

BANDO-TIPO N. 2 DEL 2 SETTEMBRE 2014
AFFIDAMENTO DI APPALTI DI LAVORI
PUBBLICI NEI SETTORI ORDINARI PER
IMPORTI SUPERIORI AI 150.000 EURO.

Esame e commento

Novembre 2014

Sommario

1. Il bando-tipo: aspetti generali	3
2. Il sistema di qualificazione per gli esecutori di lavori pubblici	5
2.1. Il costo del lavoro	7
3. Le premesse al bando-tipo	8
4. Oggetto dell'appalto, modalità di esecuzione e importo a base di gara.....	9
5. Soggetti ammessi alla gara	9
6. Condizioni di partecipazione.....	12
7. Verifica dei requisiti di partecipazione	13
8. Visione della documentazione di gara e sopralluogo.....	13
9. Chiarimenti, modalità di presentazione della documentazione e comunicazioni.....	14
10. Subappalto	14
11. Ulteriori disposizioni	15
12. Cauzioni e garanzie	16
13. Pagamento in favore dell'Autorità	17
14. Requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa	17
15. Modalità di presentazione e criteri di ammissibilità delle offerte.....	18
16. Criterio di aggiudicazione	18
17. Contenuto della Busta A – documentazione amministrativa	18
18. Contenuto della Busta B – Offerta economica	20
19. Procedura di aggiudicazione	20
20. Mancata comprova dei requisiti di ordine generale.....	21

1. Il bando-tipo: aspetti generali

Nella prima sezione, l'Autorità illustra il metodo adoperato per la redazione del modello di disciplinare.

Il modello si compone di un contenuto "prescrittivo-vincolante" e di uno "prescrittivo-discrezionale". Quest'ultimo riguarda elementi procedurali che fanno necessariamente parte della documentazione di gara, ma sui quali le stazioni appaltanti hanno margini di discrezionalità, seguendo le istruzioni di compilazione indicate dall'Autorità.

Con riferimento alle parti a contenuto vincolante, l'Autorità fornisce una prima elencazione illustrativa delle cause di esclusione nonché delle informazioni che integrano il bando di gara, relative alle modalità di costituzione della cauzione provvisoria ed alle dichiarazioni sul possesso dei requisiti, da rendere in gara.

Circa le cause di esclusione, l'Autorità ribadisce un orientamento già espresso nella Determinazione n. 4/2012, sulla tipizzazione delle cause di esclusione, ribadendo che questa viene effettuata a monte dall'Autorità nei bandi-tipo, fatta salva la possibilità di deroghe espressamente motivate dalla stazione appaltante nella delibera a contrarre, da inserire nel rispetto del principio di tassatività.

La previsione nel Codice di tale potere di deroga ha sempre sollevato perplessità, in quanto il suo esercizio rischia di collidere con il principio di tassatività delle cause di esclusione, ugualmente previsto dalla normativa codicistica.

Sul punto, l'Autorità chiarisce che le eventuali deroghe al bando-tipo, ancorché motivate, non potranno mai consistere nell'introduzione di clausole in contrasto con il disposto dell'art. 46, comma 1-bis, perché sarebbero affette da nullità.

Ne consegue che le stazioni appaltanti potranno prevedere ulteriori cause di esclusione rispetto a quelle individuate nella Determinazione n. 4/2012, previa adeguata e specifica motivazione, solo con riferimento a disposizioni di leggi vigenti ovvero alle ipotesi previste dall'articolo 46, comma 1-bis del Codice.

Vengono, quindi, confermate le considerazioni espresse nella citata determinazione, secondo cui le possibilità di deroga per le amministrazioni possono consistere unicamente nella previsione di ipotesi di esclusione ulteriori sempreché abbiano fondamento in norme di legge vigenti o che tutelino le esigenze di certezza circa l'identificazione dell'offerente e la regolarità dell'offerta, contemplate dall'articolo 46, comma 1-bis.

Le considerazioni appena formulate appaiono tanto più rilevanti ove si considerino i numerosi problemi applicativi sorti in merito al nuovo comma 2-bis dell'articolo 38 del Codice dei contratti.

Si vuole ricordare, infatti, che l'articolo 39 del D.L. n. 90/2014, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 114/2014, interviene sulla disciplina dei requisiti di ordine generale necessari per la partecipazione alle procedure di gara, di cui all'art. 38 del Codice dei contratti pubblici. La norma in questione prevede che, in caso di

mancanza, incompletezza o altre irregolarità essenziali degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive, il concorrente debba procedere al pagamento di una sanzione pecuniaria stabilita dal bando, il cui valore non può essere inferiore all'uno per mille né superiore all'uno per cento del valore della gara e, in ogni caso, non può superare i 50 mila euro.

Il versamento della sanzione è garantito dalla cauzione provvisoria.

La stazione assegna al concorrente un termine, non superiore a 10 giorni, per la regolarizzazione.

Nei casi di irregolarità, incompletezze o mancanze nelle dichiarazioni non essenziali, la stazione appaltante non richiede alcuna regolarizzazione, né applica sanzioni.

Tali previsioni si applicano anche ad ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità degli elementi e delle dichiarazioni da produrre in gara, anche da parte di soggetti terzi.

È evidente, quindi, che alla corretta individuazione delle cause di esclusione, ed al corretto esercizio del potere di individuazione di quelle ulteriori da parte delle stazioni appaltanti si collega anche la corretta applicazione della nuova previsione dell'art. 38, comma 2 bis.

Ora, in merito alla nuova disciplina del soccorso istruttorio, va ricordato che Autorità ha adottato un bozza di determinazione, sulla quale è attualmente in corso di svolgimento una consultazione con gli operatori del mercato e delle amministrazioni interessate.

Occorrerà quindi attendere la versione finale di tale atto di indirizzo, ed il necessario aggiornamento dei bandi tipo con le conclusioni cui sarà giunta l'Autorità.

Nelle more, tuttavia, si rileva che, al punto 7.8 del modello di bando, viene prevista l'applicazione della sanzione pecuniaria in caso di mancato, inesatto o tardivo adempimento alle richieste della stazione appaltante, sia se formulate ai sensi dell'articolo 46, comma 1, sia se formulate ai sensi del comma 1 ter del medesimo articolo.

Tale previsione, invero, non appare pienamente coordinata con quanto previsto dallo stesso comma 1 del citato articolo 46, laddove viene consentito ai concorrenti di completare o fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati, senza alcuna sanzione. Ciò a condizione che l'integrazione documentale non serva a colmare una iniziale e sostanziale inadeguatezza dell'offerta presentata dalla concorrente, ma solo se si tratti di esplicitare o di chiarire una dichiarazione o il contenuto di un atto già tempestivamente prodotto agli atti di gara.

Al riguardo, va infatti osservato che, in caso di irregolarità non essenziali, il legislatore ha sempre ammesso la possibilità di regolarizzazione, in linea con la normativa comunitaria che tende ad evitare esclusioni per mere carenze formali.

Pertanto, in questo contesto, andrebbero espressamente escluse dal perimetro del “soccorso istruttorio con sanzione” tutte quelle situazioni di carattere non essenziale che già nel regime antecedente all’entrata in vigore della norma in commento, erano state oggetto in modo pacifico di semplice integrazione documentale, ai sensi del comma 1 del citato articolo 46, naturalmente senza alcun aggravio economico per il concorrente.

2. Il sistema di qualificazione per gli esecutori di lavori pubblici

Il bando tipo conferma appieno il sistema di qualificazione SOA (cfr. punti 13.1. e 16.5.), inteso come necessario e sufficiente ai fini della partecipazione a gare di appalto per l’esecuzione di lavori pubblici di importo superiore a 150.000 euro (art. 60, comma 2 e 4 del Regolamento).

Al riguardo, nella nota illustrativa sono presenti alcune precisazioni riguardanti le categorie di qualificazione, o tipologie di opere, e le classifiche di importo, o valore delle lavorazioni.

Con riferimento al valore, l’Autorità conferma che la qualificazione in una categoria di lavorazioni generali o speciali abilita l’impresa a partecipare alle gare e ad eseguire lavori di quella tipologia, nei limiti di valore della propria classifica incrementata di un quinto.

Al fine di consentire l’accesso al premio pari ad un quinto della classifica di qualificazione, è, inoltre, chiarito che l’importo minimo di qualificazione dell’impresa appartenente ad associazioni di tipo verticale o misto (come è noto, sempre pari ad un quinto) deve essere rapportato all’importo della categoria (prevalente o scorporabile) di riferimento, per cui il soggetto si qualifica, non all’importo a base di gara (art. 61, comma 2 del Regolamento). Nelle associazioni di tipo orizzontale la stessa condizione è invece riferibile a ciascuna impresa raggruppata o consorziata, che deve essere qualificata per una classifica pari ad almeno un quinto dell’importo dei lavori a base di gara.

Per gli appalti di importo superiore ad 20.658.000 euro, deve precisarsi che la qualificazione richiesta ai concorrenti è del possesso dell’attestazione SOA relativa alla classifica VIII. In tali casi, oltre all’attestato è richiesta, anche idonea documentazione dalla quale risulti che, nel quinquennio antecedente la pubblicazione del bando, il concorrente ha realizzato una cifra di affari pari ad almeno 2,5 volte l’importo a base di gara (cfr. punto 13.1.9).

Al riguardo, peraltro, si conferma che il requisito del fatturato va richiesto solo per gli appalti che prevedano, ai fini della partecipazione, il possesso dell’attestazione SOA in VIII classifica, come ritenuto da ANCE.

Riguardo al sistema delle categorie, nella nota illustrativa viene evidenziato che, nelle more della revisione delle disposizioni regolamentari annullate dal Consiglio di Stato (DL 47/2014 convertito dalla Legge n. 80/2014), vale sempre la regola generale secondo cui il soggetto qualificato nella categoria prevalente può svolgere

una serie di lavorazioni complementari alla realizzazione dell'opera, anche se privo della relativa qualificazione (art. 107, comma 1, del Regolamento).

Al riguardo, va ricordato che detto decreto legge ha ridotto il numero di eccezioni alla suddetta regola generale, intervenendo sia sull'elenco delle categorie a qualificazione obbligatoria, di cui all' abrogato art. 109, comma 2 (specificate nella tabella A allegata al Regolamento), sia su quello delle lavorazioni rientranti categorie c.d. "superspecialistiche", indicate dall'abrogato art. 107, comma 2, del Regolamento (cioè quelle che, ai sensi dell'art. 37, comma 11, del Codice, hanno un particolare contenuto tecnologico o della rilevante complessità tecnica).

In ragione di tali eccezioni, non possono essere eseguite direttamente dall'affidatario, privo delle relative adeguate qualificazioni, le lavorazioni scorporabili relative alle categorie di opere generali individuate nell'allegato A al predetto Regolamento, nonché le categorie individuate nel medesimo allegato A con l'acronimo OS, a qualificazione obbligatoria.

Le predette lavorazioni sono comunque subappaltabili ad imprese qualificate e sono indicate nei bandi di gara ai fini della costituzione di associazioni temporanee di tipo verticale.

In mancanza di idonea qualificazione nelle categorie "superspecialistiche", il concorrente qualificato nella sola categoria prevalente (cfr. punto 13.1.2.) è obbligato a ricorrere all'ATI qualora l'importo delle predette superspecialistiche superi singolarmente il 15 per cento dell'importo a base di gara (per una dettagliata analisi sulla qualificazione nelle suddette categorie si rimanda alla news ANCE del 28 maggio 2014).

La stazione appaltante è, inoltre, tenuta ad indicare nel progetto e nel bando di gara la categoria prevalente con il relativo importo, nonché le ulteriori categorie relative a tutte le altre lavorazioni previste in progetto; ciò tenuto conto che, in merito alla categoria prevalente, il Codice rinvia al Regolamento, per la definizione della quota parte subappaltabile, in misura eventualmente diversificata a seconda delle categorie medesime, ma in ogni caso non superiore al trenta per cento.

Si ricorda in proposito che l'unica eccezione a tale percentuale non è prevista nel Regolamento, ma nel Codice dei contratti ossia - in caso di procedura negoziata per lavori di importo inferiore ad un milione di euro - all'art. 122, comma 7, come sostituito dall'articolo 4, comma 2, della legge n. 106 del 2011. In tal caso, la percentuale di subappalto massima per la categoria prevalente è ridotta al 20%.

Non è previsto, invece, alcun obbligo di indicazione del bando delle categorie d'importo inferiore alle soglie del 10% dell'importo complessivo dell'appalto ovvero a 150.000 euro, il cui valore è assorbito nella categoria prevalente.

Su tale ultimo punto, l'Autorità afferma che il bando deve necessariamente indicare, oltre le lavorazioni che costituiscono la categoria prevalente, anche le lavorazioni che superano la citata soglia del 10% dell'importo complessivo dell'opera o lavoro, ovvero di importo superiore a 150.000 euro.

Ciò in linea con quanto espressamente previsto dal comma 3 del citato articolo 107 del Regolamento.

Va, tuttavia, segnalato che la stessa Autorità, nello stesso paragrafo, sempre nel definire i criteri per individuare la categoria prevalente e le altre categorie, afferma altresì che ogni sottogruppo di lavorazione deve essere di importo superiore al 10 %, *“e comunque di importo superiore a 150.000 euro”*.

Tale ultima affermazione non sembra, tuttavia, pienamente corretta.

Infatti, ne può derivare, per i lavori di importo inferiore ad 1,5 milioni, l'estrema difficoltà di configurare categorie scorporabili, dal momento che l'importo delle stesse dovrebbe essere comunque superiore ai 150.000 euro.

Si pensi, ad esempio, ad un appalto di 600.000 euro. L'applicazione della soglia del 10% porta a scorporare correttamente le lavorazioni di importo superiore a 60.000 euro. Se, invece, dovesse comunque raggiungersi l'importo di 150.000 euro, si avrebbe che la soglia di scorporo salirebbe al 25% dell'importo totale.

Sull'argomento, sembra quindi opportuno una rivisitazione di quanto affermato nella nota esplicativa, in considerazione della previsione di cui all'articolo 108 del DPR 207/2010.

2.1. Il costo del lavoro

Nella sezione in commento l'Autorità si sofferma su due tematiche di grande rilievo per il settore, relative, da un lato, all'applicazione del contratto dell'edilizia e quella del costo del personale, e, dall'altro, alla corretta interpretazione ed applicazione dell'art. 82, comma 3-bis, del Codice dei contratti.

Sul primo punto, recependo una sollecitazione dell'Ance circa l'applicazione del contratto nazionale dell'edilizia, **l'Autorità afferma che appare corretto inserire nei bandi relativi ad appalti di natura edile o prevalentemente edile, la formula “applicazione ai lavori coinvolti nei lavori oggetto del presente bando di gara del contratto nazionale territoriale dell'edilizia sottoscritti dalle associazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale”**.

Si tratta di un importante risultato, poiché viene sostanzialmente accolta la posizione più volte ribadita dall'Ance e condivisa dai sindacati dell'edilizia e dal Ministero del Lavoro, secondo cui le imprese che eseguono lavori edili devono essere iscritte in cassa edile.

È, infatti, indispensabile, ai fini di garantire un corretto svolgimento della concorrenza leale tra le imprese e per evitare fenomeni di dumping sociale distorsivi e fortemente lesivi per il mercato, che le imprese partecipanti ai bandi che abbiano per oggetto i lavori di natura edile, di cui certamente quelli alle categorie OG1, OG2 e OG3 o che, pur avendo ad oggetto lavori di cui alle restanti categorie, presentino all'interno della categoria stessa una rilevante componente edile, applichino ai lavoratori occupati nell'esecuzione di tali lavori il contratto collettivo nazionale e

territoriale dell'edilizia sottoscritto dalle associazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale. Contrariamente, infatti, si rischierebbe che fattispecie già fortemente penalizzanti negli ultimi tempi per le imprese del settore edile si trasformino in un vero e proprio danno irreversibile per il mercato, attraverso una patologica alterazione della concorrenza, determinata dalla possibilità per imprese che applichino contratti differenti da quello edile, e che perciò sostengono costi notevolmente più bassi, di partecipare alle gare di lavori edili.

Un secondo problema affrontato in sede di "bandi tipo" riguarda l'applicazione del comma 3 bis dell'art. 82 del codice dei contratti pubblici, introdotto dalla legge di conversione del DL n. 69/2013, in tema di costo del personale.

Si ricorda che tale disposizione stabilisce che il prezzo più basso è determinato al netto delle spese relative al costo del personale, valutato sulla base dei minimi salariali definiti dalla contrattazione collettiva nazionale di settore, anche di secondo livello e delle misure di adempimento alle disposizioni in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro.

Al riguardo, l'Autorità conferma la posizione già espressa in occasione dell'adozione della Determina n. 4 del 2012 nonché nell'atto di segnalazione n. 2 del 2014.

Nei bandi-tipo viene, quindi, ribadito dall'Autorità che, il costo complessivo del personale, per ciascun concorrente, si determina in base alla reale capacità organizzativa d'impresa, che è in funzione della libera iniziativa economica ed imprenditoriale (art. 41 Cost.) e come tale non può essere in alcun modo compressa mediante predeterminazioni operate ex ante dalla stazione appaltante.

Da tali argomentazioni, l'Autorità desume che la valutazione del costo del lavoro deve trovare la sua corretta collocazione all'interno della verifica di congruità dell'offerta.

Sul punto occorre ricordare che, in occasione della consultazione indetta dall'Autorità, nonché degli incontri avuti sul tema, l'ANCE ha sempre rappresentato la propria posizione a favore dell'interpretazione secondo la quale dovrebbero essere le amministrazioni ad indicare il costo del personale nei bandi di gara, da non sottoporre a ribasso. Questa interpretazione appare, infatti, più aderente alla finalità sostanziale della norma di lotta al lavoro irregolare ed al contempo di più agevole applicazione.

Ciononostante, l'Autorità ha mantenuto il suo orientamento interpretativo che, tuttavia, suscita molte perplessità, stante il chiaro dettato normativo.

3. Le premesse al bando-tipo

In tale sezione viene precisato che la parte del bando-tipo relativa alle premesse deve indicare le informazioni generali dell'appalto; a titolo esemplificativo, l'Autorità inserisce la descrizione ed il luogo di svolgimento dei lavori, la documentazione di gara, le ragioni della mancata suddivisione in lotti.

4. Oggetto dell'appalto, modalità di esecuzione e importo a base di gara

Il primo paragrafo, "Oggetto dell'appalto, modalità di esecuzione e importo a base di gara" contiene informazioni più dettagliate sulla tipologia di appalto, sull'importo e sulle lavorazioni.

In questa sezione, indicata come facoltativa, la stazione appaltante potrà inserire tutte le particolari clausole di esecuzione che, nel rispetto della disciplina comunitaria in materia di appalti, possono riguardare aspetti ambientali o sociali e sulle quali è possibile presentare richiesta di parere facoltativo all'Autorità (cfr. comma 3 dell'art. 69).

In questa sede, viene anche affrontata la questione concernente l'obbligo di indicazione degli oneri della sicurezza aziendali nell'ambito dei lavori pubblici. Tale tematica è stata oggetto di vivace confronto giurisprudenziale, con esiti non univoci.

Su questi presupposti, l'ANAC, in linea con le tesi ANCE, conferma che, per il lavori pubblici, non sussiste l'obbligo, a carico del concorrente, di indicare i suddetti oneri in sede di partecipazione. Ciò appare, ad avviso dell'Autorità, più aderente al dettato normativo e al principio di tassatività delle cause di esclusione espresso dall'art. 46, comma 1-bis, del Codice, da cui si evince che l'obbligo di indicare tali oneri all'atto di presentazione dell'offerta è riferibile soltanto al settore dei servizi e delle forniture (che l'art. 87, comma 4, del Codice, cita espressamente) **e non anche quello dei lavori.**

In particolare, secondo la nota illustrativa al modello di bando tipo, l'indicazione da parte del concorrente, già in sede di offerta, di tali oneri non deve essere prevista a pena di esclusione.

Tuttavia, ritenendosi in astratto possibile richiedere ai concorrenti di indicare anticipatamente tali oneri - al fine di permettere alla stazione appaltante di avere, sin da subito, le informazioni necessarie ad effettuare la verifica della congruità delle offerte - una richiesta in tal senso può avvenire anche in un momento successivo, in sede di verifica di congruità (cfr. determinazione dell'AVCP del 5 marzo 2008, n. 3).

5. Soggetti ammessi alla gara

Nella nota illustrativa è chiarito che le tipologie di soggetti individuate dall'art. 34 del Codice non sono da considerarsi esaustive e che, ai fini dell'ammissione alla gara, occorre far riferimento alla nozione di operatore economico, così come individuato dalla giurisprudenza europea e nazionale (**cfr. determinazione AVCP del 21 ottobre 2010, n. 7**).

Nella nota illustrativa, è pertanto chiarito che occorre prestare attenzione ai seguenti elementi:

- 1) 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;
- 2) la verifica degli effettivi scopi istituzionali dei soggetti concorrenti, in ragione delle relative disposizioni istitutive e statutarie nonché la compatibilità con l’oggetto dell’affidamento.

Nel caso di concorrenti con identità plurisoggettiva come le ATI, l’ANAC rileva che, ai sensi di quanto disposto dal d.l. 28 marzo 2014, n. 47 - convertito con modificazioni dalla legge n. 80/2014, che, com’è noto, ha abrogato il comma 13 dell’art. 37 e modificato l’art. 92, comma 2, del Codice (cfr. determinazione AVCP n. 4 del 10 ottobre 2012) - è venuto meno il principio di corrispondenza sostanziale tra quote di qualificazione, quote di partecipazione al raggruppamento e quote di esecuzione dei lavori.

Ad avviso dell’Autorità, il novellato art. 92, comma 2, stabilisce, infatti, che le quote di partecipazione al raggruppamento possono essere ora liberamente stabilite, nel rispetto ovviamente dei limiti di qualificazione di ciascun componente del raggruppamento o consorzio (cfr. punti 13.1.5. e 13.1.6. nonché news ANCE del 28 maggio 2014 cit.).

Pertanto, nella nota illustrativa, si evidenzia che:

- 1) non deve ricorrere necessariamente una corrispondenza tra le quote di partecipazione e le quote di esecuzione.
- 2) le stesse quote di esecuzione, che possono essere diverse dalle quote di partecipazione in raggruppamento, sono suscettibili di modifica, in fase di realizzazione dell’opera, con il consenso della stazione appaltante, e nei limiti della qualificazione posseduta da ciascun componente il raggruppamento.

Secondo la nota illustrativa, tale interpretazione è rafforzata dal fatto che eventuali modifiche soggettive al raggruppamento devono avvenire anche nel rispetto delle prescrizioni in materia dell’art. 37 del Codice (sul punto si veda anche la determinazione dell’AVCP del 10/10/2012, n. 4).

Da ciò, per l’ANAC, in fase di partecipazione alla gara, è necessario, a pena di esclusione, l’indicazione **sia delle quote di esecuzione**, e sia delle **quote di partecipazione** al raggruppamento (cfr. anche relativa relazione a pagg. 12 e 13).

Tuttavia, va osservato che la cennata bozza di determinazione dell’A.NAC. in merito all’art. 38, comma 2 bis del Codice, attualmente in corso di consultazione, prevede che occorra indicare le sole quote di esecuzione.

La posizione espressa nella bozza di determinazione tende ad evidenziare il principio sostanziale secondo cui occorre che il concorrente sia in possesso dei requisiti di idoneità sufficienti a “coprire” la quota d’esecuzione.

Tuttavia, sembra difficilmente superabile il dato letterale di cui all'art. 92, comma 5, anche a seguito della sua recente riformulazione, che continua a prevedere la necessità dell'indicazione in gara della quota di partecipazione al raggruppamento.

Ciò posto, si potrebbe anche ritenere, in via interpretativa, che le quote "*indicate in sede di offerta*", cui fa menzione l'ultimo periodo del comma 2 dell'art. 95, siano da intendersi verosimilmente ancora come le quote di partecipazione al raggruppamento, e non come un'ulteriore dichiarazione riferita alle quote di esecuzione. Da ciò discende che, in linea di principio, i lavori saranno eseguiti dalle imprese raggruppate secondo le quote di partecipazione al raggruppamento dichiarate in fase di gara, fatta salva la possibilità di una loro modifica successiva, previa autorizzazione della stazione appaltante, che ne verifica la compatibilità con i requisiti di qualificazione posseduti dalle imprese interessate.

Sul punto, attesa la delicatezza del tema, sembra comunque opportuno un chiarimento normativo,

In tema di avvalimento plurimo, il bando tipo già recepisce i contenuti della legge recante le "Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea" (Legge europea 2013 bis, del 30 ottobre 2014, n. 161), che riconosce l'ammissibilità del concorrente che utilizzi cumulativamente per una stessa categoria, i requisiti di più imprese ausiliarie (cfr. punto 13.3.).

Tale possibilità fa seguito a quanto deciso dalla Corte di Giustizia Europea che ha ritenuto incompatibile con gli artt. 47, paragrafo 2 e 48, paragrafo 3, della direttiva 2004/18/CE del 31/03/2004 una disposizione nazionale, come quella in questione, che vietava in via generale agli operatori economici di avvalersi per la stessa categoria di qualificazione delle capacità di più imprese (cfr. sentenza del 10 ottobre 2013, Causa C-94/12, nonché il Comunicato del Presidente dell'AVCP del 20 marzo 2014, n. 75 e le news ANCE dell'18 ottobre 2013 e dell'11 aprile 2014).

Tuttavia, la stazione appaltante può legittimamente esigere - con idonea motivazione da esplicitare nella delibera a contrarre o, al più tardi, negli atti di gara - che il livello minimo della capacità in questione sia raggiunto da un operatore economico unico o, eventualmente, facendo riferimento ad un numero limitato di operatori economici.

Una motivazione espressa della stazione appaltante, sempre in tema di avvalimento, è altresì prevista nel caso in cui siano richiesti determinati requisiti tecnici connessi al possesso di particolari attrezzature che sono in dotazione di un ristretto numero di imprese, le quali possono prestare avvalimento nei confronti di più di un concorrente (cfr. 13.4), con l'impegno a fornire all'aggiudicatario la particolare attrezzatura tecnica alle medesime condizioni (cfr. determinazione AVCP dell'1 agosto 2012, n. 3).

Nel bando tipo, è poi chiarito che per i consorzi stabili, consorzi di cooperative e di imprese artigiane, a pena di esclusione, devono essere prodotti alla stazione appaltante l'atto costitutivo e lo statuto del consorzio in copia autentica, con indicazione delle imprese consorziate (cfr. punto 16.24).

Si ritiene che tale precisazione non si attagli alla qualificazione del consorzio stabile, poiché se l'intento è quello di chiarire quali siano i componenti del consorzio stesso, tale informazione è facilmente reperibile nell'attestato SOA che quest'ultimo presenta alla stazione appaltante, in cui è specificato il codice fiscale delle consorziate.

Tale prescrizione non appare pertanto in linea con il generale principio di economicità del procedimento e con quello della semplificazione, superando apparentemente anche quello della tassatività delle cause di esclusione, non essendoci alcun riscontro nel Codice o nel Regolamento della necessità di tale adempimento.

6. Condizioni di partecipazione

Le disposizioni del bando tipo richiamano le cause di esclusione previste dall'art. 38 del Codice e dalla normativa vigente in tema di divieto a contrarre con la pubblica amministrazione, nonché le fattispecie di partecipazione plurima o contestuale vietate dal Codice (cfr. punto 3.1.).

Tra le condizioni ostative alla partecipazione, oggetto poi di specifica dichiarazione da parte dei concorrenti (cfr. punto 16.2., lett. "k"), si evidenzia il rispetto di un divieto che grava ope legis sui dipendenti che, negli ultimi tre anni di servizio, hanno esercitato poteri autoritativi o negoziali per conto delle pubbliche amministrazioni. Questi ultimi non possono svolgere, nei tre anni successivi alla cessazione del rapporto di pubblico impiego, attività lavorativa o professionale presso i soggetti privati destinatari dell'attività della pubblica amministrazione esercitando i medesimi poteri (cfr. 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, legge anticorruzione).

Riguardo ai soggetti che sono tenuti a rendere le predette dichiarazioni, nella relazione AIR – pure allegata agli schemi di bando - si interviene in merito all'obbligatorietà della dichiarazione sul possesso dei requisiti di carattere generale con riferimento ai procuratori speciali dell'impresa.

Nella relazione si aderisce alla tesi sostanzialistica propria del diritto europeo espressa, nella sentenza del 16 ottobre 2013, n. 23 dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, chiarendo che non rientrano nel novero dei soggetti nei cui confronti occorre rendere le dichiarazioni i procuratori speciali; ciò, a meno che non siano muniti di poteri decisionali di particolare ampiezza e riferiti ad una pluralità di soggetti così che, per sommatoria, possano configurarsi omologhi, se non di spessore superiore, a quelli che lo statuto assegna agli amministratori (cfr. institori e i procuratori speciali muniti di potere di rappresentanza e titolari di poteri gestori e continuativi).

In tali ipotesi, l'Adunanza Plenaria ha affermato che, qualora la *lex specialis* (la relativa prescrizione è, pertanto, facoltativa) non contenga al riguardo una specifica comminatoria di esclusione, quest'ultima potrà essere disposta non già per la mera

omessa dichiarazione ex art. 38 citato, ma soltanto là dove sia effettivamente riscontrabile l'assenza del requisito in questione (cfr. punto 16.3. 5).

7. Verifica dei requisiti di partecipazione

Riguardo al sistema AVCpass, la nota illustrativa deve essere letta alla luce del recente comunicato del Presidente dell'Autorità Nazionale Anticorruzione del 22 ottobre 2014, in cui è stabilito che il termine del 1° luglio 2014 di obbligatorietà dell'utilizzo del sistema decorre dalla data di acquisizione del CIG (Codice Identificativo di Gara) da parte della stazione appaltante, non dalla pubblicazione del bando o dalle lettere di invito.

Nel modello di bando tipo è (finalmente!) chiarito che la mancata presentazione del PASSoe non è causa di esclusione, nonostante la verifica del possesso dei requisiti di partecipazione debba avvenire, ai sensi dell'art. 6-bis del Codice, attraverso l'utilizzo del sistema AVCpass (cfr. punto 16.10.).

Non è, invece, specificata la procedura che la stazione appaltante dovrà rispettare, qualora riscontri in uno o più concorrenti la mancanza o l'erronea presentazione del PASSoe.

8. Visione della documentazione di gara e sopralluogo

La nota introduttiva dispone che tutta la documentazione di gara sia messa a disposizione delle imprese sul profilo del committente; **ciò significa che non sarà più possibile, da parte delle stazioni appaltanti, prevedere che la documentazione di gara sia reperibile, ad esempio, solo su supporto informatico o cartaceo e non sul sito, richiedendo che i relativi oneri di duplicazione siano posti a carico dell'impresa.**

Tale indicazione appare molto positiva, nonché in linea con la posizione espressa dall'ANCE, volta a rendere obbligatoria la messa a disposizione on line della documentazione di gara.

Si ricorda, infatti, che, a decorrere dal primo gennaio 2010, in attuazione dell'articolo 32 della legge 18 giugno 2009 n 69, gli obblighi di pubblicazione di tutti i documenti per i quali sono previste forme di pubblicità legale, s'intendono assolti mediante la pubblicazione da parte dell'amministrazione nei propri siti informatici, secondo principi di uguaglianza e non discriminazione; si prevede tuttavia la possibilità di consentire il ritiro della documentazione presso gli uffici dell'amministrazione, in modalità che dovranno essere specificate caso per caso.

Oltre a ciò, il disciplinare tipo prevede che, a partire dal primo gennaio 2016, anche le informazioni ulteriori, complementari o aggiuntive rispetto a quelle per le quali il codice prevede forme di pubblicità legale, dovranno essere pubblicate in via telematica, in applicazione dell'art.32 della L 69/2009 e del comma 7 dell'art. 66 del codice, introdotto dall'art. 26 del DL 66/2014.

Per quanto concerne il sopralluogo, l'Autorità conferma che esso deve essere effettuato da un rappresentante legale o da un direttore tecnico o da diverso soggetto purché provvisto di delega e dipendente dell'operatore economico concorrente.

L'Autorità non ha quindi accolto le osservazioni indicate dall'Ance, in merito all'opportunità che i bandi tipo prevedano la possibilità per l'offerente di effettuare il sopralluogo in un termine congruo in relazione alle caratteristiche dell'appalto, alla complessità dell'offerta da formulare e, comunque, che sia almeno di sette giorni antecedenti la data ultima per la presentazione dell'offerta.

9. Chiarimenti, modalità di presentazione della documentazione e comunicazioni

Relativamente alla possibilità di ottenere chiarimenti sulla procedura di gara, il disciplinare prevede, esclusivamente, la possibilità di formulare i quesiti scritti da inoltrare al RUP via email, entro un numero di giorni, che deve essere indicato dal bando stesso, prima della scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte. Le risposte, invece, saranno pubblicate in forma anonima all'indirizzo internet che la stazione appaltante indica nel bando .

Relativamente, poi, alle modalità di presentazione della documentazione da parte del concorrente, viene confermato il richiamo alla disciplina prevista dal DPR n. 445/2000, ed in particolare viene previsto che le dichiarazioni sostitutive siano rilasciate ai sensi degli artt. 46 e 47 del suddetto provvedimento. Su tale questione si richiama quanto al paragrafo 1, in merito all'art. 38 c. 2 bis.

Infine, relativamente alle comunicazioni ed agli scambi di informazione tra stazione appaltante e operatori economici, viene confermato, ai sensi dell'art. 79, comma 5-quinquies, la possibilità per le stazioni appaltanti di prevedere nei bandi l'obbligo per i concorrenti di indicare un indirizzo di posta elettronica o un numero di fax; tuttavia, la mancata indicazione non è causa di esclusione del concorrente, ma comporta solo l'esonero della responsabilità della stazione appaltante per le comunicazioni non effettuate o non pervenute.

10. Subappalto

Nella sezione in commento, l'Autorità interviene sul tema del subappalto, confermando, sostanzialmente, quanto già previsto nella bozza di bando tipo sottoposta a consultazione.

Anzitutto, viene ribadito che la mancata indicazione del lavoro o parte di lavoro, che si intende subappaltare da parte del concorrente sprovvisto della qualificazione per tali lavori costituisce causa di esclusione dalla gara, solo nel caso in cui si tratti di categorie scorporabili a qualificazione obbligatoria; ciò in quanto, in assenza di tale indicazione, in fase esecutiva, qualora il concorrente fosse aggiudicatario, non potrebbe eseguirle direttamente né subappaltarle. Viceversa, in caso di mancata

indicazione dei lavori da subappaltare relativi ad una categoria a qualificazione non obbligatoria comporta solo l'impossibilità di ricorrere al subappalto, ma non l'esclusione dalla gara.

Sul punto si veda quanto riportato al punto 2.

Viene, poi, ribadito nuovamente quanto affermato dall'Autorità sia nella Determinazione n. 4 del 2011 che nella bozza di bando tipo, ossia che sulla base della vigente normativa **non sussiste alcun obbligo per l'impresa concorrente in gara di indicare, in sede di offerta, i nominativi dei subappaltatori ai quali intende sub-affidare l'esecuzione di parte delle lavorazioni, ma solamente l'obbligo di indicare le quote che il concorrente intende subappaltare**, qualora non in possesso della qualificazione per la categoria scorporabile; ciò fermo restando che la qualificazione "mancante" deve essere comunque posseduta in relazione alla categoria prevalente, dal momento che tale circostanza tutela la stazione appaltante circa la sussistenza della capacità economico-finanziaria da parte dell'impresa.

La precisazione dell'Autorità, del tutto condivisa dall'Ance, risulta particolarmente opportuna in ragione del fatto che la richiesta del nominativo del subappaltatore a pena di esclusione, molto diffusa soprattutto nel caso del c.d. "subappalto necessario", si traduce, di fatto, in una causa di esclusione ulteriore rispetto a quelle previste dal Codice dei contratti e che, come tale, dovrebbe essere considerata nulla.

Pertanto, anche ad avviso dell'Ance la mancata indicazione da parte del concorrente del nominativo del subappaltatore non può mai costituire causa legittima di esclusione del concorrente dalla gara, anche perché, oltre alle ragioni sopra esposte, la stazione appaltante può esercitare il sindacato sull'idoneità dell'esecutore all'atto dell'autorizzazione - sempre necessaria - del sub contratto.

In tal senso, quindi, l'intervento dell'Autorità fornisce un'utile indicazione alle stazioni appaltanti, che potrebbe consentire di porre definitivamente fine al dibattito giurisprudenziale sul tema, ed al conseguente aggravio della procedura amministrativa finalizzata alla ricerca del giusto contraente, che si ripercuote sui concorrenti alle procedure di gara.

Ciò premesso, andrebbe peraltro precisato che ai sensi dell'art. 118, comma 2 del Codice, a carico del concorrente, sussiste l'obbligo di indicare le lavorazioni o le parti d'opera – e non la quota – da subappaltare.

11. Ulteriori disposizioni

A partire dal 1 gennaio 2016, per i contratti di valore superiore a 500.000 euro, il disciplinare prevede che le spese per la pubblicazione dei bandi siano a carico dell'aggiudicatario e debbano essere ad esso rimborsate nel termine di 60 giorni dall'aggiudicazione.

L'Autorità ha quindi provveduto a conformare il disciplinare in esame alle modifiche apportate dal DL 66/2014 all'articolo 66, comma 7, del codice, per quanto concerne l'eliminazione dell'obbligo di pubblicazione degli avvisi e dei bandi sui quotidiani nonché l'introduzione del sopracitato nuovo comma 7 bis che prevede il rimborso, a carico dell'aggiudicatario, delle spese per la pubblicazione in Gazzetta.

Sarebbe opportuno che i nuovi modelli inseriscano anche l'obbligo di indicare il costo sostenuto dalle stazioni appaltanti per la pubblicazione per estratto sui quotidiani a diffusione nazionale e locale, dei bandi e degli avvisi con cui s'indice la gara, tuttora vigente.

Tale precisazione sembra opportuna affinché l'impresa possa tener conto, in sede di formulazione dell'offerta, anche dell'esborso conseguente all'aggiudicazione.

12. Cauzioni e garanzie

Nel paragrafo relativo alle cauzioni, e nella relativa sezione del disciplinare, l'Autorità illustra le previsioni che riguardano la prestazione delle garanzie da parte dei concorrenti alle procedure di gara.

In particolare, viene evidenziata la distinzione fra associazioni verticali, orizzontali e consorzi, ai fini del dimezzamento della cauzione.

Al riguardo, in accoglimento di quanto evidenziato dall'Ance, viene chiarito che (par. 11.6 del disciplinare) in caso di partecipazione in RTI orizzontale, o consorzio ordinario di concorrenti, il concorrente può godere del beneficio della riduzione della garanzia solo se tutte le imprese che costituiscono il raggruppamento e/o il consorzio ordinario siano in possesso della predetta certificazione. Invece, nel caso di partecipazione in RTI verticale, nel caso in cui solo alcune tra le imprese che costituiscono il raggruppamento verticale siano in possesso della certificazione, il raggruppamento stesso può beneficiare di detta riduzione, in ragione della quota parte delle prestazioni contrattuali che ciascuna impresa raggruppata e/o raggruppanda assume nella ripartizione dell'oggetto contrattuale all'interno del raggruppamento. Da ultimo, nel caso di partecipazione di un consorzio fra società di cooperative o fra imprese artigiane, ovvero stabile, il concorrente può godere del beneficio della riduzione della garanzia nel caso in cui la predetta certificazione sia posseduta dal consorzio.

Non è stato, invece, recepito nel disciplinare un articolato chiarimento auspicato dall'Ance, relativo alla mancata presentazione della cauzione provvisoria ovvero alla presentazione di una cauzione di valore inferiore o priva di una o più caratteristiche tra quelle indicate nel disciplinare, che ad avviso dell'Autorità costituisce comunque causa di esclusione, senza che venga precisato se costituisca una omissione sanabile con sanzione.

Al riguardo, infatti, era stata evidenziata l'opportunità di precisare che, nei casi in cui il concorrente presenti una cauzione dimezzata dichiarando di possedere la certificazione di qualità, senza tuttavia dimostrare effettivamente il possesso di tale

requisito, lo stesso non sia automaticamente escluso dalla gara qualora dimostri, prima della scadenza del termine per le offerte, di possederlo.

Nel modello bando tipo viene, infine, precisato che l'offerta dei concorrenti deve essere corredata, a pena di esclusione, da cauzione provvisoria, come definita dall'art. 75 del Codice, costituita, a scelta del concorrente: a) in titoli del debito pubblico garantiti dallo Stato, b) in contanti, c) con fideiussione bancaria o assicurativa o rilasciata dagli intermediari iscritti nell'albo di cui all'art. 106 del d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385 (punto 11.1.).

La giurisprudenza ha, tuttavia, chiarito da tempo che, in luogo della fideiussione bancaria, deve ritenersi ammesso il deposito, ai fini della prestazione della cauzione provvisoria, di assegno circolare, non trasferibile, intestato alla stazione appaltante.

Ciò, appare del tutto legittimo, atteso che tale assegno equivale, a tutti gli effetti, al deposito di denaro contante, e cioè alla forma più diretta di cauzione, ammessa, come noto, in via generale, anche dalla legge di contabilità di Stato.

13. Pagamento in favore dell'Autorità

Il disciplinare conferma che il pagamento del contributo all'Autorità, i cui importi o modalità di versamento sono indicati nella deliberazione dell'AVCP del 21 dicembre 2011, costituisce condizione di ammissibilità dell'offerta, e che, non solo il mancato versamento ma anche la mancata comprova del pagamento costituiscono causa di esclusione dalla procedura di gara.

A tal proposito, è importante evidenziare come il disciplinare di gara preveda che sia causa di esclusione la generica mancata comprova del pagamento del contributo. Da ciò sembrerebbe logico desumere che siano ammesse anche forme di pagamento diverse dalle modalità esplicitamente indicate dall'Autorità, purché idonee a comprovare il versamento dello stesso contributo. Dunque, in astratto anche il versamento mediante il conto corrente sembrerebbe essere una modalità legittima di comprova, e, conseguentemente, di pagamento del contributo Avcp, per ora riservato esclusivamente alle imprese estere.

Di tale assunto, si ha conferma nella bozza di determinazione sull'art. 38 comma 2 bis (par. 4).

14. Requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa

In tema di capacità tecnico-organizzativa, il bando tipo evidenzia che l'art. 40, comma 3, del Codice stabilisce che, oltre all'attestazione SOA, le imprese con classifiche superiori alla II devono possedere la certificazione del sistema di qualità aziendale (*cfr.* punto 16.5.), che deve necessariamente risultare dall'attestazione SOA.

Sul punto, nella nota illustrativa viene precisato che un'attestazione SOA riportante una certificazione di qualità scaduta non può considerarsi regolare e non può consentire di presentare un'offerta valutabile da parte della stazione appaltante.

Fa eccezione l'ipotesi in cui l'impresa tempestivamente dichiara e dimostri due condizioni essenziali:

- 1) di aver conseguito, prima della scadenza del termine di presentazione dell'offerta, una nuova valida certificazione di qualità,
- 2) di avere *in itinere* l'adeguamento della propria attestazione SOA (cfr. parere AVCP del 10 aprile 2013 n. 45; Id., parere 4 aprile 2012 n. 55).

In questo contesto, va osservato che il disciplinare ammette la possibilità di dimostrare il possesso della certificazione del sistema di qualità non solo con l'attestato SOA, ma anche con un documento prodotto in originale o in copia conforme (cfr. punto 13.1.8.).

Pertanto un'interpretazione coerente con la nota introduttiva, deve far ritenere che, nel caso di presentazione in gara della certificazione di qualità UNI EN ISO 9000, debbano comunque essere rispettate le due condizioni sopra elencate.

15. Modalità di presentazione e criteri di ammissibilità delle offerte

Con tale paragrafo, il disciplinare fissa le modalità di presentazione e di consegna dei plichi e delle buste contenenti le offerte, al fine di salvaguardare il principio di segretezza delle offerte stesse.

16. Criterio di aggiudicazione

In tale sezione, vengono riportate le modalità di aggiudicazione del contratto a seconda che il corrispettivo sia a corpo o a misura. Al riguardo, l'Autorità ricorda che, con il comma 4 dell'art. 53 del Codice, il legislatore ha individuato, quale criterio preferenziale, quello del corrispettivo "a corpo", ossia del prezzo determinato con la definizione di una somma fissa e invariabile, individuata grazie agli elaborati progettuali dell'opera. Tuttavia, in ragione di alcune specifiche tipologie di interventi, ha previsto la possibilità che si possa ricorrere alla determinazione del prezzo "a misura", ossia nella determinazione del prezzo finale, solo al termine dell'opera, grazie alla somma delle componenti utilizzate per la stessa e dell'applicazione ad esse dei prezzi fissati all'inizio della procedura.

17. Contenuto della Busta A – documentazione amministrativa

Per quanto concerne le dichiarazioni relative al possesso dei requisiti di carattere generale, di cui all'articolo 38 del Codice appalti, l'Autorità specifica che esse devono essere presentate in offerta, a pena esclusione.

L'Autorità fornisce, altresì, alcuni chiarimenti in relazione alle autodichiarazioni relative alle seguenti cause di esclusione.

1. 38 lett. a) divieto di trovarsi in stato di fallimento liquidazione coatta e concordato preventivo, con l'eccezione dei casi di concordato con continuità aziendale di cui all'art. 186 bis della legge fallimentare (RD 267/42).

E' stata prevista la possibilità di depositare una dichiarazione sostitutiva con cui l'impresa dichiara di aver presentato istanza di ammissione al concordato con continuità, e di aver ricevuto, nel frattempo, l'Autorizzazione del Tribunale alla partecipazione alla gara d'appalto.

Rispetto a tale tematica, l'Autorità ha pienamente accolto quanto suggerito dall'Ance in relazione delle recenti novità introdotte all'art. 186-bis della legge Fallimentare dalla conversione del Decreto c.d. "Destinazione Italia".

Infatti, il nuovo comma IV dell'articolo in questione prevede che, dopo il deposito del ricorso per l'ammissione al concordato con continuità aziendale, l'impresa può partecipare alla gara solo se autorizzata dal Tribunale, sentito il commissario giudiziale ove nominato.

Viene, inoltre, esclusa la possibilità di partecipare ad un impresa che abbia depositato la domanda di concordato c.d. "in bianco", o "con riserva", di cui all'art. 161 comma VI della Legge Fallimentare .

Questa conclusione è quella auspicata dall'ANCE.

Infatti, in primo luogo la lett. A) dell'art. 38, prevede tassativamente, come unica eccezione all'esclusione dalle gare, il concordato con continuità aziendale, e non il concordato "in bianco".

2. Con riferimento al trovarsi in costanza di procedimento per l'effettiva dichiarazione della sussistenza di una specifica procedura concorsuale può essere inteso come riferito proprio alla fase che precede l'effettiva ammissione ad una di tali procedure, che nel concordato con continuità aziendale può coincidere anche con il concordato c.d. "in bianco o con riserva".

Inoltre, in riferimento ai soggetti tenuti agli obblighi dichiarativi ex articolo 38, si precisa che l'obbligo dichiarativo di cui alla lett. c) del comma 1, ovvero dei controlli sui soggetti cessati dalla carica nell'anno antecedente la pubblicazione del bando, sussiste anche per i direttori tecnici che abbiano operato presso la società cedente, incorporata o fusasi nell'ultimo anno ovvero che sono cessati dalla carica in detto periodo.

Sul punto, in modo senz'altro positivo, l'Autorità ha confermato che, ove tali soggetti siano irreperibili o non disponibili, la dichiarazione sul possesso dei requisiti possa essere presentata direttamente dal legale rappresentante, con la dicitura "per quanto a propria conoscenza", corredata dai dati anagrafici dei soggetti cessati dalle cariche.

Con tale precisazione, l'Autorità recepisce un indirizzo giurisprudenziale ormai prevalente secondo il quale, nelle ipotesi di cessione, fusione ed incorporazione, la responsabilità per i fatti riguardanti i vertici amministrativi e tecnici della società cedente ricade sul soggetto cessionario, in virtù del rapporto di continuità nell'attività imprenditoriale che tali vicende producono.

Qualche approfondimento ulteriore merita, invece, il riferimento alla possibilità di ricorrere all'istituto della dissociazione, prevista per il soggetto cessionario nei confronti dell'impresa cedente; ciò, al fine di evitare un'esclusione per fatti riguardanti i vertici della società cedente.

In proposito, va ricordato che la dissociazione può essere attuata anche nelle ipotesi in cui il cessionario non abbia conoscenza delle vicende penali riguardanti i vertici della società cedente.

Al riguardo, la giurisprudenza più recente del Consiglio di Stato (richiamato dalla stessa Autorità), ha chiarito che il cessionario può attuare una dissociazione di carattere generale, comprovando che la cessione si è svolta secondo una linea di discontinuità rispetto alla precedente gestione, e, dunque, tale da escludere la rilevanza della condotta degli amministratori e direttori tecnici della società cedente (Cons. Stat., Ad. Plen., sent. n. 10/2012).

Riguardo alle dichiarazioni da rendere in gara, nella nota illustrativa è chiarito che in caso di società di capitali in cui siano presenti due soli soci, ciascuno in possesso del 50% della partecipazione azionaria, le dichiarazioni devono essere rese da entrambi i soci. Tale precisazione recepisce i più recenti orientamenti giurisprudenziali (Adunanza plenaria del consiglio di Stato n. 24 del 2013).

Quanto ai procuratori speciali, essi sono ricompresi tra i soggetti titolari dell'obbligo dichiarativo laddove titolari di poteri gestori e continuativi, ricavabili dalla procura, nonché laddove siano titolari di poteri institori ex art. 2203 del codice civile.

18. Contenuto della Busta B – Offerta economica

Con riferimento al contenuto dell'offerta economica, si prevede che questa debba contenere tutti gli elementi relativi all'offerta prezzo, che sono distinti a seconda che il corrispettivo sia a corpo o a misura nonché a corpo e a misura.

19. Procedura di aggiudicazione

Tale paragrafo contiene le informazioni principali per lo svolgimento delle operazioni di gara, ivi compresa la fase di verifica della documentazione. A tal proposito, nel fissare i diversi giorni delle sedute pubbliche di gara, sarebbe stato opportuno, al fine di garantire il rapido svolgimento della procedura, codificare espressamente il principio di continuità delle sedute da parte della commissione, che dovrebbero svolgersi in modo continuativo e full-time, fino al completamento delle operazioni di aggiudicazione.

20. Mancata comprova dei requisiti di ordine generale

Una questione delicata attiene alla corretta individuazione della procedura che la stazione appaltante deve seguire in caso di mancata comprova, da parte dell'aggiudicatario, del possesso dei requisiti di ordine generale.

In particolare, la vexata quaestio concerne la possibilità di applicazione analogica della disciplina di cui all' art. 48, comma 2, del D.Lgs. 163/2006, prevista con riferimento esclusivo ai requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa (requisiti di "ordine speciale").

Tale articolo, come è noto, prevede che qualora, in esito al controllo sul possesso dei requisiti in parola, l'offerta dell'aggiudicatario venga eliminata, l'aggiudicazione spetta al soggetto che si colloca in graduatoria nella posizione immediatamente successiva e, solo se anche quest'ultimo non dovesse comprovare il possesso dei requisiti richiesti e dichiarati in gara, si procede alla determinazione della nuova soglia di anomalia e, conseguentemente, ad una nuova aggiudicazione.

In mancanza di una previsione "*ad hoc*", invece, la stazione appaltante, nell'ipotesi di mancata comprova dei requisiti di ordine generale, dovrebbe procedere immediatamente ad una nuova determinazione della soglia di anomalia e, conseguentemente, ad una nuova aggiudicazione.

In realtà, tale modulo operativo non considera che la procedura di gara, una volta selezionata la migliore offerta ed intervenuta l'aggiudicazione provvisoria da parte della stazione appaltante, è da ritenersi esaurita. Ciò che ad essa segue, infatti, vale a dire il controllo sul possesso dei requisiti in capo all'aggiudicatario ed al concorrente che segue in graduatoria – ove già non assoggettati a controllo per sorteggio – è fase successiva alle operazioni di gara, che riguarda unicamente i migliori due offerenti ed integra l'efficacia dell'aggiudicazione stessa, ai soli fini della stipulazione del contratto (cfr. parere AVCP di precontenzioso n.185 del 20/10/2011).

Infatti, la giurisprudenza, a tal riguardo, si è espressa nel senso di confermare, almeno con riferimento all'offerta economicamente più vantaggiosa, tale ricostruzione, tenendo in conto che nessuna norma impone di rifare il conteggio dei punti dell'offerta economica quando la procedura di gara sia giunta all'aggiudicazione provvisoria: in caso di esito negativo della verifica in capo all'aggiudicatario – verifica estesa anche ai requisiti generali – la stazione appaltante è tenuta ad aggiudicare alla seconda classificata e ciò per un principio di economia degli atti e delle procedure, di concentrazione delle operazioni di gara, nonché per l'interesse pubblico alla sollecita conclusione delle procedure selettive (Consiglio di Stato, Sez. VI, nella sentenza 17 settembre 2009, n. 5583).

La giurisprudenza ha, inoltre, mostrato di non gradire un trattamento diversificato dei concorrenti a secondo che la carenza consista nel mancato possesso di requisiti generali ovvero speciali. (Consiglio di Stato Sezione VI nn. 4905 e 4907 del 2009). Si è dubitato, in particolare, della eventuale legittimità, per violazione dei principi di

eguaglianza e ragionevolezza ex art. 3 Cost, di una normativa che, in presenza di una situazione fattuale identica (mancanza di requisiti di partecipazione alla procedura di gara), possa prevedere una disciplina differenziata, soprattutto in tema di sanzioni (T.A.R. Toscana, n. 936 del 2011).

Pertanto, in ragione di quanto detto, si ritiene auspicabile un chiarimento nel disciplinare che espliciti la possibilità di procedere alla rideterminazione della soglia di anomalia solo quando anche il secondo in graduatoria, oltre al primo, non sia risultato in possesso dei requisiti generali (o speciali) di qualificazione.

Sarebbe poi necessario coordinare, almeno in via interpretativa, **il punto 18.3** relativo al procedimento di verifica della soglia di anomalia con il nuovo disposto dell'articolo 2 bis dell'articolo 38, seconda parte.

Infatti, il dettato letterale della previsione, che specifica che si è in una fase successiva all'ammissione delle offerte, potrebbe portare a ritenere che si debbano considerare irrilevanti le variazioni legate al controllo sul possesso dei requisiti di qualificazione che, come detto, vengono accertati in sede di verifica a campione nonché in capo all'aggiudicatario provvisorio ed al secondo classificato.

Ora, se si dovessero considerare irrilevanti eventuali esclusioni dovute all'assenza di requisiti di qualificazione accertate in sede di verifica a campione, si avrebbe che la soglia di anomalia verrebbe calcolata sulla base di tutte le offerte ammesse, comprese quelle di soggetti privi della necessaria idoneità.

Tale possibilità è dunque da scartare, in quanto, in tal caso, le procedure di gara si presterebbero facilmente a forme di condizionamento dovute alla presentazione di offerte "di appoggio" da parte di soggetti privi dei requisiti di qualificazione necessari, in considerazione della possibilità di influire sulla determinazione della soglia di anomalia, presentando offerte contenenti dichiarazioni sostitutive, di cui all'art. 38 del Codice dei contratti, formalmente complete ma non veritiere.

Si suggerisce, quindi, di chiarire nei bandi-tipo che si debbano considerare irrilevanti, ai fini del calcolo della soglia di anomalia, le sole variazioni legate al controllo sul possesso dei requisiti di qualificazione in capo all'aggiudicatario provvisorio ed al secondo classificato.