrici¹.

Il Disciplinare prende in considerazione la sola procedura aperta di cui all’art. 60 del Codice, con applicazione del criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità prezzo, di cui all’art. 95, comma 2, Codice. Tale scelta si impone per evidenti ragioni di

¹ La predisposizione del lavoro ha comportato la necessità di aggiornare aspetti, meramente formali, del precedente disciplinare tipo adottato dall’Anac e, soprattutto, ha richiesto l’adeguamento sostanziale ai nuovi istituti giuridici e alle loro interrelazioni (es. subappalto, responsabile unico del procedimento, criteri di aggiudicazione, soccorso istruttorio, compiti e funzioni della commissione giudicatrice, nuove modalità di verifica delle buste, etc.); nel rispetto del divieto di *gold plating*, non è stata trascurata, infine, l’attenzione ai principi e istituti più recenti in tema di trasparenza, prevenzione della corruzione e semplificazione.

Nella esatta definizione della disciplina afferente ad alcuni istituti, particolare attenzione è stata riservata alla sopravvenuta abrogazione del Regolamento, D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 e alla nuova disciplina introdotta con la modalità delle Linee guida. In tal senso, è stato dato rilievo alle Linee guida approvate, tra cui – in particolare – le Linee guida n. 2 del 2016, recanti “Offerta economicamente più vantaggiosa”, le Linee guida n. 3 del 2016 e s.m.i., recanti “Nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento di appalti e concessioni” e le Linee guida n. 5 del 2016, recanti “Criteri di scelta dei commissari di gara e di iscrizione degli esperti nell’albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici”, avendo cura di segnalare – ove possibile – le parti in corso o in previsione di aggiornamento. Analoga attenzione è stata dedicata alle indicazioni fornite dal Consiglio di Stato con il Parere reso dall’Adunanza della Commissione speciale sullo schema di codice dei contratti pubblici (Cons. Stato, Comm. Spec., 1 aprile 2016, n. 855), nonché al parere sul Decreto correttivo del codice (Cons. St., comm. spec., 30 marzo 2017, n. 782) e a tutti i pareri, resi in ordine alle singole Linee guida adottate dall’Anac.

semplificazione, di ricorrenza tipologica e per rispondere a esigenze di utilità pratica per le stazioni appaltanti. Il criterio prescelto appare, invero, di particolare significato anche per il legislatore comunitario al fine di contemperare i fattori qualitativi accanto agli aspetti meramente economici (*cfr.* artt. 67 e 68 della direttiva 2014/24/UE).

Nel caso in cui la Stazione appaltante voglia prevedere un Bando che prevede l'aggiudicazione con il criterio del prezzo più basso, il Disciplinare può essere opportunamente adattato e utilizzato nella misura in cui sia compatibile. Il Disciplinare in parola non è vincolante per gli enti aggiudicatori che operano nei settori speciali. Tuttavia, si invitano gli stessi ad utilizzare le parti dello schema proposto, in quanto compatibili con la disciplina dei suddetti settori, al fine di ottenere una maggiore standardizzazione dei bandi di gara. Il modello è obbligatorio per le amministrazioni aggiudicatrici che operano nei settori speciali quando affidano servizi e forniture non connesse con le attività di cui agli articoli da 115 a 121 del Codice, in quanto la disciplina di riferimento, in tal caso, resta quella dedicata dal Codice ai settori ordinari.

SI evidenzia infine che il Disciplinare non si applica alle procedure per l'affidamento dei servizi sociali ai sensi dell'art. 142 co. 5 bis del Codice.

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

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

Le prescrizioni indicate nel Disciplinare come facoltative e/o alterative corrispondono alle diverse opzioni legittimamente ammesse dalla normativa: in questo caso, la scelta effettuata dalla stazione appaltante tra le diverse soluzioni consentite non costituisce una deroga al modello e quindi non richiede specifica motivazione. Resta fermo che, una volta che la stazione appaltante abbia optato per una soluzione, tali prescrizioni vengono ad integrare il contenuto del disciplinare di gara e l'amministrazione sarà tenuta, nel corso della procedura, ad attenervisi senza possibilità di discostarsene, pena la violazione del principio di certezza e imparzialità dell'azione amministrativa e della *par condicio* dei concorrenti.

Il modello contiene gli elementi fondamentali della procedura di affidamento che le stazioni appaltanti sono tenute ad inserire nella documentazione di gara ed è tendenzialmente esaustivo di tutte le possibili fattispecie che in concreto possono verificarsi. Si evidenzia, tuttavia, che per aspetti procedurali, quali, ad esempio, quelli connessi alle gare gestite con sistemi telematici, si dovrà integrare il disciplinare di gara con le norme sulla procedura e le altre indicazioni dettate dal Codice. In particolare, per le gare telematiche si suggerisce l'adozione da parte delle stazioni appaltanti di appositi regolamenti interni di disciplina che possono essere richiamati nel bando. L'opzione di porre in essere una gara telematica costituisce, di per sé, idonea motivazione a consentire una deroga al disciplinare, limitatamente agli aspetti che è necessario modificare per gestire la gara telematicamente. Similmente, in attesa

dell'approvazione di specifici bandi per tipologia di gara, opportune integrazioni dovranno essere apportate per l'affidamento di contratti in taluni settori come quello dei servizi attinenti all'ingegneria ed architettura per il quale il Codice e le Linee guida n. 1 del 2016 e s.m.i. contengono norme specifiche in relazione ai requisiti di partecipazione. Per le procedure indette dalle centrali di committenza il modello predisposto potrà essere utilizzato nei limiti di compatibilità con le specificità dell'oggetto delle diverse tipologie di appalto.

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

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

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

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

Il Disciplinare contempla precise e tassative cause di esclusione sulla base di quanto previsto dal Codice e dalle leggi vigenti, anche in considerazione dell'elaborazione giurisprudenziale intervenuta nel tempo, ed evidenzia le stesse utilizzando l'espressa formula *“a pena di esclusione”*. L'inserimento nel Disciplinare di gara di ulteriori cause di esclusione rispetto a quelle previste dal Codice e dalle leggi vigenti è sanzionato dal Codice con la nullità della clausola stessa, senza che sia inficiato l'intero atto (art. 83, comma 8, ult. per.). La norma da ultimo richiamata prevede, infatti, che *“I bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal presente codice e da altre disposizioni di legge vigenti. Dette prescrizioni sono comunque nulle”*. Le Stazioni appaltanti, pertanto, avranno cura di non incorrere nella previsione di cause nulle. Rispetto al quadro normativo previgente, sono rinvenibili nell'articolo 83, comma 8 del nuovo Codice solo il mancato adempimento alle prescrizioni del Codice e delle leggi. Ciononostante è da ritenere che anche le altre ipotesi non più espressamente menzionate possano essere legittimamente contemplate in forza dei principi generali che informano la materia dell'evidenza pubblica e segnatamente dei principi di parità di trattamento, segretezza delle offerte, perentorietà del termine della loro presentazione.

In tale contesto normativo si colloca l'istituto del soccorso istruttorio e in esso trova i limiti di operatività. L'istituto, infatti, è volto ad evitare che irregolarità e inadempimenti meramente estrinseci possano pregiudicare gli operatori economici più meritevoli, anche nell'interesse del seggio di gara, che potrebbe perdere l'opportunità di selezionare il concorrente migliore, per vizi procedurali facilmente

emendabili. Ciò al fine di evitare esclusioni per carenze meramente formali, che non corrispondano ad interessi sostanziali connessi ai principi e alle regole che presiedono al corretto svolgimento delle procedure di gara.

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

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

Dal tenore letterale della norma, interpretata alla luce della *ratio* dell'istituto – vale a dire evitare esclusioni per carenze non corrispondenti a interessi sostanziali – si ritiene che l'espressione “**elementi**”, giustapposta al separato richiamo del DGUE, sia da intendere onnicomprensiva e quindi inclusiva anche di tutti quegli **elementi a corredo della domanda di partecipazione**, che, entro alcuni limiti e, soprattutto, nel rispetto del principio di parità di trattamento, segretezza delle offerte e perentorietà del termine di presentazione delle medesime, potranno anch'essi essere sanati. L'irregolarità essenziale, pertanto, è sanabile laddove non si accompagni ad una carenza sostanziale del **requisito**, della **condizione**, o dell'**elemento a corredo** alla cui dimostrazione la documentazione omessa o irregolarmente prodotta era finalizzata; e la successiva correzione o integrazione documentale è ammessa laddove consenta di attestare l'esistenza di circostanze preesistenti. Il mancato possesso dei prescritti requisiti (condizioni o elementi) non è, infatti, mai sanabile mediante soccorso istruttorio e determina l'esclusione dalla procedura di gara (cfr. Cons. Stato, 2 marzo 2017, n. 975).

Per una corretta applicazione dell'istituto del soccorso istruttorio, è opportuno distinguere a seconda che la mancanza, l'incompletezza o l'irregolarità riguardino i requisiti generali (art. 80) e speciali (art. 83), le condizioni di partecipazione che incidono sulla validità dell'offerta ovvero quelle che incidono sull'esecuzione. La regolarizzazione, in tema di requisiti, è possibile nei limiti della preesistenza del requisito² medesimo, la cui carenza alla scadenza del termine di presentazione dell'offerta non può mai essere sanata mediante soccorso istruttorio. Così, per es. in tema di avvalimento, trattandosi di fattispecie connessa ai requisiti speciali, il cui perfezionamento richiede la dichiarazione interna al DGUE, del concorrente, l'impegno dell'ausiliaria a fornire risorse e mezzi nei confronti dell'amministrazione e il contratto di avvalimento tra operatore economico concorrente e impresa ausiliaria, ne deriva che è possibile attivare il soccorso istruttorio laddove l'operatore economico abbia

² In tale ottica, in relazione ai criteri di selezione di cui all'articolo 83, laddove il concorrente non soddisfa l'ammontare complessivo dei requisiti previsti dal bando (per es. perché la stazione appaltante ritenga che i requisiti dichiarati dall'operatore economico non siano tutti pertinenti fino a concorrenza dell'ammontare richiesto), l'operatore può essere chiamato ad integrare la dichiarazione sui requisiti (es. con ulteriori servizi analoghi) a condizione che gli stessi siano posseduti alla scadenza del termine di presentazione delle offerte.

manifestato la volontà di ricorrere all'avvalimento, ma siano carenti, all'interno della documentazione, la dichiarazione dell'impresa ausiliaria, il DGUE dell'impresa ausiliaria e il contratto. Relativamente alla mancanza della dichiarazione di impegno dell'impresa ausiliaria e al contratto, essendo entrambe condizioni per la sussistenza del requisito di partecipazione acquisito attraverso il ricorso all'avvalimento, la carenza potrà essere sanata solo qualora vengano prodotti un contratto e un impegno già esistenti al momento della scadenza del termine di presentazione delle offerte, aventi data certa, comprovabile da parte dell'operatore.

Con riguardo alle condizioni di partecipazione che incidono sulla validità dell'offerta (per es. garanzia fideiussoria, pagamento contributo all'A.N.AC., presa visione dei luoghi, etc.), i quali devono accompagnare l'offerta sin dalla sua presentazione, la mancata allegazione dei relativi documenti è sanabile solo ove l'operatore economico dimostri che, nel caso della garanzia per es., il relativo contratto abbia data certa anteriore alla scadenza dell'offerta ovvero che le condizioni formalizzate poi in un documento, nel caso della presa visione dei luoghi per esempio, sussistevano al momento della presentazione dell'offerta.

Laddove i documenti presentati fossero carenti di dichiarazioni/elementi propri, il soccorso dovrà essere consentito al fine di integrare le dichiarazioni/elementi carenti (durata, importo e altre clausole della garanzia a corredo dell'offerta).

Da ultimo, con riguardo alle condizioni di partecipazione che incidono sulla fase esecutiva (accettazione capitolato, indicazione delle prestazioni in caso di raggruppamento temporanei di impresa) le relative dichiarazioni mancanti, incomplete o irregolari devono sempre essere ammesse a soccorso istruttorio.

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

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

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

Il Disciplinare prevede la possibilità di integrare protocolli di legalità, mediante apposita dichiarazione di accettazione, ove questi siano vigenti per il settore o per il territorio, posto che la mancata accettazione delle clausole contenute negli stessi costituisce causa di esclusione dalla gara ai sensi dell'art. 1, comma 17, della l. 6 novembre 2012, n. 190. A tal riguardo, si rammenta che, per i protocolli di “*nuova generazione*” è prevista la possibilità di introdurre la clausola risolutiva espressa di cui all'art. 1456 del c.c., connessa ad alcune tipologie di reati, secondo lo schema-tipo di cui all'allegato C delle “*Prime linee guida per l'avvio di un circuito collaborativo tra ANAC-Prefetture-UTG ed enti locali per la prevenzione dei fenomeni di*

corruzione e l'attuazione della trasparenza amministrativa” (cfr. protocollo A.N.AC. - Ministero dell'interno del 15 luglio 2014).

In secondo luogo, il Disciplinare recepisce la causa di esclusione nei confronti degli operatori economici che trattino con la pubblica amministrazione in violazione del divieto di cui all'art. 53, comma 16-ter, del d.lgs. del 2001, n. 165, c.d. *Pantouflage*. La citata causa di esclusione è attualmente prevista nella dichiarazione presente nel DGUE, parte III, punto D.7.

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

In quarto luogo, è stata richiamata nello schema di disciplinare di gara (v. punto 18.1) la possibilità, per la stazione appaltante, di prevedere l'attribuzione di un punteggio aggiuntivo in ordine agli elementi previsti all'art. 95 comma 13 del Codice, tra cui vi è il *rating di legalità*.

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

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

Documentazione Antimafia immettendo i dati relativi all'impresa, come in ogni altra situazione di ordinaria consultazione di tale piattaforma finalizzata al rilascio della documentazione antimafia”.

4. Le premesse al Disciplinare- tipo (art. 1 Disciplinare)

Le “Premesse” al Bando Tipo sono preordinate a fornire le informazioni generali sull'appalto: denominazione della stazione appaltante che bandisce la gara, procedura adottata, *etc.* Questa parte è implementata dalla stazione appaltante con l'inserimento di ulteriori informazioni utili, quali l'indicazione del RUP. È stata prevista, altresì, la possibilità di richiedere l'indicazione del Codice Unico di Progetto (CUP), non potendosi escludere l'applicabilità a taluni affidamenti di servizi di investimento pubblico. Tale codice accompagna ciascun progetto a partire dalla fase formale di assegnazione delle risorse ed è costituito da una stringa alfanumerica di 15 caratteri. Trattandosi di servizi e forniture, è stato previsto, altresì il Codice Unico di Intervento attribuito in occasione del primo inserimento nel programma biennale; codice previsto dall'emanando D.M. sulla programmazione di cui all'art. 21, comma 8 del Codice.

5. Documentazione di gara, chiarimenti e comunicazioni (art. 2 Disciplinare)

Tutta la documentazione di gara elencata al punto 2 del disciplinare deve essere messa a disposizione degli operatori economici sul profilo del committente, come previsto dall'art. 73, comma 4, penultimo periodo e nell'allegato V, punto 2, lett. a) del Codice. Resta fermo che la stazione appaltante ha la facoltà di prevedere, in aggiunta, anche il ritiro presso i propri uffici, secondo le modalità che dovranno essere specificate caso per caso.

Il progetto, di cui all'art. 23, commi 14 e 15, del Codice, racchiude tutti i documenti che regolano l'esecuzione del servizio/fornitura (capitolato speciale, schema di contratto...). La predisposizione di un progetto preciso e di dettaglio, atto a descrivere in modo puntuale le prestazioni necessarie a soddisfare specifici fabbisogni della stazione appaltante, è uno strumento indispensabile per il corretto dispiegamento della concorrenza nelle gare d'appalto e per il controllo sulla fase esecutiva.

Le stazioni appaltanti devono prevedere e disciplinare le modalità e i termini per la sottoposizione di richieste di chiarimenti. Esse vanno proposte nel termine indicato nel bando e le risposte fornite ai sensi dell'art. 74 comma 4 del Codice, almeno sei giorni prima della scadenza dell'offerta.

Il termine di 6 giorni, previsto ai sensi dell'art. 74, comma 4, del Codice, deve essere necessariamente rispettato al fine di consentire a tutti gli operatori economici un tempo congruo per valutare gli effetti del chiarimento fornito sulla predisposizione delle proprie offerte, configurandosi in tal modo quale termine a garanzia della par condicio tra i concorrenti.

Quanto invece al termine per la presentazione delle richieste di chiarimenti, Il Codice dispone, soltanto che le richieste pervengano alla stazione appaltante in tempo utile, ossia tale da consentire alla stazione appaltante di fornire risposta almeno sei giorni prima della scadenza del termine dell'offerta.

Per tale motivo, si potranno prendere in considerazione anche le richieste che perverranno oltre il termine di invio purché la stazione appaltante riesca a rispettare il termine minimo di sei giorni previsto dalla norma per le risposte.

Nel caso di appalti particolarmente complessi sotto il profilo tecnico, in cui spesso è richiesto l'intervento ausiliario della stazione appaltante per un'interpretazione autentica delle disposizioni, il suddetto termine di sei giorni potrebbe comprimere eccessivamente i tempi materiali per la redazione di un'offerta aderente alle prescrizioni di gara. Pertanto, è opportuno in tali casi che la stazione appaltante stabilisca un termine di risposta alle richieste di chiarimenti anteriore a quello minimo di sei giorni imposto dalla norma.

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

Ai sensi dell'art. 76, comma 6, del Codice le comunicazioni di cui al comma 5 (aggiudicazione, esclusione, decisione di non aggiudicare e stipula del contratto) sono fatte mediante posta elettronica certificata o strumento analogo solo per i concorrenti aventi sede in altri Stati membri; pertanto le stazioni appaltanti devono prevedere nel bando l'obbligo per i candidati o concorrenti di indicare un indirizzo di posta elettronica certificata per le eventuali comunicazioni.

6. Oggetto dell'appalto, importo e suddivisione in lotti (art. 3 Disciplinare)

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

L'importo posto a base di gara per i servizi/forniture oggetto d'appalto deve essere calcolato per tutta la durata contrattuale, al netto di Iva e/o di altre imposte e contributi di legge, nonché degli oneri per la sicurezza dovuti a rischi da interferenze non soggetti al ribasso.

I costi della manodopera, pur rientrando nell'importo complessivo dell'appalto e come tali soggetti a ribasso, dovranno essere individuati separatamente (art. 23, comma 16, ult. per., Codice).

Nei documenti di gara, in ossequio all'evidente principio di trasparenza è stato, altresì, previsto che la stazione appaltante dia atto ed illustri le modalità di calcolo sottese alla determinazione dell'importo complessivo posto a base d'asta.

Analoga operazione è previsto che venga effettuata per il calcolo della manodopera, rispetto al quale, il Bando tipo si è fatto carico, altresì, di prescrivere, in applicazione analogica dell'art. 95, comma 10, del Codice, che esso non sia effettuato per servizi di natura intellettuale e di forniture senza posa in opera. Infatti, così come non può essere tenuto l'offerente ad una simile operazione, vista o la totalizzante presenza di manodopera nel servizio intellettuale o la totale assenza dello stesso nelle forniture prive di posa in opera, parimenti non deve ritenersi obbligata la stazione appaltante.

Ai fini di una corretta stima della base d'asta, è necessario che le stazioni appaltanti utilizzino prezzi di mercato aggiornati individuati a seguito di una approfondita analisi del mercato di riferimento, evitando la mera riproposizione della spesa storica. Infatti in tutti i settori esposti alla concorrenza e ad una rapida evoluzione tecnologica, vi è il rischio che ad una base d'asta troppo alta corrispondano ribassi d'asta apparentemente significativi ma in linea con i prezzi di mercato, con la conseguenza di aggravare il procedimento mediante non necessarie verifiche di anomalia ed aggravare i costi delle imprese con incrementi della garanzia provvisoria nonché di quella definitiva che potrebbe risultare sproporzionata rispetto alla entità reale dello sconto offerto in relazione al mercato.

In presenza dei prezzi di riferimento per servizi e forniture elaborati dall'ANAC in taluni settori, così come previsto dall'art. 9, comma 7, del d.l. 24 aprile 2014 n. 66, si richiama l'obbligo delle stazioni appaltanti di tener conto di tali prezzi nella stima dell'importo a base di gara. Tali prezzi costituiscono prezzo massimo di aggiudicazione, anche per le procedure di gara aggiudicate con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (art. 9, d.l. n. 66/2014) e i contratti stipulati in violazione di tale prezzo massimo sono nulli. Gli enti non soggetti agli obblighi di cui al richiamato art. 9 del d.l. n. 66/2014 potranno comunque considerare i prezzi di riferimento come utile parametro nella determinazione dell'importo a base di gara.

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

Quanto all'oggetto dell'appalto, sono state introdotte specifiche clausole per l'ipotesi di suddivisione dell'appalto in lotti.

Al riguardo, si richiama l'obbligo delle stazioni appaltanti, ove possibile ed economicamente conveniente, di suddividere gli appalti in lotti e il correlativo obbligo di motivare specificamente la mancata suddivisione in lotti ai sensi dell'art. 51 del Codice.

Tale suddivisione è finalizzata a favorire l'accesso al mercato dei contratti pubblici delle micro, piccole e medie imprese e deve avvenire nel rispetto della disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici (art. 51 del Codice).

A titolo esemplificativo, l'opportunità di tale suddivisione potrebbe essere valutata nel caso in cui il servizio debba essere svolto – o le forniture debbano essere consegnate – su più immobili o sedi, eventualmente dislocati sul territorio provinciale/regionale/nazionale, per i quali sono necessarie prestazioni in tutto o in parte diverse o comunque una capacità economica ed organizzativa che non tutti gli operatori economici potrebbero essere in grado di garantire.

Si precisa che la nozione di lotto geografico risulta essere una *species* del *genus* del lotto funzionale.

La suddivisione in lotti può essere prevista anche nell'ipotesi di servizi o forniture tra loro eterogenei, quando la stazione appaltante ne ravvisi l'opportunità e a condizione che la stessa assicuri il necessario coordinamento delle prestazioni in fase di esecuzione.

Si noti che la possibilità di suddividere in lotti può essere accompagnata da ulteriori misure volte a promuovere la partecipazione delle imprese di minori dimensioni, a favorire lo sviluppo della concorrenza e a contenere i rischi di gestione dei contratti.

In presenza di un numero molto elevato di lotti, ad esempio individuati su base geografica, può essere utile valutare l'opportunità di porre un limite al numero di lotti aggiudicabili ad uno stesso concorrente. Tale limite - se ben calibrato tenendo opportunamente conto del numero, della natura e della dimensione dei lotti, nonché dei potenziali concorrenti per ciascun lotto - può favorire lo sviluppo della concorrenza, incoraggiando la partecipazione di imprese medio- piccole e più giovani che, altrimenti, avrebbero ridotte possibilità di ottenere l'assegnazione dell'intero appalto.

In tali casi, la stazione appaltante dovrà stabilire preventivamente, già nel bando di gara, il criterio tramite il quale limitare la partecipazione o l'aggiudicazione ad un numero massimo di lotti al medesimo offerente.

Ad esempio, in caso di limiti all'aggiudicazione, ai sensi dell'art. 51, co. 3 del Codice, potrebbero, tra gli altri, essere utilizzati i seguenti criteri:

- criterio dell'importanza economica dei lotti, partendo dal lotto di maggiore rilevanza economica tra i lotti per i quali è risultato primo nella graduatoria e procedendo in ordine decrescente di rilevanza economica. I restanti lotti nei quali il Concorrente è risultato primo verranno aggiudicati al concorrente che segue in graduatoria.
- criterio del “*minor esborso complessivo*” in virtù del quale la stazione appaltante identificherà tutte le possibili combinazioni di assegnazione dei lotti, scegliendo quella che minimizza l'esborso economico complessivo].
- criterio del “*maggior punteggio complessivo pesato*”, in virtù del quale la stazione appaltante identificherà tutte le possibili combinazioni di assegnazione dei lotti scegliendo quella che massimizza il “punteggio pesato complessivo”, determinato, per ciascuna combinazione di lotti, come somma del punteggio attribuito al (potenziale) aggiudicatario di ciascun lotto, pesato con il rapporto tra il valore economico del lotto e il valore complessivo della procedura.

Nel disciplinare è stata inoltre inserita la clausola facoltativa riferita alla possibilità di associare più lotti al medesimo offerente, ai sensi dell'art. 51, comma 4 del Codice.

Con riferimento a tale ultima clausola si precisa che la modalità mediante cui effettuare la valutazione comparativa tra le offerte sui singoli lotti e le offerte sulle associazioni di lotti debba essere stabilita liberamente dalla stazione appaltante, la quale individuerà il tipo di criterio può consono al raggiungimento dei propri obiettivi e alla cura dell'interesse pubblico cui la medesima è preposta.

Al riguardo giova solo precisare che, come suggerisce il considerando 79 della direttiva 2014/24/UE, le amministrazioni aggiudicatrici devono effettuare tale valutazione comparativa determinando prima quali offerte rispondano meglio ai criteri di aggiudicazione stabiliti per ogni singolo lotto per poi compararle, nel loro complesso, a quelle presentate da un particolare offerente per una specifica associazione di lotti.

In altri termini ciò che la norma prevede è la predeterminazione di criteri per una valutazione comparativa di secondo livello: prima si valutano i singoli lotti, per i quali si individuano i migliori offerenti, successivamente, in base a criteri predefiniti nel bando (che per es. potrebbero essere quelli del minor esborso economico o del conseguimento del maggior punteggio tecnico), si valuta comparativamente l'assegnazione dei lotti singoli con quella dei lotti associati. Dati per es. i lotti A, B, C e i concorrenti X, Y, Z, T, dati per collegati i lotti A e B, si stabilirà un criterio (es. minore esborso economico) per decidere se attribuire separatamente il lotto A ad X (primo in graduatoria) e il lotto B

ad Y (primo in graduatoria) piuttosto che il lotto A ad X e il B sempre ad X (secondo in graduatoria), tenuto conto che sul lotto B, X è secondo in ragione di una miglior offerta tecnica di Y, laddove l'offerta economica di X è, invece, più conveniente.

7. Durata dell'appalto, opzioni e rinnovi (art. 4 Disciplinare)

Le Stazioni appaltanti, oltre a stabilire la durata del contratto, indicano le opzioni ed i rinnovi che incidono sul medesimo.

Si ricorda che, ai sensi dell'art. 35 del Codice, il valore stimato di un appalto da prendere in considerazione al fine di valutare l'eventuale superamento della soglia comunitaria è quello derivante dalla somma dell'importo a base di gara (al netto di Iva e/o di altre imposte e contributi di legge, nonché degli oneri per la sicurezza dovuti a rischi da interferenze non soggetti a ribasso) e di eventuali opzioni o rinnovi.

Tra le opzioni rientrano anche i servizi analoghi di cui all'art. 63, comma 5 del Codice.

Si precisa che sono da considerare servizi analoghi quelli che hanno relazione o qualcosa in comune con i servizi oggetto di affidamento principale, diversi dai servizi identici che possono più propriamente essere oggetto di rinnovo contrattuale. Per "ripetizione di servizi analoghi" ai sensi dell'art. 63 comma 5 del Codice è corretto, pertanto, intendere ripetizione di servizi non coincidenti con quelli originariamente previsti in gara. D'altra parte, la stessa giurisprudenza ha definito i servizi analoghi "*quelli attinenti allo stesso settore dell'appalto da aggiudicare, ma concernenti, in riferimento allo specifico oggetto della procedura, tipologie diverse ed eterogenee*" (Cons. Stato, Sez. IV, 11 novembre 2014 n. 5530).

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

Infine, quali autonome opzioni, sono state disciplinate quella di modifica del contratto di appalto, in assenza di una nuova procedura di affidamento, ai sensi dell'art. 106, comma 1, lett. a) del Codice e la

c.d. proroga tecnica di cui all'art. 106, comma 11. Nel primo caso, come nel secondo, oltre alle prescritte condizioni di legge (indicazione chiara, precisa ed inequivocabile della portata e della natura delle modifiche contrattuali e condizioni che giustificano la modifica; clausole di revisione dei prezzi che tengono conto dei prezzi di riferimento, ove definiti, ovvero fissano il parametro da utilizzare per l'aggiornamento del prezzo; modifiche che non possono alterare la natura generale del contratto), il Bando tipo prescrive che, ove quantificabile, sia indicato anche il valore massimo stimato della modifica, il quale deve necessariamente essere considerato ai fini della determinazione delle soglie di cui dell'art. 35, comma 4 del Codice.

Si richiama l'attenzione delle stazioni appaltanti sulla possibilità di inserire nel bando, ove ritenuto opportuno, eventuali soglie di importi per consentire le modifiche di cui all'art. 106, comma 1, lett. e) del Codice.

8. Soggetti ammessi in forma singola e associata e condizioni di partecipazione (art. 5 Disciplinare)

Il Disciplinare contiene il riferimento ai soggetti individuati dall'art. 45 del Codice. Si rammenta che tale indicazione non è da considerarsi esaustiva e che, ai fini dell'ammissione alla gara, occorre far riferimento alla nozione di operatore economico, così come individuato dalla giurisprudenza europea e nazionale (Determinazione 21 ottobre 2010, n. 7)³.

Vista la recente entrata in vigore della legge 22 maggio 2017 n. 81, le stazioni appaltanti, negli appalti di servizi, ammettono la partecipazione di lavoratori autonomi o soggetti che svolgono attività professionale, anche costituiti in reti (anche miste), consorzi stabili professionali e associazioni temporanee di professionisti (art. 12).

Tenuto conto di tali previsioni, va da sé che l'ammissione dei lavoratori autonomi e dei professionisti comporta la necessità di contemplare, almeno per gli appalti di minori dimensioni, una modalità di dimostrazione dei requisiti che sia attagliata su tali figure professionali. Mentre infatti per gli appalti di maggiori dimensioni è ipotizzabile che gli stessi comprovino, verosimilmente, i requisiti attraverso l'istituto del RTI, per gli appalti più piccoli, che sono più alla portata di soggetti che prescindono da una struttura organizzativa imprenditoriale, è ipotizzabile che gli stessi dimostrino in proprio i requisiti di gara.

Con riferimento alla figura del Raggruppamento temporaneo di imprese, appare opportuno rammentare che è sempre consentita la possibilità di costituire raggruppamenti temporanei, anche di tipo **sovrrabbondante** e che in tal caso l'esclusione dalla gara non potrà mai essere automatica (cfr. Comunicato del Presidente del 3 settembre 2014 a chiarimento delle indicazioni contenute nella Determinazione 10 ottobre 2012, n. 4).

L'Autorità ha optato per la scelta di ritenere applicabile il divieto partecipazione plurima o contestuale di cui all'art. 48, comma 7, del Codice, in relazione a ogni singolo lotto. Il presupposto per

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

l'applicazione del divieto in esame è, infatti, l'unicità della gara, a cui il medesimo soggetto concorre più volte, sebbene in forme diverse.

Diverso è il caso in cui, avendo una suddivisione dell'appalto in lotti distinti, la stazione appaltante ponga limiti alla partecipazione a un numero massimo di lotti (magari per evitare concentrazioni eccessive in mano ad un unico fornitore).

In tal caso la stazione appaltante, per evitare l'elusione del limite di partecipazione potrà prevedere la partecipazione nella medesima o in diversa forma ai concorrenti per tutti i lotti in gara, a condizione che sia rispettato il limite di partecipazione previsto. In tal modo si eviterà sicuramente l'ipotesi in cui, per es. – previsto il limite di partecipazione a massimo due lotti – il RTI partecipi, a due di 4 lotti banditi e la singola impresa facente parte del RTI presenti offerta per un terzo lotto dei 4 messi in gara. Se ciò fosse ammesso, si consentirebbe una coincidenza, seppure parziale, tra i soggetti aggiudicatari dei due lotti contendibili come limite massimo e un terzo lotto, di fatto aggirando, in tal modo, il limite alla partecipazione.

La stazione appaltante, tuttavia, può consentire alle imprese in RTI di cambiare ruolo (mandataria/mandante) nei singoli lotti per i quali partecipano.

Il disciplinare, esplicita, altresì come il ruolo di mandante/mandataria di un raggruppamento temporaneo di imprese possa essere assunto anche da un consorzio di cui all'art. 45, comma 1, lett. b), c) ovvero da una sub-associazione, nelle forme di un RTI o consorzio ordinario costituito oppure di un'aggregazione di imprese di rete. L'esplicitazione in questione agevola soprattutto la gestione delle ipotesi in cui un'aggregazione di imprese retiste intenda prendere parte ad un RTI (nelle ipotesi più frequenti come mandante), in tal caso, infatti, facendo leva sulla pacifica ammissione di un RTI di RTI, è stato previsto che la rete, dotata di organo comune privo del potere di rappresentanza o sprovvista di organo comune, si costituisca in RTI e affidi il ruolo di mandataria della sub-associazione ad una delle imprese retiste.

9. *Requisiti generali (art. 6 Disciplinare)*

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

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

Tra le condizioni ostative alla partecipazione, oggetto poi di specifica dichiarazione da parte dei concorrenti, è incluso anche il divieto *ope legis* di cui all'art. 53, comma 16-ter, del d.lgs. del 30 marzo 2001, n. 165, introdotto dall'art. 1, comma 42, lett. l), della l. 6 novembre 2012, n. 190. Sul punto, cfr paragrafo sulle prescrizioni per la prevenzione dell'illegalità e della corruzione.

In caso di gare bandite da centrali di committenza, la previsione deve intendersi riferita alla stazione appaltante e non alle Amministrazioni beneficiarie, con la conseguenza che una volta che un operatore si sia aggiudicato la gara bandita da una Centrale di Committenza esso possa stipulare il contratto con una PA, anche se ricorre una delle fattispecie sopra descritte, non essendo stata messa a rischio la par

condicio degli operatori economici né il corretto svolgimento del libero gioco della concorrenza, dal momento che chi aderisce alle convenzioni non ha gestito la gara.

10. Requisiti speciali e mezzi di prova (art. 7 Disciplinare)

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

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

In tema di idoneità professionale i concorrenti devono essere iscritti, a pena di esclusione dalla gara, nel registro della Camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura o nel registro delle Commissioni provinciali per l'artigianato, o presso i competenti Ordini professionali (*cf. art. 12, l. 22 maggio 2017 n. 81*), secondo le prescrizioni di cui all'art. 83 del Codice, laddove tale iscrizione sia prescritta per l'esercizio dell'attività oggetto di appalto. È previsto che l'iscrizione sia per attività **coerenti** con quelle oggetto della procedura bandita.

Relativamente ai requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale, il modello riporta alcuni esempi ripresi dall'art. 83 del Codice alla luce di quanto dettagliato anche nell'allegato XVII. È facoltà della stazione appaltante inserire uno o più degli esempi riportati (ad esempio: il fatturato aziendale, globale o specifico, l'esecuzione di servizi analoghi, le certificazioni, ecc.) ovvero prevedere ulteriori requisiti, considerato che i suddetti articoli del Codice individuano uno o più modi per il soddisfacimento dei requisiti di partecipazione.

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

Per i requisiti di capacità economico-finanziaria, nei soggetti che partecipano in forma associata, è previsto che il soggetto che riveste le funzioni di mandatario o che è indicato come tale debba possedere i requisiti in misura maggioritaria (art. 83, comma 8, terzo periodo). Tale norma non va intesa nel senso che la mandataria deve possedere i requisiti in misura maggioritaria assoluta (ovvero, il 51% del requisito), bensì è sufficiente che possieda i requisiti in misura percentuale superiore a ciascuna delle mandanti (Determinazione 10 ottobre 2012, n. 4). Ad esempio, nel caso di un raggruppamento composto da tre imprese, una richiesta di fatturato pari a 100 potrà essere soddisfatta dal raggruppamento se la mandataria possiede, ad esempio, un fatturato pari a 45 e le mandanti pari a 30 e

a 25, ovvero se la mandataria e le mandanti possiedono una diversa distribuzione del fatturato purché il fatturato della mandataria sia superiore a quello di ciascuna mandante.

Si evidenzia, inoltre, la necessità che la stazione appaltante specifichi le eventuali prestazioni di carattere principale e secondario in cui i servizi si suddividono. Tale scomposizione rileva, in particolare, ai fini della costituzione di eventuali raggruppamenti di tipo verticale, in ordine ai quali si rammenta che le prestazioni principali, anche in termini economici, possono essere svolte soltanto dal soggetto che svolge le funzioni di mandatario (cfr. art. 48, comma 2, Codice).

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

Con riferimento alle cd "*idonee referenze bancarie*" si rileva che esclusivamente l'allegato XVII, parte I, contempla non meglio specificate "*idonee dichiarazioni bancarie*". Peraltro, spesso la richiesta delle idonee referenze bancarie non veniva interpretata dagli istituti bancari nel senso che essi dovessero riferire sulla qualità dei rapporti in atto con le società oggetto di richiesta (correttezza e puntualità di queste nell'adempimento degli impegni assunti con l'istituto, assenza di passività con lo stesso istituto o con altri soggetti, sempre che tali situazioni fossero desumibili dai movimenti bancari o da altre informazioni in loro possesso) come la giurisprudenza amministrativa aveva avuto modo, per contro, di puntualizzare (cfr. Cons. Stato, sez. V, 9 marzo 2015, n. 1168).

Inoltre, spesso, la richiesta del requisito in parola, in relazione all'oggetto ed al valore dell'appalto, ai fini della dimostrazione della capacità economico-finanziaria dei concorrenti, non appariva proporzionato al costo richiesto dagli istituti bancari per il rilascio delle referenze, in alcuni casi anche molto oneroso.

In considerazione di tali premesse e in ragione della mancata previsione nel nuovo Codice all'art. 83, comma 4, si è ritenuto di non prevedere più tale modalità di dimostrazione della capacità economico-finanziaria necessaria per l'esecuzione del contratto, tuttavia le stazioni appaltanti, nell'esercizio della propria discrezionalità nel definire i requisiti per l'ammissione, possono richiedere le referenze bancarie, se ritenute proporzionate, ragionevoli oltre che pertinenti e logicamente connesse all'oggetto dell'appalto e allo scopo perseguito.

Il fatturato specifico nel settore oggetto dell'appalto va inteso in senso più ampio rispetto all'oggetto dell'appalto stesso. 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. È evidente che l'ambito di attività è qualcosa che va oltre l'oggetto dell'appalto e lo trascende.

Diversamente l'elenco dei servizi/forniture, che attesta la capacità tecnica, deve essere più specificamente riferito (seppur in termini di analogia) all'oggetto dell'appalto (e non al settore) poiché tale requisito è atto a dimostrare una precisa competenza e capacità di esecuzione dell'appalto specificamente bandito.

Alla luce di queste ultime considerazioni, per quanto riguarda la dimostrazione dei requisiti nel RTI, in un'ottica di consentire la partecipazione delle PMI, si è seguito il principio guida di consentire la più elastica possibilità di raggiungere i requisiti previsti dal bando mediante sommatoria dei requisiti posseduti dalle singole imprese, contemperando, naturalmente l'esigenza di garantire il più possibile l'affidabilità dell'esecutore in ossequio al principio di qualità ed economicità della prestazione.

In particolare, tenuto conto delle precisazioni fatte sopra, sul distinguo esistente tra fatturato specifico ed elenco dei servizi, riguardo al primo si è consentita la cumulabilità piena per i RTI orizzontali e

parziale (limitatamente al fatturato richiesto per le prestazioni secondarie) per quelli verticali, mentre per i requisiti di carattere tecnico organizzativo, in particolare per l'elenco dei servizi, si è consentita comunque la cumulabilità ma con regole più stringenti, legate in ogni caso al tipo di Raggruppamento. Nel caso di raggruppamento orizzontale, si è ammessa una cumulabilità giustificata dalla considerazione secondo cui le prestazioni poste in capo alle imprese raggruppate, di fatto, sono omogenee e, in ordine alle medesime, scatta una responsabilità di tipo solidale tra tutti i componenti del RTI; ciò comporta una più agevole attività di direzione e coordinamento in capo alla mandataria nonché un altrettanto agevole intervento sostitutivo della medesima in forza della perfetta solidarietà che la astringe alle imprese raggruppate. Nel caso di RTI verticali, l'elenco dei servizi deve essere richiesto in capo a mandataria e mandanti in relazione alle attività di competenza.

Tale impostazione, contrariamente a quanto rilevato da taluni *Stakeholder*, è perfettamente conforme allo spirito informatore dell'istituto del raggruppamento: ampliare la qualificazione dei concorrenti consentendo l'accesso a gare che non sarebbero, altrimenti, alla loro portata sotto il profilo della qualificazione richiesta. Ciò senza sollevare il dubbio che una tale interpretazione comporterebbe, di fatto, un avvalimento interno al RTI senza il rispetto delle formalità prescritte per il medesimo. L'avvalimento è, infatti, istituto ispirato alla stessa ratio del RTI; esso potrà essere impiegato per superare gli ostacoli insiti nel raggruppamento medesimo, laddove dei blocchi interni alla cumulabilità dei requisiti in seno al RTI si imponessero a presidio dell'affidabilità dell'esecutore, come sopra rappresentato.

Quanto alla corrispondenza tra quote di esecuzione e requisiti posseduti dalle imprese in RTI, tenuto conto che il Codice non prescrive più neanche la corrispondenza tra le quote di partecipazione al RTI e le quote di esecuzione del contratto (in verità il superamento di tale previsione normativa un tempo contenuta nell'art. 37, comma 13⁴ del d.lgs. n. 163/2006 era già avvenuto con l'abrogazione prima *in parte qua* e poi totalmente, nel 2014, del citato comma) il disciplinare non la prevede.

Nulla impedisce, tuttavia, alle stazioni appaltanti di prescrivere una tale corrispondenza tra partecipazione al RTI ed esecuzione, ciò in forza del generico disposto di cui all'art. 83, comma 8 dell'attuale Codice, secondo cui “per i soggetti di cui all'articolo 45, comma 2, lettere d), e), f) e g), nel bando sono indicate le eventuali misure in cui gli stessi requisiti devono essere posseduti dai singoli concorrenti partecipanti”.

Il Disciplinare prevede, altresì, la possibilità di inserire, tra i requisiti di partecipazione, la richiesta di eventuali certificazioni ritenute necessarie per lo svolgimento dei servizi o della fornitura. Tale facoltà è generalmente riconosciuta alle stazioni appaltanti in virtù della discrezionalità che connota l'azione amministrativa ed è espressamente ammessa dall'art. 87 del Codice, con l'avvertenza che possono essere considerati legittimi i requisiti prescritti dalla *lex specialis* che, pur essendo ulteriori e più restrittivi di quelli previsti dalla legge, rispettino il limite della logicità, della ragionevolezza e siano pertinenti e congrui rispetto all'oggetto del contratto.

In generale le valutazioni di conformità possono essere di vario tipo, ad esempio: certificazione di prodotto/servizio; certificazione del personale; verifica e convalida (delle dichiarazioni ambientali di

⁴⁴ A tenore dell'originario comma 13 dell'art. 37, del D.Lgs. n. 163/2006, “I concorrenti riuniti in raggruppamento temporaneo devono eseguire le prestazioni nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento”.

prodotto, delle emissioni dei gas serra, della carbon footprint); ispezione; prova; analisi; organizzazione di prove valutative interlaboratorio; taratura; produzione di materiale di riferimento; misura di riferimento in ambito medicale, etc..

Le attestazioni di conformità, ossia i documenti che attestano la valutazione di conformità, si distinguono in: certificato di conformità di sistemi di gestione, di prodotto/servizio, di persone; dichiarazioni di verifica delle dichiarazioni ambientali di prodotto, delle emissioni dei gas serra, della carbon footprint; rapporti di ispezione; rapporti di prova; rapporti di prove valutative interlaboratorio; rapporto di analisi; certificati di taratura; fogli informativi di prodotto e certificati di materiali di riferimento; certificati di misura di riferimento in ambito medicale, etc..

Il disciplinare, sul tema del “possesso di valutazioni di conformità”, ha formulato apposite clausole (sistema di gestione della sicurezza delle informazioni; sistema di gestione della qualità; misure di gestione ambientale; certificazione di prodotti/servizi, etc.) che sono state dettagliate in ragione della frequente ricorrenza delle stesse nei bandi delle diverse stazioni appaltanti.

Tutte le clausole guidano il percorso che le amministrazioni devono seguire nella individuazione degli elementi necessari per la richiesta di una coerente e legittima “attestazione di conformità”:

- I. rilasciata da Organismo accreditato da un Ente nazionale unico di accreditamento firmatario degli accordi EA/MLA oppure autorizzato a norma dell’art. 5, paragrafo 2 del Regolamento (CE) n. 765/2008;
- II. individuata mediante la precisa indicazione della pertinente norma di accreditamento che definisce gli standard dell’organismo/laboratorio che rilascia la certificazione (UNI CEI EN ISO/IEC 17020 per gli Organismi di Ispezione; UNI CEI EN ISO/IEC 17021 per gli organismi di certificazione dei sistemi di gestione; UNI CEI EN ISO/IEC -17065 per gli organismi di certificazione dei prodotti/servizi, UNI CEI EN ISO/IEC-17024 per gli Organismi di Certificazione delle competenze professionali, UNI CEI EN ISO/IEC 17025 per i Laboratori di prova e di taratura; ecc.);
- III. individuata mediante precisa indicazione sia degli standard di riferimento (es.: UNI EN ISO 14001, ecc.) sia del settore di attività nel quale l’organismo/laboratorio rilascia la certificazione (es.: codice IAF da 01 a 39 o analoghi che definiscano il settore);
- IV. specificata ulteriormente nel c.d. campo di applicazione (ad es.: “sviluppo software e gestione banche dati”) che consiste nello scopo per cui si richiede il certificato che deve essere idoneo, pertinente e proporzionato.

Come si evince da quanto sopra dettagliato, sono sostanzialmente quattro i livelli di informazione e dettaglio che concorrono alla legittima e coerente individuazione della attestazione di conformità, che la stazione appaltante abbia interesse ad esigere per gli operatori partecipanti alle gare bandite. Si tratta di informazioni che devono essere tutte specificate per evitare di incorrere in ipotesi di selezioni avverse. Si potrebbe, infatti, verificare la selezione di concorrenti muniti di attestazioni non idonee ad assicurare l’interesse che la stazione appaltante intende perseguire con riferimento alle specifiche caratteristiche oggetto dell’appalto o e che verrebbero ammessi alla stessa stregua di coloro che sono in possesso di certificazione coerente (o cosa peggiore in luogo di questi ultimi).

Al ricorrere delle condizioni di cui agli articoli 82, comma 2 e 87, commi 1 e 2 del Codice, la stazione appaltante accetta anche altre prove documentali relative all’impiego di misure equivalenti, valutando

l'adeguatezza delle medesime agli standard sopra indicati (es: le misure di garanzia devono basarsi su documenti normativi previsti dal Regolamento (UE) n. 1025/2012 sulla normazione europea e deve essere provata l'indipendenza, competenza e imparzialità del soggetto che ha rilasciato la valutazione di conformità).

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

11. Avvalimento (art. 8 Disciplinare)

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

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

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

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

Le previsioni del comma 1 dell'art. 89 - 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 possibili antinomie tra i testi delle due norme appena richiamate.

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. 80⁵, 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.

In ordine all'avvalimento delle certificazioni di qualità occorre precisare che la posizione assunta nel disciplinare tipo deriva dall'esigenza di conformarsi ad un recente orientamento giurisprudenziale del Consiglio di Stato, peraltro conforme a quanto previsto dall'art. 1, comma 1 della legge n. 11/2016, recante la delega per il recepimento delle nuove direttive appalti.

Al riguardo il Consiglio di Stato (cfr. Sez. V, sentenza 27 luglio 2017, n. 3710), ha recentemente ribadito come la giurisprudenza amministrativa abbia già evidenziato che quando oggetto dell'avvalimento è la certificazione di qualità di cui la concorrente è priva, occorre, ai fini dell'idoneità del contratto, che l'ausiliaria metta a disposizione dell'ausiliata l'intera organizzazione aziendale, comprensiva di tutti i fattori della produzione e di tutte le risorse, che, complessivamente considerata, le ha consentito di acquisire la certificazione di qualità da mettere a disposizione (cfr. Cons. Stato, sez. V, 23 febbraio 2017, n. 852; Cons. Stato., sez. V, 12 maggio 2017, n. 2225, con considerazioni riferite al prestito dell'attestazione S.O.A., che valgono a maggior ragione per il prestito della certificazione di qualità).

D'altro canto, nel nuovo regime giuridico vigente, la legge delega, all'art. 1, comma 1, lett. zz) espressamente prevede che il “...contratto di avvalimento indichi nel dettaglio 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, ...”

In considerazione del fatto che la certificazione di qualità è strettamente correlata ai processi produttivi di un operatore e la sua richiesta è finalizzata ad assicurare il loro impiego nell'appalto, con la finalità di garantire uno *standard* di qualità della prestazione superiore a certi livelli, ammettere l'avvalimento per tale requisito reca con sé, come necessaria conseguenza, che la messa a disposizione dell'organizzazione dell'ausiliario debba intendersi come effettivo impiego della stessa per l'erogazione della prestazione nell'appalto affidato.

12. Subappalto (art. 9 Disciplinare)

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

⁵ Si pensi al caso dell'illecito professionale dichiarato dall'ausiliaria ma ritenuto grave dalla stazione appaltante, oppure alla dichiarazione resa circa la posizione contributiva, ritenuta irregolare dalla stazione appaltante sulla base degli elementi forniti (es. presentazione della domanda di ammissione alla rateazione del debito contributivo non ancora accettata).

È bene chiarire che tale adempimento costituisce un presupposto essenziale in vista della successiva autorizzazione al subappalto da parte della stazione appaltante e non ai fini della partecipazione alla gara. Pertanto, la mancata espressione della volontà di ricorso al subappalto non comporta l'esclusione dalla gara, ma la mera impossibilità di ricorrere a tale istituto (Determinazione 10 ottobre 2012, n. 4).

Il superamento, in sede di offerta, delle percentuali di ammissibilità del subappalto o comunque dei limiti entro cui lo stesso è riconosciuto, non comporta l'esclusione del concorrente, potendo al più pregiudicare la possibilità di ricorrere al subappalto in caso di aggiudicazione (*cf.* ANAC, Parere di precontenzioso del 14 febbraio 2013, n. 13).

Il nuovo Codice prevede l'obbligatoria indicazione, in sede di offerta, della terna dei subappaltatori.

Sul punto il Disciplinare opta per una chiara scelta in ordine agli effetti della mancata indicazione della terna, disponendo che l'omissione della medesima o l'indicazione di un numero di subappaltatori inferiore a tre, non costituisce motivo di esclusione ma comporta, per il concorrente, la "sanzione" del divieto di subappalto, coerentemente all'ipotesi di mancata/irregolare costituzione della terna.

Parimenti, il disciplinare prevede il divieto di ricorrere al subappalto nel caso il cui un concorrente indichi un subappaltatore che, contestualmente, concorra in proprio alla gara. Tale circostanza rende invalida la terna del suddetto concorrente in quanto uno dei tre subappaltatori che ha indicato non potrà, ai sensi dell'articolo 105, comma 4 del Codice, essere autorizzato ad eseguire il subappalto.

Di contro, il Disciplinare prevede la sanzione dell'esclusione dalla gara del concorrente nel caso di mancato possesso, in capo ad uno dei subappaltatori indicati nella terna, dei requisiti prescritti (art. 80, Codice). Tale esclusione appare doverosa alla luce dell'art. 80, commi 1 e 5, ancorché sembri entrare in collisione interpretativa con l'art. 105, comma 12, del Codice a tenore del quale *"L'affidatario deve provvedere a sostituire i subappaltatori relativamente ai quali apposita verifica abbia dimostrato la sussistenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80"*.

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

13. Garanzia provvisoria (art. 10 Disciplinare)

Il paragrafo 10, “*Cauzioni e garanzie richieste*”, riporta le modalità di presentazione delle garanzie a corredo delle offerte con particolare riguardo alla forma e al contenuto della cauzione provvisoria.

Con riferimento alla cauzione provvisoria prestata in forma di fideiussione, l’art. 93 del Codice prevede che la garanzia debba avere validità per almeno 180 giorni dalla data di presentazione dell’offerta. La medesima norma lascia poi alla stazione appaltante la possibilità di richiedere una garanzia con termine di validità maggiore o minore in relazione alla durata presumibile del procedimento. Interpretando la norma in combinato disposto con l’art. 32, comma 4, del Codice, tale durata deve intendersi decorrente dal termine di scadenza per la presentazione delle offerte, in modo da far coincidere il termine di validità delle offerte stesse con quella della garanzia. È fatta salva, in ogni caso, in conformità con quanto disposto dal citato art. 93 del Codice, la facoltà delle stazioni appaltanti di stabilire un termine diverso, ovvero di prevedere che l’offerta sia corredata dall’impegno del garante a rinnovare la garanzia qualora, alla scadenza, non sia ancora intervenuta l’aggiudicazione.

Gli intermediari abilitati al rilascio delle polizze fideiussorie devono essere individuati tra i soggetti iscritti nell’albo di cui all’art. 106 del d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385 che svolgono in via esclusiva o prevalente attività di rilascio di garanzie e che sono sottoposti a revisione contabile da parte di una società di revisione iscritta nell’albo previsto dall’art. 161 del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58.

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

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

Nel caso in cui la SA richieda l’autentica della sottoscrizione, questa va apposta anche qualora la garanzia sia stata firmata digitalmente poiché la firma digitale attesta l’identità del dichiarante e

l'integrità del documento che dopo la sottoscrizione non può più essere modificato, mentre con l'autentica della firma il notaio attesta l'identità, la qualifica ed i poteri del sottoscrittore.

Tra le prescrizioni facoltative relative alla costituzione della cauzione sotto forma di fideiussione è stata inclusa anche l'allegazione di una dichiarazione sostitutiva di atto notorio con cui il sottoscrittore attesta il potere di impegnare, con la sottoscrizione, la società fideiubente nei confronti della stazione appaltante. Anche tale prescrizione, al pari della richiesta dell'autenticazione della firma del fideiussore, ha lo scopo di garantire alla stazione appaltante la serietà della garanzia.

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

“In caso di partecipazione in forma associata, la riduzione del 50% per il possesso della certificazione del sistema di qualità di cui all'articolo 93, comma 7, si ottiene:

- a. in caso di partecipazione dei soggetti di cui all'art. 45, comma 2, lett. d), e), f), g), del Codice solo se tutte le imprese che costituiscono il raggruppamento, consorzio ordinario o GEIE, o tutte le imprese retiste che partecipano alla gara siano in possesso della predetta certificazione;*
- b. in caso di partecipazione in consorzio di cui all'art. 45, comma 2, lett. b) e c) del Codice, solo se la predetta certificazione sia posseduta dal consorzio e/ o dalle consorziate.*

Le altre riduzioni previste dall'art. 93, comma 7, del Codice si ottengono nel caso di possesso da parte di una sola associata”.

Il diverso approccio tra i consorzi, stabili e di cooperative, da un lato, e le altre forme associative, dall'altro, si giustifica in ragione del diverso tipo di vincolo che astringe le diverse categorie di operatori, dal momento che solo i primi posseggono un'autonoma soggettività. Lo stesso parere di precontenzioso vincolante, emesso dall'A.N.AC. con Delibera n. 227 del 1° marzo 2017, ammette espressamente che la certificazione di qualità che dà diritto alla riduzione del 50% della cauzione può essere posseduta, per il Consorzio stabile, indifferentemente dal Consorzio o dalle consorziate esecutrici e non.

Il possesso delle altre certificazioni di conformità – che danno diritto ad ulteriori riduzioni e che sono molto più specifiche (EMAS, Ecolabel, ecc.), e legate a precisi settori di attività propri di ciascuna impresa associata (che possono essere completamente diversi e che spesso costituiscono la causa della stessa costituzione del modulo associativo) – non è stato ritenuto esigibile in capo a tutte le imprese facenti parte dei moduli associativi di cui all'art. 45, comma 2, lett. d), e), f), g) (diversamente da quanto previsto per la certificazione del sistema di qualità) proprio in ragione della natura settoriale e specifica delle suddette certificazioni.

Lo stesso criterio è stato seguito per le riduzioni connesse alle fattispecie disciplinate dall'art. 93, comma 7, ultimo periodo, ma in ragione del loro valenza sociale (rating di legalità e rating di impresa, attestazione del modello organizzativo, ai sensi del decreto legislativo n. 231/2001, di certificazione social accountability 8000, o di certificazione del sistema di gestione a tutela della sicurezza e della salute dei lavoratori o di certificazione OHSAS, ecc.).

Ai sensi dell'art. 93, comma 6 del Codice, la garanzia provvisoria copre la mancata sottoscrizione del contratto, dopo l'aggiudicazione, dovuta ad ogni fatto riconducibile all'affidatario o all'adozione di informazione antimafia interdittiva emessa ai sensi degli articoli 84 e 91 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159. Al riguardo il disciplinare contiene la specificazione secondo cui sono fatti

riconducibili all'affidatario, tra l'altro, la mancata prova del possesso dei requisiti generali e speciali; la mancata produzione della documentazione richiesta e necessaria per la stipula del contratto.

L'incameramento avviene solo nel caso in cui le evenienze sopra citate si verifichino in capo all'aggiudicatario, ossia una volta intervenuta l'aggiudicazione definitiva. Prima di tale momento, infatti, siamo in presenza di una mera graduatoria, nella quale il primo collocato non riveste la qualifica di aggiudicatario, neanche provvisorio, non essendo tale figura più contemplata dalle norme del nuovo Codice. Il legislatore vuole sanzionare con l'incameramento della cauzione, infatti, solo il concorrente che, per fatto a lui imputabile, abbia spinto la stazione appaltante - in una fase avanzata della procedura - a dichiararlo aggiudicatario senza tuttavia possedere la legittimazione a contrarre con la pubblica amministrazione (se si tratta del possesso dei requisiti generali) ovvero senza essere nella condizione di poter procedere alla stipula (per tutti gli altri casi).

14. Sopralluogo (art. 11 Disciplinare)

La Stazione appaltante può prescrivere l'effettuazione del sopralluogo a pena di esclusione, qualora l'oggetto del contratto abbia una stretta e diretta relazione con le strutture edilizie (Determinazione del 10 ottobre 2012, n. 4). In linea con tale orientamento, il Disciplinare attribuisce alla stazione appaltante la facoltà di prevedere o meno l'obbligatorietà del sopralluogo.

Il modello individua una serie di elementi che devono essere disciplinati per un corretto svolgimento delle relative operazioni (ad esempio, i luoghi oggetto del sopralluogo, gli orari, ecc.). Il sopralluogo potrà essere effettuato da un rappresentante legale, procuratore o da un direttore tecnico del concorrente o da soggetto diverso munito di delega. In un'ottica di semplificazione, al fine di rendere tale adempimento più rispondente alle esigenze organizzative rappresentate dagli operatori economici, si ritiene che il soggetto munito di delega non debba essere necessariamente un dipendente dell'operatore economico. Al fine di garantire l'anonimato tra i soggetti che partecipano alla procedura, il soggetto delegato ad effettuare il sopralluogo non può ricevere l'incarico da più concorrenti.

In ordine alle modalità di svolgimento del sopralluogo, si evidenzia che rientra nella discrezionalità della stazione appaltante fissare la calendarizzazione del sopralluogo, dovendo la stessa poter organizzare la propria attività in modo da non distogliere i propri dipendenti dalle normali attività per periodi di tempo imprecisati. Al riguardo, tuttavia si ritiene opportuno segnalare che tale calendarizzazione dovrà essere effettuata nel rispetto della *par condicio* e dell'anonimato dei partecipanti. Ciò che, di norma, porta ad escludere l'ammissibilità di sopralluoghi collettivi, salvo che gli stessi siano necessitati da un altissimo numero di richieste di sopralluogo e dalla correlativa impossibilità di rispettare i termini previsti per l'effettuazione del medesimo.

Inoltre, dovrà contemperare, da un lato, l'esigenza di garantire la massima partecipazione alla gara, evitando di fissare date di sopralluogo troppo vicine alla data di pubblicazione del bando (ciò che potrebbe costituire una violazione del principio di proporzionalità); dall'altro, l'esigenza di garantire un lasso di tempo dopo lo svolgimento del sopralluogo che possa considerarsi congruo per la formulazione dell'offerta, evitando di fissare date troppo vicine al termine finale per la presentazione dell'offerta. Ad ogni modo, si raccomanda di tener conto dell'adempimento richiesto ai fini della fissazione del termine per la presentazione della domanda.

15. Pagamento in favore dell'Autorità (art. 12 Disciplinare)

I concorrenti devono effettuare il pagamento del contributo previsto dalla legge in favore dell'Autorità. Le istruzioni per il calcolo dell'importo e per le modalità di versamento sono indicate per l'anno corrente nella Delibera 21 dicembre 2016 n. 1377. Si ricorda che il pagamento del contributo costituisce condizione di ammissibilità dell'offerta; di conseguenza, il mancato versamento costituisce causa di esclusione dalla procedura di gara, mentre la mancata comprova del pagamento può essere regolarizzata.

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

16. Modalità di presentazione dell'offerta e sottoscrizione dei documenti di gara (art. 13 Disciplinare)

Il Disciplinare reca indicazioni circa le modalità con cui devono essere presentati i plichi e le buste contenenti le offerte e le modalità di consegna alla stazione appaltante, al fine di salvaguardare il principio della segretezza delle offerte.

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

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

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

La stazione appaltante può chiedere agli offerenti il differimento del termine di validità dell'offerta, nel caso in cui le operazioni di gara siano ancora in corso alla scadenza prevista dal Disciplinare. Infatti, è noto che la limitazione temporale degli obblighi contenuti nell'offerta è disposta nell'interesse dell'offerente, il quale non può essere vincolato *ad libitum* all'offerta presentata. D'altra parte, la giurisprudenza ha chiarito che la perdita di validità dell'offerta non può essere intesa come decadenza della stessa e ritiro dalla gara, ma come mera inefficacia temporanea (Cons. St., 24.6.2010 n. 4019). In tal senso, la conferma della validità dell'offerta deve essere considerata come una condizione di procedibilità ai fini dell'aggiudicazione, in quanto non sarebbe utile individuare un contraente senza

prima verificare se quest'ultimo si consideri ancora vincolato alla propria offerta (T.A.R. Lombardia, Brescia, 7 gennaio 2015, n. 2).

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

Pertanto, ferma restando la facoltà dei concorrenti di non confermare la propria offerta, laddove volessero prorogare la validità della stessa sono tenuti a farlo in tempo utile per consentire la sollecita conclusione della gara. Si è ritenuto, quindi, opportuno prevedere alla clausola di cui al punto 13 del Disciplinare- tipo che, nel caso in cui alla data di scadenza della validità delle offerte le operazioni di gara siano ancora in corso, la stazione appaltante richiederà agli offerenti di confermare, con dichiarazione sottoscritta dal legale rappresentante, la validità dell'offerta sino alla data che sarà indicata dalla medesima stazione appaltante e di produrre un apposito documento attestante la validità della garanzia prestata in sede di gara fino alla medesima data. Le stazioni appaltanti provvederanno inoltre ad assegnare un termine congruo e ragionevole in relazione alla fase della gara in cui la richiesta interviene per tale adempimento, dovendosi considerare che l'inerzia dei concorrenti nella conferma dell'offerta potrà essere legittimamente considerata dalla stazione appaltante come rinuncia alla gara.

Con riferimento alla clausola del Disciplinare secondo cui *“la mancata separazione dell'offerta economica dall'offerta tecnica, ovvero l'inserimento di elementi concernenti il prezzo in documenti contenuti nelle buste A e B, è causa di esclusione”*, la giurisprudenza recente ha affermato che *“tale divieto non vada inteso in senso assoluto, ben potendo nell'offerta tecnica essere inclusi singoli elementi economici che siano resi necessari dagli elementi qualitativi da fornire, purché siano elementi economici che non fanno parte dell'offerta economica, quali i prezzi a base di gara, i prezzi di listini ufficiali, i costi o prezzi di mercato, ovvero siano elementi isolati e del tutto marginali dell'offerta economica che non consentano in alcun modo di ricostruire la complessiva offerta economica (cfr. Cons. Stato, V, n. 5181/2015; VI, n. 5890/2014 e n.5928/2012), o consistano nell'assunzione di costi di prestazioni diverse da quelle apprezzate nell'offerta economica, anche se comunque da rendere a terzi in base al capitolato e remunerate dalla stazione appaltante (cfr. Cons. Stato, V, n. 4226/2016). In definitiva, l'applicazione del divieto di commistione va effettuata in concreto (e non in astratto), con riguardo alla concludenza degli elementi economici esposti o desumibili dall'offerta tecnica, che debbono essere tali da consentire di ricostruire in via anticipata l'offerta economica nella sua interezza ovvero, quanto meno, in aspetti economicamente significativi, idonei a consentire potenzialmente al seggio di gara di apprezzare «prima del tempo» la consistenza e la convenienza di tale offerta (cfr. Cons. Stato, III, n. 3287/2016; IV, n. 825/2016)”* (Cons. Stato, III, 3 aprile 2017 n. 1530).

17. Contenuto della busta A -Documentazione amministrativa (art. 15 Disciplinare)

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

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

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

Il Disciplinare dispone che il concorrente compili il Documento di gara unico europeo (DGUE) secondo lo schema allegato al DM del Ministero delle Infrastrutture e Trasporti del 18 luglio 2016 e successive modifiche.

Si ricorda che, fino all'aggiornamento del DGUE al decreto correttivo ciascun soggetto che compila il DGUE è tenuto ad allegare una dichiarazione integrativa in ordine al possesso dei requisiti di cui all'art. 80, comma 5, lett. f-bis e f-ter del Codice.

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

Le dichiarazioni richieste in via ulteriore rispetto al modello del DGUE sono opportunamente e partitamente evidenziate nella parte delle dichiarazioni integrative del punto 15.3.

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

A tal proposito, occorre osservare che il modello del DGUE non prevede l'indicazione del nominativo dei singoli soggetti. Ciò rende non sempre agevole l'individuazione dei soggetti in possesso di partecipazioni societarie o che ricoprono incarichi di amministrazione o di direzione tecnica nelle imprese attraverso la semplice consultazione di registri pubblici o di banche-dati ufficiali. I mutamenti delle compagini societarie e degli assetti organizzativi possono, infatti, essere anche molto frequenti e, comunque, non aggiornati in tempo reale.

Si osservi che è stata previsto che il legale rappresentante o un suo procuratore renda le dichiarazioni sui singoli requisiti di carattere generale anche con riferimento agli altri soggetti indicati dall'art. 80, commi 2 e 3, del Codice.

Al riguardo si evidenzia che è stato ritenuto necessario richiedere che nel corpo della dichiarazione vengano indicati i dati identificativi dei soggetti di cui all'art. 80 comma 3 del Codice, ovvero venga indicata la banca dati ufficiale o il pubblico registro da cui i medesimi possono essere ricavati in modo aggiornato alla data di presentazione dell'offerta (vedi punto 15.3.1.2 del disciplinare). Ciò in linea con

l'avviso del Consiglio di Stato, secondo cui l'attestazione di stati, qualità personali e fatti relativi a persone diverse dal dichiarante è consentita se riferita a persone identificate o agevolmente identificabili, per tali intendendosi coloro di cui la p.a. possa ricavare le generalità immediatamente tramite la consultazione di registri e banche-dati, senza alcun onere di istruttoria o accertamento - (cfr. Ad. Plen. Cons. Stato, 30 luglio 2014, n. 16; Cons. Stato, Sez. IV, 20 gennaio 2015, n. 140).

Sul punto si richiama altresì il comunicato del Presidente dell'8 novembre 2017 per un'esatta individuazione dell'ambito soggettivo definito dall'art. 80, comma 3 del Codice.

In relazione al requisito di cui all'articolo 80 comma 5, lett. a), in caso di concordato preventivo con continuità aziendale, il concorrente, al fine di consentire alla stazione appaltante l'accertamento della sussistenza delle condizioni di partecipazione stabilite dall'art.186-*bis* del R.D. 16 marzo 1942, n. 267, dovrà inoltre produrre tutta la documentazione indicata nella citata norma ossia gli estremi del provvedimento di ammissione al concordato e del provvedimento di autorizzazione a partecipare alle gare rilasciati dal Tribunale competente.

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

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

positivo, in funzione di codeterminazione, poiché il socio che ha il potere di interdire l'adozione di una decisione è anche quello che deve concorrere perché sia adottata” (Cons. Stato, Ad. Pl., sentenza 6 novembre 2013, n. 24). Pertanto, secondo la citata Adunanza Plenaria questa situazione si riscontra nel caso di due soci al 50% *“poiché nessuna decisione può essere presa se uno dei due è contrario mentre entrambi devono concordare su ciascuna decisione” (ibidem).*

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

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

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

Con riferimento agli ulteriori oneri dichiarativi, è richiesta, nel solo caso dei settori sensibili, l'iscrizione nella cd *white list* dei fornitori e prestatori di servizi non soggetti a tentativo di infiltrazione mafiosa⁶. Ai sensi dell'art. 1, comma 53 della l. 190/2012, per particolari attività maggiormente esposte a rischio di infiltrazione mafiosa, l'informazione antimafia liberatoria è obbligatoriamente acquisita dalla stazione appaltante attraverso la consultazione, anche in via telematica, dell'apposito elenco fornitori istituito presso ogni prefettura. Al riguardo va precisato che ai sensi dell'art. 83 l. 159/2011, la documentazione

⁶ Ai sensi dell'art. 1, comma 53, l. 190/2012, i settori sensibili individuati dalla legge come maggiormente esposti a rischio di infiltrazione mafiosa sono: a) trasporto di materiali a discarica per conto di terzi; b) trasporto, anche transfrontaliero, e smaltimento di rifiuti per conto di terzi; c) estrazione, fornitura e trasporto di terra e materiali inerti; d) confezionamento, fornitura e trasporto di calcestruzzo e di bitume; e) noli a freddo di macchinari; f) fornitura di ferro lavorato; g) noli a caldo; h) autotrasporti per conto di terzi; i) guardiania dei cantieri.

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

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

18. Contenuto della busta B – Offerta tecnica (art. 16 Disciplinare)

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

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

Con riferimento all'art. 95, comma 14, lett b) del Codice, le amministrazioni aggiudicatrici che autorizzano o richiedono le varianti menzionano nei documenti di gara i requisiti minimi che le varianti devono rispettare, nonché le modalità specifiche per la loro presentazione, in particolare se le varianti possono essere presentate solo ove sia stata presentata anche un'offerta, che è diversa da una variante.

Esse garantiscono anche che i criteri di aggiudicazione scelti possano essere applicati alle varianti che rispettano tali requisiti minimi e alle offerte conformi che non sono varianti.

La norma deve essere interpretata nel senso di seguito riportato:

1. Se si prevedono varianti rispetto al “progetto” posto a base di gara, da presentare in sede di offerta esse devono essere preventivamente circoscritte tramite la definizione di requisiti (caratteristiche) minimi che le medesime devono possedere, ciò al fine di evitare uno snaturamento dell’oggetto dell’appalto tramite la variante stessa;
2. La norma consente alla stazione appaltante di prevedere che sia presentata direttamente un’offerta contenente la variante oppure che quest’ultima sia presentabile separatamente laddove a parte venga presentata un’offerta conforme alle specifiche tecniche del progetto posto a base di gara;
3. Per un’esigenza di omogeneità delle valutazioni, e anche la fine di garantire la loro coerenza con il progetto base, i criteri con cui si valutano gli aspetti qualitativi delle varianti devono essere relativi agli stessi aspetti qualitativi che vengono valutati per l’offerta conforme al progetto medesimo.

19. Contenuto della busta C – Offerta economica (art. 17 Disciplinare)

Il paragrafo 17 contiene le indicazioni circa il contenuto della busta “C-offerta economica”. Nella busta deve essere contenuta l’offerta economica, predisposta preferibilmente secondo il modello messo a disposizione dalla stazione appaltante.

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

Quest’ultimi anche se forniti complessivamente dovranno essere calcolati tenendo conto delle unità impiegate, delle relative qualifiche nonché delle retribuzioni calcolate sulla base del CCNL di riferimento.

Il calcolo della manodopera deve essere effettuato in base alle stime operate dall’operatore economico, anche tenendo conto dell’assorbimento determinato in ragione della clausola sociale - la cui applicazione deve avvenire sempre nei limiti di compatibilità con l’organizzazione aziendale - in relazione all’organizzazione del servizio sottesa alla propria offerta.

Anche in caso di contratti misti con una componente maggioritaria di forniture senza posa in opera o servizi di natura intellettuale, i concorrenti saranno tenuti ad indicare nelle proprie offerte economiche la stima dei costi aziendali relativi alla salute ed alla sicurezza sui luoghi di lavoro, nonché la stima dei costi della manodopera per le forniture e i servizi non rientranti nelle categorie escluse.

20. Criterio di aggiudicazione (art. 18 Disciplinare)

Il criterio di aggiudicazione individuato nel disciplinare è l’offerta economicamente più vantaggiosa secondo il miglior rapporto qualità/prezzo. Si noti che tale criterio appare centrale per il legislatore comunitario, il quale suggerisce alle stazioni appaltanti di valutare le offerte non solo sulla base del prezzo ma anche tenendo conto di uno o più fattori qualitativi (cfr. artt. 67 e 68, Direttiva 2014/24). A seconda del servizio o del prodotto da acquisire, tali fattori potrebbero comprendere, per esempio, le condizioni di consegna e di pagamento, aspetti legati al servizio post-vendita, l’offerta di servizi di

consulenza/formazione o di sostituzione, riparazione o manutenzione, o, ancora elementi di natura ambientale o sociale (cfr. considerando 93, Direttiva 2014/24).

La nuova nozione di offerta economicamente più vantaggiosa, di cui all'art. 95 del Codice, assume un significato profondamente diverso rispetto a quello attribuito alla medesima espressione dall'impianto normativo previgente (cfr. Consiglio di Stato, commissione speciale - parere 1° aprile 2016, n. 855). Essa assurge a concetto unitario e onnicomprensivo della vecchia OEPV e del vecchio criterio del prezzo più basso, si giustifica alla luce del fatto che anche in quest'ultima ipotesi la direttiva 2014/24/UE non disciplina tale criterio come unicamente basato sull'aspetto economico del prezzo ma introduce elementi che attengono alla maggior vantaggiosità di un prezzo piuttosto che di un altro in rapporto alla valutazione dei costi complessivi che, in ultima analisi, sono legati alla qualità dell'approvvigionamento, per come essa si riflette sull'utilizzo, i consumi, la manutenzione, lo smaltimento, il riciclaggio ecc.

Da qui il nuovo concetto di offerta economicamente più vantaggiosa che solo in ipotesi ormai residuali si basa sull'unico elemento del prezzo. Infatti, il legislatore italiano, accogliendo la disposizione a recepimento facoltativo di cui all'art. 67, par. 2, comma 2, ha limitato l'utilizzo del prezzo più basso alle ipotesi di cui all'art. 95, comma 4, e in ragione di caratteristiche ben precise. Fatta eccezione per i lavori sotto i due milioni di euro, si tratta di casi in cui la qualità difficilmente rileva, in quanto nei prodotti standardizzati la rispondenza del servizio o del bene a *standard* minimi è da ritenersi idonea a soddisfare l'interesse pubblico che con l'approvvigionamento si vuole realizzare, così come nei prodotti e servizi caratterizzati da elevata ripetitività in quanto anche quest'ultima reca con sé, in ultima analisi, una standardizzazione dei processi produttivi e quindi dei costi. Volendo sintetizzare le quattro possibili declinazioni della nuova nozione di offerta economicamente più vantaggiosa, secondo la disciplina contenuta nel citato art. 95, si possono enucleare le seguenti ipotesi: prezzo più basso, miglior rapporto qualità prezzo, costo/efficacia, prezzo fisso con competizione sulla sola qualità.

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

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

Per quanto riguarda la valutazione dei medesimi criteri, la stazione appaltante è del tutto libera di scegliere il criterio di attribuzione del coefficiente. Nel Disciplinare sono richiamati i metodi più usati riportati nelle linee guida dell'A.N.AC n. 2/2016: attribuzione discrezionale di un coefficiente variabile

da zero ad uno da parte di ciascun commissario ovvero confronto a coppie. In quest'ultimo caso la giurisprudenza ha considerato meno stringente l'onere motivazionale (di fatto già assolto mediante l'utilizzo stesso del metodo) della valutazione operata dalla commissione giudicatrice (Cfr. *ex multis* Cons. St., Sez. III, sentenza 21 gennaio 2015 n. 205.)

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

Al fine di orientare la scelta delle stazioni appaltanti, occorre evidenziare che la formula bilineare ha la caratteristica di comprimere i coefficienti assegnati all'elemento prezzo per le offerte superiori alla media dei ribassi proposti al di sopra di un coefficiente X fissato dalla stazione appaltante, individuabile in 0,80 o 0,85 o 0,90. Per diminuire l'importanza dell'elemento prezzo è necessario utilizzare un coefficiente X elevato (0,85 o 0,90).

In generale, si ritiene che la formula bilineare sia particolarmente indicata per alcuni servizi (o forniture) nei casi in cui si voglia evitare un'eccessiva competizione sul prezzo (*cfr.* anche Determinazione n. 7/2011 e Bando-tipo del 26 febbraio 2014, n. 1).

Quanto all'inserimento del *rating di impresa*, accanto al *rating di legalità*, tra gli elementi premianti dell'offerta economicamente più vantaggiosa (v. art. 95, comma 13, del Codice, come modificato dal Decreto correttivo), al fine di un suo possibile utilizzo bisognerà attendere l'emanazione delle linee guida previste dall'art. 83, comma 10 del Codice, come modificato dal Decreto correttivo. In ogni caso, si precisa che, ai fini dell'attribuzione di punteggi incrementali per il rating di legalità, in caso di partecipazione in forma associata - tenuto conto della ratio sottesa alla norma di premiare le imprese virtuose sotto il profilo della legalità evitando quanto più possibile di esporre gli appalti a fenomeni di criminalità – è necessario che tutti i soggetti del modulo associativo ne siano in possesso.

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

Come più volte sottolineato dall'Autorità, al fine di non alterare i pesi stabiliti tra i vari criteri, qualora nel singolo criterio nessun concorrente abbia raggiunto il massimo del punteggio previsto nel bando di gara, si ricorda l'opportunità di procedere alla c.d. "*riparametrazione*". La riparametrazione sul singolo criterio consente di ottenere il punteggio massimo in relazione al medesimo, così come avviene per i criteri quantitativi, inclusa la componente economica, e di premiare, quindi la reale miglior qualità laddove veramente offerta, evitando di compensare carenze in alcune parti dell'offerta con pregi in altre, come avviene nel caso di doppia riparametrazione. Quest'ultima tuttavia è stata suggerita dal Consiglio di Stato che ha tenuto a precisare che la riparametrazione non è un obbligo che possa farsi discendere da nessuna norma e non può essere imposta dalla Linea guida ma esclusivamente prevista negli atti di gara, quale frutto di una valutazione discrezionale dell'amministrazione (Consiglio di Stato, parere 2 agosto 2016, n. 1767; Cons. Stato, Sez. III, 24 ottobre 2017, n. 4903).

È rimesso, pertanto, alla discrezionalità delle singole stazioni appaltanti prevedere nei loro bandi di gara la riparametrazione dei singoli punteggi tecnici ed eventualmente anche del punteggio tecnico complessivo. Laddove non siano previste modalità/formule che consentono di attribuire alla migliore offerta il punteggio massimo, la riparametrazione potrà essere utilizzata anche per i criteri di natura quantitativa (Linee guida n. 2/2016).

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

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

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

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

In assenza di soglie di sbarramento, la sequenza delle operazioni è la stessa senza la fase *sub* 4).

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

Con riferimento alle difficoltà applicative che possono derivare nel caso di esclusione di concorrenti successivamente all'apertura delle offerte tecniche o economiche ed all'attribuzione dei conseguenti punteggi, si osserva quanto segue.

La riparametrazione, come le formule di attribuzione di punteggi basati su medie, ivi compreso lo stesso confronto a coppie, pone il problema dell'eventuale ricalcolo del punteggio nel caso di esclusione di un concorrente (per carenza dei requisiti, per anomalia o per inammissibilità/irregolarità dell'offerta) in una fase in cui la graduatoria di merito è già stata redatta. Al riguardo è da ritenere possibile

l'applicazione estensiva dell'articolo 95, comma 15 del Codice, in quanto norma espressiva di un principio generale di celerità e certezza della definizione del procedimento di gara. In tal senso si è espresso, da ultimo, il Consiglio di Stato, sez. V, con decisione n. 847 del 26 gennaio 2017 ha chiarito che *“il principio dell'immodificabilità della graduatoria e di irrilevanza delle sopravvenienze (pur se determinate da vicende giudiziarie) [assume] valenza generale e [mira] all'obiettivo (probabilmente opinabile, ma costituente esercizio di interpositio legislatoris in via di principio insuscettibile di scrutinio in sede giudiziale) di assicurare stabilità agli esiti finali dei procedimenti di gara”*.

Di contro, il TAR Milano, con sentenza n. 1861 del 21 settembre 2017 sembra propendere per una lettura restrittiva della medesima norma, considerando che essa *“ha un ambito di applicazione specifico, riferendosi alle “medie della procedura” ed alla “soglia di anomalia delle offerte”, sicché solo questi valori sono insensibili alle variazioni intervenute nella compagine dei concorrenti per effetto di interventi giurisdizionali”*. Pertanto, laddove non sussistano valori medi da tenere fermi, *“si dovrebbe applicare ex novo la formula in relazione al valore delle offerte rimaste in gara”*.

Alla luce dei diversi orientamento esposti la stazione appaltante potrebbe, facendo leva sulla natura di *lex specialis* del bando, optare per una o per l'altra soluzione, in ogni caso formulando una clausola chiara ed univoca in merito alle modalità per il caso di esclusione/riammissione successiva alla fase di cui all'art. 95, comma 15 del Codice.

21. Operazioni di gara e nomina della commissione giudicatrice (artt. 19, 20 e 21 Disciplinare)

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

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

Le operazioni di gara hanno inizio con la verifica della regolarità dei plichi pervenuti, con l'apertura della documentazione amministrativa e gli accertamenti relativi alle cause di esclusione. Nel

Disciplinare, la stazione appaltante può individuare sulla base delle proprie disposizioni organizzative, nel RUP o in un Seggio di gara istituito *ad hoc*, il soggetto cui attribuire la fase amministrativa del procedimento. Tale organo, individuale o collegiale, sarà, pertanto, in primo luogo preposto alla gestione della fase del controllo documentale delle offerte pervenute, al fine di consentire alla Commissione giudicatrice di procedere con le operazioni di propria competenza (valutazione delle offerte tecniche ed economiche).

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

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

All'esito delle operazioni di cui sopra, la Commissione, in seduta pubblica, redige la graduatoria. Qualora individui offerte che superano la soglia di anomalia di cui all'art. 97, comma 3 del Codice, e in ogni altro caso in cui, in base a elementi specifici, l'offerta appaia anormalmente bassa, la Commissione, chiude la seduta pubblica dando comunicazione al RUP, che avvierà il procedimento di valutazione di congruità dell'offerta.

Infine, con riferimento all'obbligo di pubblicazione dei nominativi e dei curricula dei commissari di gara, ai sensi dell'art. 29, comma 1 del Codice, occorre precisare che tale adempimento non riguarda i componenti del "seggio di gara" competente alla verifica della documentazione amministrativa, a meno che lo stesso non sia investito delle funzioni proprie della commissione giudicatrice in ordine alla valutazione dell'offerta tecnica/economica.

22. Individuazione dell'anomalia e verifica di congruità delle offerte: procedimento ed esclusione dell'offerta anomala (art. 22 Disciplinare)

Al ricorrere dei presupposti indicati dall'art. 97, comma 3, e in ogni altro caso in cui l'offerta appaia anormalmente bassa in base a elementi specifici (art. 97, comma 6, ult. per.), il Disciplinare elabora e detta le regole del procedimento di verifica della congruità delle offerte, in ossequio alle novità introdotte dal Codice stesso e nel rispetto delle Linee guida dell'A.N.AC. 26 ottobre 2016, n. 3, recanti "*Nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento di appalti e concessioni*". Si conferma, dunque, un obbligo di verifica di anomalia nel caso in cui la somma dei punti relativi al prezzo e agli altri elementi di

valutazione sia pari o superiore ai quattro quinti dei corrispondenti punti massimi previsti dal bando di gara; e in ogni caso, resta ferma la facoltà per le stazioni appaltanti di procedere, caso per caso, a una motivata verifica di congruità laddove specifici elementi lascino presagire cause di anomalia non rientranti nei casi ipotizzati dalla norma.

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

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

Con riguardo alla natura del termine di quindici giorni, offerto all'operatore economico per la giustificazione del sospetto di anomalia, il Disciplinare si conforma al consolidato orientamento giurisprudenziale che propende per la natura meramente ordinatoria del suddetto termine (Consiglio di Stato, Sez. V, 11 giugno 2014 n. 2982). In tal senso, occorre evidenziare che la legge dispone soltanto che venga assegnato al concorrente interessato un termine di almeno 15 giorni per consentire una difesa scritta. Tale procedimento semplifica la previgente disposizione dell'abrogato Codice, nel quale era previsto lo scambio di note tra la stazione appaltante e l'operatore economico, secondo una stretta e articolata scansione temporale in tre sotto fasi, che comprendevano altresì la facoltà di audizione orale. Il presente Disciplinare - nel rispetto del termine di legge, al fine di non aggravare il procedimento intenzionalmente accelerato del Legislatore e senza introdurre la facoltà di audizione orale che pare intenzionalmente esclusa dal Codice - ha ritenuto di integrare la disciplina permettendo alla stazione appaltante di procedere alla richiesta di ulteriori precisazioni scritte.

Tale previsione intende andare incontro alle esigenze di certezza delle stazioni appaltanti prima di un provvedimento di esclusione del concorrente e si pone, comunque, in linea di continuità con la *ratio* ispirata alla semplificazione del subprocedimento di verifica dell'anomalia. Pertanto, la formulazione definitiva del Disciplinare consente che - ove le spiegazioni siano ritenute insufficienti ad escludere l'anomalia - la stazione appaltante possa richiedere di fornire, anche mediante audizione orale, ulteriori chiarimenti, assegnando un termine per il riscontro.

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

In ordine alla prevista esclusione dell'offerta anormalmente bassa in quanto il costo del personale è inferiore ai minimi salariali retributivi indicati nelle apposite tabelle di cui all'articolo 23, comma 16 - ai sensi dell'art. 97, comma 5, lett. d)- del Codice, si rileva come la presente formulazione della norma

tragga, in parte, origine dal suggerimento del Consiglio di Stato, fornito nel parere reso sul Codice, secondo cui “l’art. 97, co. 5, lett. d): il Consiglio suggerisce la modifica della nuova formulazione proposta per tale norma, la quale introdurrebbe la presunzione di anomalia dell’offerta qualora il costo del personale sia inferiore al costo medio orario del lavoro. La Commissione infatti in questo caso chiede al Governo di ponderare la rettifica in commento la quale “avrebbe come risultato un forte irrigidimento e nella sostanza impedirebbe le giustificazioni – che invece sino ad ora sono state consentite (anche dalla giurisprudenza di questo Consiglio) – nel caso di costo del lavoro inferiore al costo orario medio, purché non inferiore ai minimi salariali” e propone “di consentire comunque all’operatore di dimostrare la ragionevolezza e sostenibilità dell’offerta proposta, fermo restando l’obbligatorio rispetto dei minimi salariali e degli altri vincoli normativi e della contrattazione collettiva”.

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

23. Aggiudicazione dell’appalto e stipula del contratto (art. 23 Disciplinare)

Il Disciplinare regola gli adempimenti necessari ai fini dell’aggiudicazione dell’appalto e della successiva stipula del contratto e fa espresso rinvio alle disposizioni (art. 85 e art. 86) che prescrivono, al potenziale aggiudicatario, di presentare la documentazione a comprova dell’assenza delle cause di esclusione e del rispetto dei criteri di selezione (rispettivamente: requisiti generali e speciali).

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

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

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

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

La sequenza procedimentale dalla proposta di aggiudicazione fino alla stipula del contratto risulta, pertanto, essere la seguente:

- 1) proposta di aggiudicazione
- 2) richiesta al primo in graduatoria dei documenti necessari alle verifiche di cui all'art. 85, comma 5 e 95, comma 10 del Codice (ove la relativa verifica non abbia avuto luogo nell'ambito dell'eventuale procedimento di valutazione dell'offerta anormalmente bassa);
- 3) verifica ai sensi dell'art. 95, comma 10 del Codice (ove non già effettuata);
- 4) aggiudicazione (non efficace) ai sensi dell'art. 32, comma 5 del Codice;
- 5) comunicazione, entro cinque giorni dall'aggiudicazione, ai sensi dell'art. 76, comma 5 del Codice;
- 6) decorrenza del periodo di *stand still* dalla data di invio dell'ultima comunicazione del provvedimento di aggiudicazione (art. 32, comma 9 del Codice);
- 7) acquisizione d'efficacia dell'aggiudicazione all'esito positivo dei controlli di cui all'art. 85, comma 5 o, per le verifiche di cui all'art. 80, comma 2 del Codice, al decorso dei termini di cui agli artt. 88 e 92 del d. lgs. 159/2011;
- 8) decorrenza, dall'efficacia dell'aggiudicazione, del termine di 60 gg. (o di diverso termine previsto in bando) di cui all'art. 32, comma 8 del Codice, per la stipula del contratto (che comunque non potrà avvenire prima della scadenza dello *stand still*);
- 9) stipula del contratto;
- 10) comunicazioni di cui all'art. 76, comma 5, lett. d).

24. Clausola sociale e altre condizioni particolari di esecuzione (art. 24 Disciplinare)

Nella nuova disciplina del Codice, la stazione appaltante è tenuta in ogni caso a inserire clausole sociali richiamando l'applicazione di contratti collettivi di settore, relative al riassorbimento del personale impiegato dal precedente aggiudicatario. Si ricorda che, per costante giurisprudenza, tale clausola non deve essere intesa come un obbligo di totale riassorbimento dei lavoratori del pregresso appalto, ma viceversa, deve prevedere che le condizioni di lavoro siano armonizzabili con l'organizzazione dell'impresa subentrante e con le esigenze tecnico-organizzative e di manodopera previste nel nuovo contratto.

La formulazione della clausola sociale tiene conto del recente arresto giurisprudenziale del Consiglio di Stato (Sez. III, sent. n. 2078 del 5 maggio 2017) secondo cui: "la c.d. clausola sociale deve essere interpretata conformemente ai principi nazionali e comunitari in materia di libertà di iniziativa imprenditoriale e di concorrenza, risultando altrimenti essa lesiva della concorrenza, scoraggiando la partecipazione alla gara e limitando ultroneamente la platea dei partecipanti, nonché atta a ledere la libertà d'impresa, riconosciuta e garantita dall'art. 41 Cost., che sta a fondamento dell'autogoverno dei fattori di produzione e dell'autonomia di gestione propria dell'archetipo del contratto di appalto, sicché tale clausola deve essere interpretata in modo da non limitare la libertà di iniziativa economica e, comunque, evitando di attribuirle un effetto automaticamente e rigidamente escludente; conseguentemente l'obbligo di riassorbimento dei lavoratori alle dipendenze dell'appaltatore uscente, nello stesso posto di lavoro e nel contesto dello stesso appalto, deve essere armonizzato e reso

compatibile con l'organizzazione di impresa prescelta dall'imprenditore subentrante; i lavoratori, che non trovano spazio nell'organigramma dell'appaltatore subentrante e che non vengano ulteriormente impiegati dall'appaltatore uscente in altri settori, sono destinatari delle misure legislative in materia di ammortizzatori sociali; la clausola non comporta invece alcun obbligo per l'impresa aggiudicataria di un appalto pubblico di assumere a tempo indeterminato ed in forma automatica e generalizzata il personale già utilizzato dalla precedente impresa o società affidataria (cfr. Cons. Stato, III, n. 1255/2016; n. 5598/2015; vedi anche, IV, n. 2433/2016)".

Nell'applicazione della clausola appare, quindi, opportuno procedere ad una adeguata considerazione delle mutate condizioni del nuovo appalto, del contesto sociale e di mercato o del contesto imprenditoriale in cui dette maestranze si inseriscono. Si rammenta, inoltre, che la mera accettazione di obblighi di riassorbimento del personale non può diventare criterio di valutazione dell'offerta tecnica (Avcp, Deliberazione del 21 novembre 2012, n. 100).

Tra le opzioni facoltative, la stazione appaltante può prevedere e richiedere condizioni particolari per l'esecuzione del contratto ai sensi dell'art. 100 del Codice, le quali possono attenersi, oltre che a condizioni sociali, ulteriori rispetto al caso della già precisata clausola sociale, anche a esigenze ambientali, ecc..

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

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

Assecondando un'accezione ampia di clausole sociali e ambientali, si può osservare che la Direttiva comunitaria prevede all'art. 70, che *“dette condizioni possono comprendere considerazioni economiche, legate all'innovazione, di ordine ambientale, sociale o relative all'occupazione”*; e afferma che *“è d'importanza fondamentale sfruttare pienamente il potenziale degli appalti pubblici al fine di realizzare gli obiettivi della strategia Europa 2020 per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva. In tale contesto, è opportuno ricordare che gli appalti pubblici sono essenziali per promuovere l'innovazione, che è di primaria importanza per la futura crescita in Europa”* (Considerando 95, Direttiva 24/2014/UE).

In tal senso, le condizioni ambientali potrebbero riguardare le condizioni di imballaggio, la fornitura e lo smaltimento di prodotti oppure la riduzione al minimo dei rifiuti e l'uso efficiente delle risorse. E le condizioni di esecuzione finalizzate all'innovazione potrebbero agire tanto sul miglioramento dei prodotti, quanto dei processi; tale condizione non riguarda necessariamente l'avanzamento tecnologico,

ma può estendersi alla produzione di beni eco compatibili, alle nuove tecnologie energetiche e alla tutela della salute.

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

25. Definizione delle controversie (art. 25 Disciplinare)

Il Disciplinare prevede la possibilità che la Stazione appaltante intenda compromettere in arbitri l'eventuale contenzioso, relativo a diritti soggettivi, derivanti dall'esecuzione del contratto. Tale eventualità deve essere prevista nel disciplinare, non essendo consentito il ricorso al compromesso in una fase successiva alla procedura di gara.

Si rammenta, peraltro, che la clausola compromissoria deve essere preceduta dall'autorizzazione motivata dell'organo di governo dell'amministrazione aggiudicatrice, a pena di nullità, e – una volta posta nel contratto – può essere comunque riusata dall'aggiudicatario, entro 20 giorni dall'avvenuta conoscenza dell'aggiudicazione.

26. Trattamento dei dati personali (art. 26 Disciplinare)

La clausola riguarda il trattamento dei dati personali specificando che i dati raccolti saranno trattati, ai sensi del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196., esclusivamente nell'ambito della gara regolata dal disciplinare di gara.