

Guida pratica per i contratti pubblici di servizi e forniture

Vol. 2° - L'evidenza pubblica



Sommario

PARTE TERZA	9
La gestione della gara	9
CAPITOLO PRIMO	11
L'indizione della gara: conoscenza e pubblicità (Teresa Felicetti)	12
1. L'avviso di preinformazione	12
1.1. Definizione	12
1.2. Contenuto	13
1.3. La pubblicazione	14
1.4. La tempistica	15
2. Il bando di gara	15
2.1. Definizione e natura giuridica	15
2.2. Aspetti attinenti al contenuto	16
2.2.1. GLI ELEMENTI DEL BANDO INDICATI NELL'ALLEGATO IX A DEL CODICE	16
2.2.2. GLI ELEMENTI DEL BANDO INDICATI NEL CODICE	18
2.3. La pubblicazione	22
2.3.1. LA PUBBLICAZIONE NEGLI APPALTI DI RILEVANZA COMUNITARIA	22
2.3.2. LA PUBBLICAZIONE NEGLI APPALTI SOTTO SOGLIA COMUNITARIA	23
2.4. Questioni problematiche concernenti il bando e la legittimità delle clausole in esso contenute	24
2.4.1. L'IMPUGNAZIONE DEL BANDO DI GARA	24
2.4.1.1. <i>Quando le clausole del bando vanno impugnate immediatamente</i>	24
2.4.2. IL BANDO DI GARA E LO IUS SUPERVENIENS	25
2.4.3. LA DISCORDANZA TRA IL TESTO DEL BANDO PUBBLICATO NELLE DIVERSE SEDI CONSENTITE	25
2.4.4. IL CONTRASTO TRA IL BANDO E GLI ALTRI DOCUMENTI DI GARA	26
2.5. Il bando ed il contributo all'AVCP	26
2.5.1. I SOGGETTI TENUTI ALLA CONTRIBUZIONE	26
2.5.2. GLI IMPORTI DELLA CONTRIBUZIONE	26
2.5.3. LE MODALITÀ ED I TERMINI DI VERSAMENTO DELLA CONTRIBUZIONE	26
3. Gli inviti a presentare offerte	28
3.1. Definizione	28
3.2. Contenuto	28
3.3. Modalità di invito	29
4. Condizioni particolari di esecuzione del contratto prescritte nel bando o nell'invito	30

CAPITOLO SECONDO	33
La partecipazione alla gara (Teresa Felicetti)	34
1. I soggetti ammessi	34
1.1. La partecipazione dei concorrenti che si trovano fra di loro in situazioni di controllo	36
2. I soggetti plurimi	37
2.1. I raggruppamenti temporanei (o associazioni temporanee) di concorrenti	38
2.1.1. DEFINIZIONE	38
2.1.2. IL MANDATO COLLETTIVO	38
2.1.3. I RAGGRUPPAMENTI VERTICALI, ORIZZONTALI E MISTI	39
2.1.4. PARTECIPAZIONE ALLA GARA	39
2.1.5. REQUISITI DI PARTECIPAZIONE ED ESECUZIONE DELL'APPALTO	40
2.1.5.1. <i>Partecipazione al raggruppamento e possesso dei requisiti di partecipazione alle gare</i>	40
2.1.5.2. <i>Requisiti di partecipazione posseduti dai componenti del raggruppamento, quota di partecipazione al raggruppamento e quota di esecuzione della prestazione</i>	41
2.1.6. RESPONSABILITÀ	44
2.2. I consorzi ordinari di concorrenti	45
2.2.1. DEFINIZIONE	45
2.2.2. DISCIPLINA	45
2.3. I consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro ed i consorzi tra imprese artigiane	45
2.3.1. DEFINIZIONE	45
2.3.2. PARTECIPAZIONE ALLE GARE	45
2.3.3. DIMOSTRAZIONE DEL POSSESSO DEI REQUISITI DI PARTECIPAZIONE	45
2.4. I consorzi stabili	46
2.4.1. DEFINIZIONE E DISCIPLINA	46
2.4.2. PARTECIPAZIONE ALLE GARE	47
2.4.3. REQUISITI DI PARTECIPAZIONE	47
2.4.4. L'ESECUZIONE DELLE PRESTAZIONI	48
2.5. Le vicende soggettive dei soggetti plurimi: l'immodificabilità soggettiva dei partecipanti alle procedure di affidamento	48
2.5.1. LE DEROGHE AL PRINCIPIO DI IMMODIFICABILITÀ SOGGETTIVA	49
2.5.1.1. <i>Le deroghe nel Codice</i>	49

2.5.1.2. <i>Le deroghe nella giurisprudenza</i>	49
3. I requisiti di ordine generale: definizioni e portata	50
3.1. Ambito oggettivo e soggettivo di applicazione	51
3.1.1. LA DEROGA ALL'OBLIGATORIETÀ DEL POSSESSO DEI REQUISITI DI ORDINE GENERALE	52
3.2. L'analisi dei singoli requisiti di ordine generale	52
3.2.1. FALLIMENTO, LIQUIDAZIONE COATTA, CONCORDATO PREVENTIVO (ART. 38, COMMA 1, LETT. A)	52
3.2.2. LE MISURE DI PREVENZIONE (ART. 38, COMMA 1, LETT. B)	53
3.2.3. LE SENTENZE DI CONDANNA PER REATI CHE INCIDONO SULLA MORALITÀ PROFESSIONALE O PER REATI DI PARTECIPAZIONE A UN'ORGANIZZAZIONE CRIMINALE, CORRUZIONE, FRODE E RICICLAGGIO (ART. 38, COMMA 1, LETT. C)	54
3.2.3.1. <i>I reati che incidono sulla moralità professionale</i>	55
3.2.3.2. <i>I reati nominati</i>	57
3.2.3.3. <i>I soggetti nei cui confronti opera il divieto o l'esclusione</i>	58
3.2.3.4. <i>La riabilitazione e l'estinzione del reato</i>	59
3.2.4. VIOLAZIONE DEL DIVIETO DI INTESTAZIONE FIDUCIARIA (ART. 38, COMMA 1, LETT. D)	59
3.2.5. LE GRAVI INFRAZIONI ALLE NORME IN MATERIA DI SICUREZZA E DI OGNI ALTRO OBLIGO DERIVANTE DAI RAPPORTI DI LAVORO (ART. 38, COMMA 1, LETT. E)	61
3.2.6. LA GRAVE NEGLIGENZA O MALAFEDE NELL'ESECUZIONE DELLE PRESTAZIONI O GRAVE ERRORE NELL'ESERCIZIO DELL'ATTIVITÀ PROFESSIONALE (ART. 38, COMMA 1, LETT. F)	63
3.2.6.1. <i>La grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante</i>	64
3.2.6.2. <i>L'errore grave nell'esercizio dell'attività professionale</i>	64
3.2.6.3. <i>L'accertamento e il giudizio di valutazione da parte della stazione appaltante</i>	65
3.2.7. LE VIOLAZIONI RISPETTO AGLI OBBLIGHI RELATIVI AL PAGAMENTO DELLE IMPOSTE E TASSE (ART. 38, COMMA 1, LETT. G)	66
3.2.7.1. <i>La definitività dell'accertamento</i>	66
3.2.7.2. <i>La valutazione della violazione da parte della stazione appaltante</i>	66
3.2.8. LE FALSE DICHIARAZIONI IN MERITO AI REQUISITI E ALLE CONDIZIONI RILEVANTI PER LA PARTECIPAZIONE ALLE PROCEDURE DI GARA E PER L'AFFIDAMENTO DEI SUBAPPALTI (ART. 38, COMMA 1, LETT. H)	68
3.2.8.1. <i>L'ambito oggettivo dell'obbligo di segnalazione all'AVCP</i>	68
3.2.8.2. <i>Obbligo di segnalazione e conseguente procedimento per l'annotazione nel casellario informatico</i>	68
3.2.8.3. <i>La decorrenza del termine della preclusione alla partecipazione alle gare</i>	69
3.2.9. LE GRAVI VIOLAZIONI ALLE NORME IN MATERIA DI CONTRIBUTI PREVIDENZIALI E	

ASSISTENZIALI (ART. 38, COMMA 1, LETT. I)	69
3.2.9.1. <i>Il D.U.R.C.</i>	69
3.2.9.2. <i>L'accertamento della gravità della violazione</i>	70
3.2.9.3. <i>La durata di validità del D.U.R.C.</i>	71
3.2.10. LA TUTELA DEI DISABILI (ART. 38, COMMA 1, LETT. L)	71
3.2.11. LE SANZIONI CHE COMPORTANO IL DIVIETO DI CONTRARRE CON LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE (ART. 38, COMMA 1, LETT. M)	72
3.2.12. LA SOSPENSIONE O LA DECADENZA DELL'ATTESTAZIONE SOA (ART. 38, COMMA 1, LETT. M-BIS) E SUA RILEVANZA ANCHE NEGLI APPALTI DI SERVIZI E FORNITURE	73
3.2.13. L'OMESSA DENUNCIA, DA PARTE DELLE VITTIME, DEI REATI DI CONCUSSIONE ED ESTORSIONE AGGRAVATI DALLLO STAMPO MAFIOSO (ART. 38, COMMA 1, LETT. M-TER)	73
3.2.13.1. <i>Ambito oggettivo</i>	74
3.2.13.2. <i>Ambito soggettivo</i>	74
3.2.13.3. <i>Cause esimenti</i>	74
3.2.13.4. <i>L'accertamento della condotta omissiva</i>	74
3.2.13.5. <i>La durata della preclusione</i>	75
3.2.14. LE IMPRESE IN SITUAZIONI DI CONTROLLO O IN UNA QUALSIASI RELAZIONE CHE COMPORTANO LA RIFERIBILITÀ DELLE OFFERTE AD UN UNICO CENTRO DECISIONALE (ART. 38, COMMA 1, LETT. M-QUATER)	75
3.3. La dimostrazione e la verifica del possesso dei requisiti	76
4. I requisiti di idoneità professionale: definizione e finalità	79
4.1. L'idoneità professionale per gli operatori economici italiani o residenti in Italia	79
4.2. L'idoneità professionale per gli operatori economici non residenti in Italia	80
4.3. L'idoneità professionale negli appalti sotto soglia	80
5. I requisiti di capacità economica e finanziaria	81
5.1. I criteri indicati dal Codice: approfondimenti e casi concreti	82
5.2. La capacità economica e finanziaria negli appalti sotto soglia	84
6. La capacità tecnica e professionale	84
6.1. La capacità tecnica e professionale negli appalti sotto soglia	87
7. La così detta integrazione documentale	87
7.1. Lo scopo della disposizione	87
7.2. Condizioni e regole per l'applicazione della disposizione	87
8. L'avvalimento	89
8.1. Le caratteristiche	89
8.2. Le modalità di utilizzo	91
8.3. Differenze con il subappalto	92

9. Le vicende dei partecipanti: presupposti e limiti dei mutamenti dei soggetti in corso di gara	93
10. Partecipazione alle gare e prevenzione delle strategie anticoncorrenziali	96
 CAPITOLO TERZO	 99
Le operazioni di gara: la scelta del miglior offerente (Ilario Sorrentino)	100
 1. Introduzione	 100
2. Gli organi deputati a svolgere le operazioni di gara	100
2.1. Il criterio del prezzo più basso e le operazioni di gara	100
2.2. Il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e la commissione giudicatrice	101
2.3. Le attività preliminari all'individuazione della migliore offerta (comuni ad entrambi i criteri di aggiudicazione)	105
2.4. Le attività di gara comuni ai due metodi di aggiudicazione ed il corretto modus operandi	107
2.4.1. LE FORMALITÀ NELLA PRESENTAZIONE DEI DOCUMENTI	107
2.4.2. LA PUBBLICITÀ DELLE OPERAZIONI DI GARA	111
2.4.3. IL CONTENUTO DELLE OFFERTE (ECONOMICHE)	114
3. Il criterio del massimo ribasso: applicazioni e modalità di svolgimento della gara	118
3.1. Il metodo	118
3.2. Lo svolgimento della gara	118
4. Il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa: applicazioni, modalità formali di svolgimento della gara	119
4.1. Il contenuto normativo	119
4.2. L'applicazione del metodo: regole e criteri per l'aggiudicazione	122
4.2.1. LA VALUTAZIONE DELL'OFFERTA TECNICA	122
4.2.2. LA VALUTAZIONE DELL'OFFERTA ECONOMICA	126
4.2.3. LA MOTIVAZIONE DELLE PREFERENZE NELL'OFFERTA TECNICA	128
4.3. Lo svolgimento della gara	129
5. Le garanzie	132
5.1. Le modalità di presentazione e la forma necessaria	132
5.2. Le clausole delle fidejussioni, l'impegno a costituire il deposito cauzionale definitivo e lo svincolo della garanzia	134
6. L'anomalia dell'offerta: un inquadramento generale	136
6.1. La modalità di calcolo nel caso di aggiudicazione al prezzo più basso	136

6.2. La modalità di calcolo nel caso di aggiudicazione all'offerta economicamente più vantaggiosa	138
6.3. Il procedimento di verifica	139
6.4. La collocazione del procedimento di verifica	142
7. Il controllo dei requisiti	145
7.1 Il metodo	145
8. L'aggiudicazione provvisoria e definitiva	147
8.1. La fase conclusiva della gara e l'aggiudicazione provvisoria	147
8.2. La fase del controllo dell'aggiudicazione provvisoria e l'aggiudicazione definitiva	148
8.3. Adempimenti successivi all'aggiudicazione definitiva: cenni e rinvio	149
CAPITOLO QUARTO	151
La negoziazione in luogo della gara: le diverse ipotesi (Ilario Sorrentino)	152
1. Le procedure negoziate	152
2. La procedura negoziata previa pubblicazione di bando di gara	152
2.1. Le regole per lo svolgimento della negoziazione	154
3. Le ipotesi di procedura negoziata senza previa pubblicazione di bando di gara	154
3.1. Le ipotesi di procedura negoziata senza previa pubblicazione di bando di gara riguardanti indistintamente gli appalti di servizi e forniture (e lavori)	155
3.2. Le ulteriori ipotesi di procedura negoziata per gli appalti di forniture	157
3.3. Le ulteriori ipotesi di procedura negoziata per gli appalti di servizi	159
3.4 Le regole della negoziazione	161
4. Limiti al ricorso alla procedura negoziata: analisi di casi	162
CAPITOLO QUINTO	165
Gli obblighi di informazione dei concorrenti (Teresa Felicetti)	166
1. Le comunicazioni in ordine ai mancati inviti, alle esclusioni ed all'aggiudicazione	166
1.1. Le comunicazioni rese su istanza di parte	166
1.1.1. IL CONTENUTO	166
1.1.2. LE MODALITÀ DI COMUNICAZIONE	166
1.1.3. LIMITAZIONI AGLI OBBLIGHI DI COMUNICAZIONE	166
1.2. Le comunicazioni rese d'ufficio	166
1.2.1. IL CONTENUTO	167
1.2.2. LE MODALITÀ DI COMUNICAZIONE	167

2. L'avviso volontario per la trasparenza preventiva	168
3. La pubblicità successiva alla gara	169
3.1. L'avviso sui risultati della procedura di affidamento (c.d. avviso di post-informazione)	169
3.1.1. CONTENUTO	169
3.1.2. LE MODALITÀ DI PUBBLICAZIONE	170
3.1.3. IPOTESI PARTICOLARI	170
3.2. La pubblicazione degli avvisi e dei bandi (rinvio)	171
4. L'accesso agli atti delle procedure di affidamento ed esecuzione dei contratti pubblici	171
4.1. La legittimazione attiva all'accesso	171
4.2. Le modalità dell'accesso	172
4.3. Le ipotesi di differimento	172
4.4. I casi di esclusione dal diritto di accesso: i segreti tecnici e commerciali	173
4.4.1. LA GIURISPRUDENZA IN MERITO ALL'ESCLUSIONE DELL'ACCESSO PER LE OFFERTE CONTENENTI SEGRETI TECNICI E COMMERCIALI	173
4.5. L'accesso alle specifiche tecniche	175
4.6. L'accesso agli atti di esecuzione del contratto	176
4.7. L'accesso agli atti dei procedimenti relativi alla comunicazione dei mancati inviti, delle esclusioni e delle aggiudicazioni	176

Legenda dei simboli nel testo



segnala un box che evidenzia questioni di particolare interesse dal punto di vista operativo



segnala un box che contiene casi esemplificativi

La gestione della gara

PARTE
TERZA

L'indizione della gara: conoscenza e pubblicità

CAPITOLO
PRIMO

L'indizione della gara: conoscenza e pubblicità

(Teresa Felicetti)



1. L'avviso di preinformazione

1.1. Definizione

L'avviso di preinformazione si configura, ai sensi dell'art. 63 del Codice, come un adempimento mediante il quale le stazioni appaltanti, di cui alla lettera a) e alla lettera c) dell'art. 32 del Codice, rendono noto:

- a) per le forniture, l'importo complessivo stimato degli appalti o degli accordi quadro, per gruppi di prodotti, che intendono aggiudicare nei dodici mesi successivi, qualora il loro valore complessivo stimato, tenuto conto degli articoli 28 e 29, sia pari o superiore a 750.000 euro;



La norma in esame dispone che i gruppi di prodotti siano definiti mediante riferimento alle voci della nomenclatura CPV; ai sensi della medesima disposizione normativa, il Ministro dell'economia e delle finanze pubblica nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana le modalità di riferimento da utilizzare, nei bandi di gara, a particolari voci della nomenclatura in conformità con quanto eventualmente stabilito dalla Commissione Europea.

- b) per i servizi, l'importo complessivo stimato degli appalti o degli accordi quadro, per ciascuna delle categorie di servizi elencate nell'allegato II A del Codice, che intendono aggiudicare nei dodici mesi successivi, qualora tale importo complessivo stimato, tenuto conto degli articoli 28 e 29, sia pari o superiore a 750.000 euro;
- c) per i lavori, le caratteristiche essenziali dei contratti o degli accordi quadro che intendono aggiudicare e i cui importi stimati siano pari o superiori alla soglia indicata all'art. 28, tenuto conto dell'art. 29.

L'art. 63, comma 1, prevede che l'avviso di preinformazione sia un adempimento riservato alle stazioni appaltanti di cui alla lettera a) e alla lettera c) dell'art. 32 del Codice, ossia le amministrazioni dello Stato, gli enti pubblici territoriali, gli altri enti pubblici non economici, gli organismi di diritto pubblico, le associazioni, unioni, consorzi, comunque denominati, costituiti da detti soggetti, le società con capitale pubblico, anche non maggioritario, che non sono organismi di diritto pubblico, che hanno ad oggetto della loro attività la realizzazione di lavori o opere, ovvero la produzione di beni o servizi, non destinati ad essere collocati sul mercato in regime di libera concorrenza, ivi comprese le società di cui agli articoli 113, 113-bis, 115 e 116 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali.

L'operatività dell'avviso di preinformazione, ai sensi dell'art. 63 del Codice, risulta circoscritta agli appalti di lavori, servizi e forniture aventi rilevanza comunitaria. Con riferimento infatti agli appalti di servizi e forniture sotto soglia comunitaria, l'art. 124, comma 2, del Codice dispone che l'avviso di preinformazione è facoltativo (la medesima disposizione è prevista per gli appalti di lavori sotto soglia all'art. 122, comma 2, del Codice).

Va peraltro evidenziato come, ai sensi dell'art. 63, comma 5, del Codice la pubblicazione degli avvisi di preinformazione risulta obbligatoria solo se le stazioni appaltanti si avvalgono della facoltà di ridurre i termini di ricezione delle offerte ai sensi dell'art. 70, comma 7. Ai sensi di tale disposizione normativa, infatti, nei casi in cui le stazioni appaltanti abbiano pubblicato un avviso di preinformazione, il termine minimo per la ricezione delle offerte nelle procedure aperte e ristrette può essere ridotto, di norma, a trentasei giorni e comunque mai a meno di ventidue giorni, né a meno di cinquanta giorni se il contratto ha per oggetto anche la progettazione definitiva ed esecutiva nel

caso di appalti di lavori. Nella medesima norma viene altresì precisato che i termini ridotti:

- decorrono dalla data di trasmissione del bando nelle procedure aperte;
- decorrono dalla data di invio dell'invito a presentare le offerte nelle procedure ristrette;
- sono ammessi a condizione che l'avviso di preinformazione, a suo tempo pubblicato, contenga tutte le informazioni richieste per il bando dall'allegato IX A, sempre che dette informazioni fossero disponibili al momento della pubblicazione dell'avviso e che tale avviso fosse stato inviato per la pubblicazione non meno di cinquantadue giorni e non oltre dodici mesi prima della trasmissione del bando di gara.



La mancata adozione e pubblicazione dell'avviso di preinformazione ha, dunque, come conseguenza sulla procedura di gara quella di impedire alla stazione appaltante di avvalersi della facoltà di ridurre i termini di ricezione delle offerte.

In definitiva, l'omissione della pubblicazione dell'avviso di preinformazione non determina alcuna conseguenza in termini di illegittimità del bando o comunque della procedura di gara, a condizione che la stazione appaltante non utilizzi la facoltà di cui all'art. 70, comma 7, del Codice.

Qualora, peraltro, la stazione appaltante si trovi nella necessità di accelerare una procedura di gara, ma non possa ridurre i termini di ricezione delle offerte per non avere adempiuto all'onere di pubblicazione dell'avviso di preinformazione, tale circostanza potrebbe essere rilevante quale elemento (negativo) di valutazione della performance organizzativa e individuale.

Ai sensi dell'art. 63, comma 8, del Codice l'avviso di preinformazione non si adotta nel caso di procedure negoziate senza pubblicazione preliminare di un bando di gara: i presupposti

in presenza dei quali è consentito ricorrere a tali procedure escludono infatti per la stazione appaltante la possibilità di un'attività di previsione e di programmazione degli appalti.

1.2. Contenuto

L'art. 63, comma 1, dispone che l'avviso di preinformazione deve essere conforme all'allegato IX A, punti 1 e 2, del Codice. Il successivo comma 6 del medesimo articolo prevede, inoltre, che l'avviso di preinformazione contenga gli elementi indicati nel Codice, le informazioni di cui all'allegato IX A, punti 1 e 2, del Codice ed ogni altra informazione ritenuta utile, secondo il formato dei modelli di formulari adottati dalla Commissione Europea in conformità alla procedura di cui all'art. 77, paragrafo 2, direttiva 2004/18.



Di seguito si riporta per esteso l'Allegato IX A, punti 1 e 2, del Codice:

Avviso di pubblicazione di un avviso di preinformazione sul profilo di committente

1. Paese dell'amministrazione aggiudicatrice
2. Nome dell'amministrazione aggiudicatrice
3. Indirizzo Internet del "profilo di committente" (URL)
4. Numero di riferimento alla nomenclatura CPV

Avviso di preinformazione

1. Nome, indirizzo, numero di fax e indirizzo elettronico dell'amministrazione aggiudicatrice e, se diversi, del servizio presso il quale possono essere richieste informazioni complementari, nonché - per gli appalti di servizi e di lavori - dei servizi, ad esempio il pertinente sito internet governativo, presso i quali possono essere richieste informazioni sul quadro normativo generale vigente nel luogo in cui l'appalto deve essere eseguito in materia di fiscalità, protezione dell'ambiente, tutela dei lavoratori e condizioni di lavoro.
2. Indicare, se del caso, se si tratta di un appalto pubblico riservato a categorie protette o la cui esenzione è riservata nell'ambito di programmi di occupazione

protetti.

3. Per gli appalti pubblici di lavori: natura ed entità dei lavori, luogo di esecuzione; nel caso in cui l'opera sia ripartita in più lotti, caratteristiche essenziali dei lotti in riferimento all'opera; se disponibile, stima dell'importo minimo e massimo dei lavori previsti; numero di riferimento alla nomenclatura.

Per gli appalti pubblici di forniture: natura e quantità o valore dei prodotti da fornire, numero di riferimento della nomenclatura.

Per gli appalti pubblici di servizi: importo complessivo previsto delle commesse per ciascuna delle categorie di servizi di cui all'allegato II A; numero di riferimento alla nomenclatura.

4. Date provvisoriamente previste per l'avvio delle procedure d'aggiudicazione dell'appalto o degli appalti, nel caso degli appalti pubblici di servizi per categoria.
5. Se del caso, indicazione che si tratta di un accordo quadro.
6. Se del caso, altre informazioni.
7. Data di spedizione dell'avviso oppure di spedizione dell'avviso di pubblicazione del presente avviso sul profilo di committente.
8. Indicare se l'appalto rientra o meno nel campo di applicazione dell'Accordo sugli Appalti Pubblici.

1.3. La pubblicazione

L'avviso di preinformazione può essere pubblicato dalla Commissione Europea ovvero dalla stazione appaltante sul proprio "profilo di committente", ossia sul proprio sito informatico, quale indicato all'allegato X, punto 2, lettera b) e all'art. 3, comma 35, del Codice.



Per completezza si riporta il contenuto dell'intero Allegato X, del Codice il quale dispone che:

1. Pubblicazioni di bandi ed avvisi

a) I bandi e gli avvisi di cui agli articoli 63, 64, 102, 144, 150, 206, 224, 225, 236 sono trasmessi dalle amministrazioni aggiudicatrici e dagli enti aggiudicatori all'Ufficio delle pubblicazioni ufficiali delle Comunità Europee nella forma prescritta dalle misure di esecuzione che la Commissione Europea adotta con la procedura di cui agli articoli 68, paragrafo 2 della direttiva 2004/17/Ce e 77,

paragrafo 2 della direttiva 2004/18/Ce. Anche gli avvisi di preinformazione previsti all'art. 63 e gli avvisi indicativi periodici di cui all'art. 223, pubblicati sul profilo di committente rispettano questa forma, come l'avviso che annuncia tale pubblicazione.

- b) I bandi e gli avvisi di cui agli articoli 63, 64, 102, 144, 150, 206, 224, 225, 236 sono pubblicati dall'Ufficio delle pubblicazioni ufficiali delle Comunità Europee, dalle amministrazioni aggiudicatrici o dagli enti aggiudicatori qualora si tratti di avvisi di preinformazione pubblicati sul profilo di committente ai sensi dell'art. 63 e 223. Le amministrazioni aggiudicatrici possono inoltre divulgare tali informazioni tramite Internet, pubblicando il loro "profilo di committente" come specificato al punto 2, lettera b).

- c) L'Ufficio delle pubblicazioni ufficiali delle Comunità Europee conferma all'amministrazione aggiudicatrice o all'ente aggiudicatore la pubblicazione di cui all'art. 66.

2. Pubblicazione di informazioni complementari o aggiuntive

a) Le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori sono incoraggiati a pubblicare integralmente il capitolato d'oneri e i documenti complementari su Internet.

b) Il profilo di committente può contenere avvisi di preinformazione, di cui all'art. 63 e avvisi periodici di cui all'art. 223, informazioni sugli inviti a presentare offerte in corso, informazioni sugli appalti in corso, sulle commesse programmate, sui contratti conclusi, sulle procedure annullate, nonché ogni altra informazione generale utile come persone da contattare, numeri di telefono e di fax, indirizzi postali ed elettronici (e-mail).

3. Forma e modalità di trasmissione di bandi e avvisi per via elettronica

La forma e le modalità di trasmissione di bandi e avvisi per via elettronica sono accessibili all'indirizzo Internet: "<http://simap.eu.int>".

Nel caso di invio alla Commissione Europea va peraltro ricordato che, ai sensi dell'art. 63, comma 4, del Codice, la stazione appaltante è tenuta ad inviare, per via elettronica secondo il formato e le modalità di trasmissione di cui all'allegato X, punto 3, del Codice una comunicazione in cui è annunciata tale pubblica-

zione. A tal proposito l'art. 66, comma 11, del Codice precisa, infatti, che gli avvisi di preinformazione non possono essere pubblicati su un profilo di committente prima che sia stato inviato alla Commissione Europea l'avviso che ne annuncia la pubblicazione sotto tale forma e devono citare la data di tale trasmissione.

In ogni caso, per espressa disposizione dell'art. 63, comma 7, l'avviso di preinformazione deve essere altresì pubblicato sui siti informatici di cui all'art. 66, comma 7, del Codice, con le modalità ivi previste. Ai sensi di tale disposizione l'avviso di preinformazione dovrà allora essere pubblicato sul profilo di committente della stazione appaltante, e, non oltre due giorni lavorativi dopo, sul sito informatico del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti di cui al decreto del Ministro dei lavori pubblici 6 aprile 2001, n. 20, e sul sito informatico presso l'Osservatorio dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture di cui all'art. 7 del Codice.

Posto dunque che tra i siti informatici sui quali l'avviso deve essere sempre pubblicato vi è anche quello della stazione appaltante, tale adempimento sarà necessario anche quando la stazione appaltante abbia scelto di pubblicare l'avviso medesimo tramite invio alla Commissione Europea. Con riferimento agli appalti di servizi e forniture sotto soglia comunitaria, l'art. 124, comma 2, del Codice dispone che l'avviso è pubblicato sul profilo di committente, ove istituito, e sui siti informatici di cui all'art. 66, comma 7, con le modalità ivi previste (la medesima disposizione è prevista dall'art. 122, comma 2, per gli appalti di lavori).

1.4. La tempistica

Ai sensi dell'art. 63, comma 1, del Codice, l'avviso di preinformazione deve essere adottato possibilmente entro il 31 dicembre di ogni anno. Ai sensi dei successivi commi 2 e 3 del medesimo

articolo gli avvisi, riguardanti per un verso le forniture ed i servizi e per altro verso i lavori, devono essere inviati alla Commissione Europea o pubblicati sul profilo di committente rispettivamente il più rapidamente possibile dopo l'avvio dell'esercizio di bilancio ovvero il più rapidamente possibile dopo l'adozione della decisione che autorizza il programma in cui si inseriscono i contratti di lavori o gli accordi quadro che le stazioni appaltanti intendono aggiudicare.

Le norme richiamate prevedono, dunque, termini differenti per il medesimo adempimento. Tali termini debbono, peraltro, considerarsi aventi natura ordinatoria e non perentoria: di conseguenza il loro mancato rispetto non può essere causa di invalidità dell'avviso successivamente adottato.

In ogni caso, al fine di superare qualsiasi eventuale dubbio circa il rispetto dei termini di cui al comma 1 ovvero di quelli di cui all'art. 63, commi 2 e 3, la stazione appaltante si comporta correttamente se rispetta questi ultimi, ossia se provvede ad adottare l'avviso di preinformazione il più rapidamente possibile dopo l'avvio dell'esercizio di bilancio ovvero dopo l'adozione della decisione che autorizza il programma in cui si inseriscono i lavori pubblici.

2. Il bando di gara

2.1. Definizione e natura giuridica

Il bando di gara è l'atto attraverso cui la stazione appaltante rende nota l'intenzione di aggiudicare un appalto pubblico o un accordo quadro mediante procedura aperta, procedura ristretta, procedura negoziata con pubblicazione di un bando di gara, dialogo competitivo, ovvero di istituire un sistema dinamico di acquisizione o ancora di aggiudicare un appalto pubblico ba-

sato su un sistema dinamico di acquisizione (art. 64 del Codice).

Il bando si configura come la *lex specialis* di gara ossia quell'insieme di prescrizioni e di regole che la stazione appaltante pone agli offerenti ed al cui rispetto essa si vincola nell'espletamento della procedura di gara. Alla luce di tale qualificazione si è posta la questione relativa alla natura giuridica del bando di gara ed in particolare se questo abbia natura di atto normativo ovvero di atto amministrativo generale.

La posizione tradizionalmente assunta dalla giurisprudenza attribuisce al bando di gara natura di atto amministrativo generale, in quanto atto privo dei caratteri della generalità e dell'astrattezza, propri degli atti normativi.

2.2. Aspetti attinenti al contenuto

Ai sensi dell'art. 64, comma 4, del Codice, il bando di gara deve contenere gli elementi indicati nel Codice, le informazioni di cui all'allegato IX A al Codice medesimo ed ogni altra informazione ritenuta utile dalla stazione appaltante, secondo il formato dei modelli di formulari adottati dalla Commissione Europea in conformità alla procedura di cui all'art. 77, paragrafo 2, direttiva 2004/18/CE.

La stazione appaltante deve dunque porre particolare attenzione ad inserire nel bando tutte le informazioni previste come obbligatorie nel Codice e nel relativo Allegato IX A, nonché quelle ulteriori che di volta in volta si rendano opportune.

2.2.1. GLI ELEMENTI DEL BANDO INDICATI NELL'ALLEGATO IX A DEL CODICE

Al fine della redazione corretta del bando di gara, è opportuno che le stazioni appaltanti muovano dalle indicazioni analitiche contenute nell'Allegato IX A del Codice che si riporta

nel seguente box. Ciò in quanto tali indicazioni configurano un vero e proprio schema generale di riferimento.



L'Allegato IX A, del Codice Procedure aperte, ristrette, dialogo competitivo, procedure negoziate.

1. Nome, indirizzo, numero di telefono e di fax, nonché indirizzo elettronico dell'amministrazione aggiudicatrice.
2. Indicare, se del caso, se si tratta di un appalto pubblico riservato a categorie protette o la cui esenzione è riservata nell'ambito di programmi di occupazione protetti.
3. a) Procedura di aggiudicazione prescelta.
b) Eventualmente, motivazione del ricorso alla procedura accelerata (in caso di procedure ristrette e negoziate).
c) Eventualmente, indicazione se si tratta di un accordo quadro.
d) Eventualmente, indicare se si tratta di un sistema dinamico di acquisizione.
e) Eventualmente, ricorso a un'asta elettronica (in caso di procedure aperte, ristrette o negoziate), come previsto all'art. 56.
4. Forma dell'appalto.
5. Luogo di esecuzione/realizzazione dei lavori, luogo di consegna dei prodotti o luogo di prestazione dei servizi.
6. a) Appalti pubblici di lavori:
l'omissis
b) Appalti pubblici di forniture:
 - Natura dei prodotti da fornire, specificando in particolare gli scopi per i quali le offerte sono richieste, se per l'acquisto, il leasing, la locazione o l'acquisto a riscatto, oppure per una combinazione di tali scopi; numero di riferimento alla nomenclatura. Quantità dei prodotti da fornire, specificando eventuali opzioni per ulteriori commesse e, se noto, il calendario provvisorio dell'esercizio di tali opzioni e il numero di eventuali rinnovi del contratto, numero(i) di riferimento alla nomenclatura.
 - Nel caso di appalti regolari o di appalti rinnovabili nel corso di un determinato periodo, fornire altresì, se noto, il calendario dei successivi appalti pubblici di forniture previsti.

- Nel caso di accordi quadro indicare anche la durata prevista dell'accordo quadro, il valore complessivo stimato delle forniture per l'intera durata dell'accordo quadro nonché, per quanto possibile, il valore e la frequenza degli appalti da aggiudicare.
 - c) Appalti pubblici di servizi:
 - categoria del servizio e sua descrizione. Numero(i) di riferimento della nomenclatura. Quantità dei servizi da prestare. Specificare eventuali opzioni per ulteriori commesse e, se noto, il calendario provvisorio dell'esercizio di tali opzioni e il numero di eventuali rinnovi del contratto. Nel caso di appalti rinnovabili nel corso di un determinato periodo, fornire una indicazione di massima del calendario, se noto, dei successivi appalti pubblici di servizi previsti.
 - Nel caso di accordi quadro indicare anche la durata prevista dell'accordo quadro, il valore complessivo stimato delle prestazioni per l'intera durata dell'accordo quadro nonché, per quanto possibile, il valore e la frequenza degli appalti da aggiudicare,
 - indicazione se, in forza di disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, la prestazione del servizio sia riservata a una particolare professione.
- Riferimenti alle disposizioni legislative, regolamentari o amministrative in questione,
- menzione di un eventuale obbligo per le persone giuridiche di indicare il nome e le qualifiche professionali delle persone incaricate della prestazione del servizio.
7. Se l'appalto è suddiviso in lotti, indicazione della possibilità per gli operatori economici di presentare offerte per uno, per più e/o per l'insieme dei lotti.
 8. Termine ultimo per la realizzazione dei lavori, per il completamento delle forniture o per la prestazione dei servizi o durata dell'appalto di lavori/forniture/servizi; per quanto possibile, termine ultimo per l'avvio dei lavori, per la consegna delle forniture o per la prestazione dei servizi.
 9. Ammissione o divieto di varianti.
 10. Eventuali condizioni particolari cui è soggetta la realizzazione dell'appalto.
 11. Nel caso delle procedure aperte:
 - a) nome, indirizzo, numero di telefono e di fax nonché indirizzo elettronico del servizio presso il quale si possono richiedere il capitolato d'oneri e i documenti complementari;
 - b) eventualmente, termine ultimo per la presentazione di tale domanda;
 - c) eventualmente, importo e modalità di pagamento della somma da versare per ottenere detti documenti.
 12. a) Termine ultimo per la ricezione delle offerte o delle offerte indicative quando si tratta dell'istituzione di un sistema dinamico di acquisizione (procedure aperte);
 - b) termine ultimo per la ricezione delle domande di partecipazione (procedure ristrette e negoziate);
 - c) indirizzo cui devono essere trasmesse;
 - d) lingua o lingue in cui devono essere redatte.
 13. Nel caso delle procedure aperte:
 - a) persone ammesse ad assistere all'apertura delle offerte;
 - b) data, ora e luogo di tale apertura.
 14. Se del caso, cauzione e garanzie richieste.
 15. Modalità essenziali di finanziamento e di pagamento e/o riferimenti alle disposizioni in materia.
 16. Se del caso, forma giuridica che dovrà assumere il raggruppamento di operatori economici aggiudicatario dell'appalto.
 17. Criteri di selezione riguardanti la situazione personale degli operatori che possono comportarne l'esclusione e informazioni necessarie a dimostrare che non rientrano in casi che giustificano l'esclusione. Criteri di selezione e informazioni riguardanti la situazione personale dell'operatore economico, nonché informazioni e formalità necessarie per la valutazione dei requisiti minimi di carattere economico e tecnico che questi deve possedere. Livello o livelli minimi specifici di capacità eventualmente richiesti.
 18. Per gli accordi quadro: numero ed eventualmente numero massimo previsto di operatori economici che ne faranno parte, durata dell'accordo quadro previsto precisando, se del caso, i motivi che giustificano una durata dell'accordo quadro superiore a quattro anni.
 19. Per il dialogo competitivo e le procedure negoziate con pubblicazione di bando di gara indicare, se del caso, il ricorso a una procedura che si svolge in più fasi successive, al fine di ridurre gradualmente il numero di soluzioni da discutere o di offerte da negoziare.
 20. Per le procedure ristrette, il dialogo competitivo e le procedure negoziate con pubblicazione di bando di gara, quando ci si avvale della facoltà di ridurre il numero di candidati che saranno invitati a presentare un'offerta, a partecipare al dialogo o a negoziare: numero minimo e, se del caso, numero massimo previsto di candidati e criteri oggettivi da applicare

per la scelta di tale numero di candidati.

21. Periodo di tempo durante il quale l'offerente è vincolato alla propria offerta (procedure aperte).

22. Se del caso, nome e indirizzo degli operatori economici già selezionati dall'amministrazione aggiudicatrice (procedure negoziate).

23. Criteri di cui all'art. 83 che verranno utilizzati per l'aggiudicazione dell'appalto: "prezzo più basso" o "offerta economicamente più vantaggiosa". I criteri di aggiudicazione all'offerta economicamente più vantaggiosa e la loro ponderazione vanno menzionati qualora non figurino nel capitolato d'oneri ovvero, nel caso del dialogo competitivo, nel documento descrittivo.

24. Nome ed indirizzo dell'organo competente per le procedure di ricorso e, se del caso, di mediazione. Precisazioni quanto al termine per l'introduzione di ricorsi o, se del caso, nome, indirizzo, numero di telefono e di fax, nonché indirizzo elettronico del servizio presso il quale si possono richiedere tali informazioni.

25. Data o date di pubblicazione dell'avviso di preinformazione conformemente alle specifiche tecniche di pubblicazione indicate nell'allegato X o menzione della sua mancata pubblicazione.

26. Data di spedizione del bando di gara.

27. Indicare se l'appalto rientra o meno nel campo di applicazione dell'Accordo sugli Appalti Pubblici.

2.2.2. GLI ELEMENTI DEL BANDO INDICATI NEL CODICE

Esistono peraltro elementi del bando la cui previsione è contenuta nel Codice. L'inserimento nel bando di gara dei suddetti elementi potrà essere obbligatoria o facoltativa, a seconda della previsione di legge.

Al fine di agevolare le stazioni appaltanti nella redazione dei bandi di gara si riportano di seguito le norme del Codice contenenti indicazioni sugli elementi dei bandi di gara per appalti di servizi e di forniture:

- Art. 2, comma 2: il principio di economicità può essere subordinato, entro i limiti in cui sia espressamente consentito dalle norme vigenti e dal Codice, ai criteri, previsti dal bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela

della salute e dell'ambiente e alla promozione dello sviluppo sostenibile.

- Art. 5, comma 7: le stazioni appaltanti possono adottare capitolati, che, menzionati nel bando o nell'invito, costituiscono parte integrante del contratto.

- Art. 9, comma 6: le stazioni appaltanti, che abbiano istituito lo sportello dei contratti pubblici o ne abbiano attribuito i compiti ad un ufficio già esistente, indicano nel bando o nel capitolato lo sportello o l'ufficio a cui possono essere chieste le relative informazioni, precisando altresì il costo del servizio.

- Art. 10, comma 8: nel bando o avviso con cui si indice la gara per l'affidamento dell'appalto è indicato il nominativo del responsabile del procedimento.

- Art. 11, comma 6: l'offerta è vincolante per il periodo indicato nel bando o nell'invito; comma 9: la stipulazione del contratto di appalto o di concessione ha luogo entro il termine di sessanta giorni, salvo diverso termine previsto nel bando o nell'invito ad offrire.

- Art. 29, comma 3: la stima dell'appalto deve essere valida al momento dell'invio del bando di gara.

- Art. 37, comma 2: nel caso di forniture o servizi, in tema di raggruppamenti di tipo verticale ed orizzontale le stazioni appaltanti indicano nel bando di gara la prestazione principale e quelle secondarie.

- Art. 41, comma 2: le stazioni appaltanti precisano nel bando di gara i requisiti che devono essere posseduti dal concorrente, nonché gli altri eventuali che ritengono di richiedere.

- Art. 42, comma 2: la stazione appaltante precisa nel bando di gara o nella lettera d'invito quali dei documenti e requisiti richiesti devono essere presentati o dimostrati.

- Art. 49, comma 6: in tema di avvalimento il

bando di gara può ammettere l'avvalimento di più imprese ausiliarie in ragione dell'importo dell'appalto o della peculiarità delle prestazioni; comma 9: il bando può prevedere che, in relazione alla natura dell'appalto, qualora sussistano requisiti tecnici connessi con il possesso di particolari attrezzature possedute da un ristrettissimo ambito di imprese operanti sul mercato, queste possano prestare l'avvalimento nei confronti di più di un concorrente, sino ad un massimo indicato nel bando stesso, impegnandosi a fornire la particolare attrezzatura tecnica, alle medesime condizioni, all'aggiudicatario.

- Art. 52, comma 1: il bando di gara menziona la scelta delle stazioni appaltanti di riservare la partecipazione alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici a laboratori protetti, o di riservare l'esecuzione nel contesto di programmi di lavoro protetti.
- Art. 55, comma 3: nelle procedure aperte e ristrette il bando di gara indica il tipo di procedura e l'oggetto del contratto e fa menzione del decreto o della determina a contrarre; comma 4: il bando di gara può prevedere che non si procederà ad aggiudicazione nel caso di una sola offerta valida, ovvero nel caso di due sole offerte valide, che non verranno aperte.
- Art. 57, comma 5: negli appalti pubblici relativi a servizi, la procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara è consentita, tra l'altro, per nuovi servizi consistenti nella ripetizione di servizi analoghi già affidati all'operatore economico aggiudicatario del contratto iniziale a determinate condizioni e solo se tale possibilità è indicata nel bando del contratto originario.
- Art. 58, comma 5: nel dialogo competitivo le stazioni appaltanti pubblicano un bando di

gara in cui rendono noti le loro necessità o obiettivi, che definiscono nel bando stesso o in un documento descrittivo che costituisce parte integrante del bando, nei quali sono altresì indicati i requisiti di ammissione al dialogo competitivo, i criteri di valutazione delle offerte ed il termine entro il quale gli interessati possono presentare istanza di partecipazione alla procedura; comma 9: le stazioni appaltanti possono prevedere che la procedura del dialogo si svolga in fasi successive in modo da ridurre il numero di soluzioni da discutere durante la fase del dialogo; il ricorso a tale facoltà è indicato nel bando di gara e nel documento descrittivo; comma 15: le stazioni appaltanti valutano le offerte ricevute sulla base dei criteri di aggiudicazione fissati nel bando di gara o nel documento descrittivo.

- Art. 60, comma 6: al fine dell'istituzione di un sistema dinamico di acquisizione le stazioni appaltanti indicano nel bando di gara che si tratta di un sistema dinamico di acquisizione; indicano altresì nel bando l'indirizzo internet presso il quale è possibile consultare il capitolato d'oneri e qualsiasi documento complementare; comma 12: le stazioni appaltanti aggiudicano l'appalto all'offerente che ha presentato la migliore offerta in base ai criteri di aggiudicazione enunciati nel bando di gara per l'istituzione del sistema dinamico di acquisizione.
- Art. 62, comma 1: vengono indicate le ipotesi in cui le stazioni appaltanti, quando lo richieda la difficoltà o la complessità dell'opera, della fornitura o del servizio, possono limitare il numero di candidati idonei che inviteranno a presentare un'offerta, a negoziare, o a partecipare al dialogo, purché vi sia un numero sufficiente di candidati idonei. A tal proposito

viene altresì disposto che quando si avvalgono di tale facoltà, le stazioni appaltanti indicano nel bando di gara i criteri, oggettivi, non discriminatori, secondo il principio di proporzionalità che intendono applicare, il numero minimo dei candidati che intendono invitare, e, ove lo ritengano opportuno per motivate esigenze di buon andamento, il numero massimo.

- Art. 63, comma 1, lett. a): il Ministro dell'economia e delle finanze pubblica nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana le modalità di riferimento da fare, nei bandi di gara, a particolari voci della nomenclatura in conformità con quanto eventualmente stabilito dalla Commissione.
- Art. 64, comma 4: il bando di gara contiene gli elementi indicati nel Codice, le informazioni di cui all'allegato IX A e ogni altra informazione ritenuta utile dalla stazione appaltante, secondo il formato dei modelli di formulari adottati dalla Commissione in conformità alla procedura di cui all'art. 77, paragrafo 2, direttiva 2004/18/CE.
- Art. 68, comma 1: le specifiche tecniche definite al punto 1 dell'Allegato VIII, figurano nei documenti del contratto, quali il bando di gara.
- Art. 69, comma 1: le stazioni appaltanti possono esigere condizioni particolari per l'esecuzione del contratto, purché siano compatibili con il diritto comunitario e, tra l'altro, con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, e purché siano precisate nel bando di gara, o nell'invito in caso di procedure senza bando, o nel capitolato d'oneri.
- Art. 70, comma 9: se le stazioni appaltanti offrono, per via elettronica e a decorrere dalla pubblicazione del bando secondo l'allegato X,

l'accesso libero, diretto e completo al capitolato d'oneri e a ogni documento complementare, precisando nel testo del bando l'indirizzo Internet presso il quale tale documentazione è accessibile, il termine minimo di ricezione delle offerte nelle procedure aperte e il termine minimo di ricezione delle offerte nelle procedure ristrette, possono essere ridotti di cinque giorni; comma 11: è prevista la possibilità di riduzione dei termini di ricezione delle domande di partecipazione e di ricezione delle offerte nelle procedure ristrette e nelle procedure negoziate con pubblicazione di un bando di gara, quando l'urgenza rende impossibile rispettare i termini minimi previsti dall'art. 70, a condizione che le stazioni appaltanti indichino nel bando di gara le ragioni dell'urgenza.

- Art. 75, comma 1: indicazione del prezzo base nel bando o nell'invito; comma 5: il bando o l'invito possono richiedere una garanzia con termine di validità maggiore o minore rispetto a quello previsto dalla norma in questione; possono altresì prescrivere che l'offerta sia corredata dall'impegno del garante a rinnovare la garanzia, per la durata indicata nel bando, nel caso in cui al momento della sua scadenza non sia ancora intervenuta l'aggiudicazione, su richiesta della stazione appaltante nel corso della procedura.
- Art. 76, comma 2: le stazioni appaltanti precisano nel bando di gara se autorizzano o meno le varianti.
- Art. 77, comma 1: il mezzo o i mezzi di comunicazione devono essere indicati nel bando o, ove manchi il bando, nell'invito alla procedura; comma 4: le stazioni appaltanti possono acconsentire, come mezzo non esclusivo, anche alla presentazione diretta delle offerte e delle domande di partecipazione, presso

l'ufficio indicato nel bando o nell'invito; comma 7, lett. d): qualora le stazioni appaltanti esigano che le domande di partecipazione presentate mediante telex o mediante fax siano confermate per posta o per via elettronica indicano nel bando di gara tale esigenza e il termine entro il quale deve essere soddisfatta.

- Art. 79, comma 5-quinquies: il bando o l'avviso con cui si indice la gara o l'invito nelle procedure senza bando fissano l'obbligo del candidato o concorrente di indicare, all'atto di presentazione della candidatura o dell'offerta, il domicilio eletto per le comunicazioni; il bando o l'avviso possono altresì obbligare il candidato o concorrente a indicare l'indirizzo di posta elettronica o il numero di fax al fine dell'invio delle comunicazioni.
- Art. 81, comma 2: le stazioni appaltanti indicano nel bando di gara quale tra i criteri normativamente previsti sarà applicato per selezionare la migliore offerta.
- Art. 82, comma 2: il bando di gara stabilisce: a) se il prezzo più basso, per i contratti da stipulare a misura, è determinato mediante ribasso sull'elenco prezzi posto a base di gara ovvero mediante offerta a prezzi unitari; b) se il prezzo più basso, per i contratti da stipulare a corpo, è determinato mediante ribasso sull'importo dei lavori posto a base di gara ovvero mediante offerta a prezzi unitari.
- Art. 83, comma 1: quando il contratto è affidato con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, il bando di gara stabilisce i criteri di valutazione dell'offerta; comma 2: il bando di gara ovvero, in caso di dialogo competitivo, il bando o il documento descrittivo, elencano i criteri di valutazione e precisano la ponderazione relativa attribuita a ciascuno di essi; comma 3: quando ritengono che la ponderazione di cui al comma 2 è impossibile per ragioni dimostrabili le stazioni appaltanti indicano nel bando di gara e nel capitolato d'oneri o, in caso di dialogo competitivo, nel bando o nel documento descrittivo, l'ordine decrescente di importanza dei criteri; comma 4: il bando per ciascun criterio di valutazione prescelto prevede, ove necessario, i sub-criteri e i sub-pesi o i sub-punteggi.
- Art. 85, comma 3: definizione dell'oggetto dell'appalto nelle aste elettroniche; comma 5: il ricorso ad un'asta elettronica per l'aggiudicazione dell'appalto deve essere espressamente indicato nel bando di gara; comma 6: il bando o il capitolato devono indicare una serie di specifiche informazioni, espressamente indicate dalla norma; comma 7: prima di procedere all'asta elettronica, le stazioni appaltanti effettuano, in seduta riservata, una prima valutazione completa delle offerte pervenute con le modalità stabilite nel bando di gara; comma 8: la formula matematica che determina, durante l'asta elettronica, le riclassificazioni automatiche in funzione dei nuovi prezzi o dei nuovi valori presentati integra la ponderazione di tutti i criteri stabiliti per determinare l'offerta economicamente più vantaggiosa, quale indicata nel bando o negli altri atti di gara.
- Art. 88, comma 7: è prevista la possibilità che la stazione appaltante, purché si sia riservata tale facoltà nel bando di gara, nell'avviso di gara o nella lettera di invito, proceda contemporaneamente alla verifica di anomalia delle migliori offerte, non oltre la quinta.
- Art. 118, comma 2: in tema di subappalto la stazione appaltante è tenuta ad indicare nel progetto e nel bando di gara le singole prestazioni e, per i lavori, la categoria prevalente con il relativo importo, nonché le ulteriori categorie, relative a tutte le altre lavorazioni

previste in progetto, anch'esse con il relativo importo; comma 3: nel bando di gara la stazione appaltante indica la modalità prescelta per il pagamento del corrispettivo al subappaltatore o al cottimista.

- Art. 124, comma 6: per gli appalti di forniture e servizi sotto soglia è previsto che nelle procedure ristrette e nelle procedure negoziate con pubblicazione di un bando di gara, quando l'urgenza rende impossibile rispettare i termini minimi previsti dal presente articolo, le stazioni appaltanti, purché indichino nel bando di gara le ragioni dell'urgenza, possono stabilire termini ridotti per la ricezione delle domande di partecipazione e per la ricezione delle offerte; comma 8: sono indicati i casi in cui la stazione appaltante può prevedere nel bando l'esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia.
- Art. 241, comma 1-bis: la stazione appaltante indica nel bando o nell'avviso con cui indice la gara ovvero, per le procedure senza bando, nell'invito, se il contratto conterrà o meno la clausola compromissoria.

2.3. La pubblicazione

La pubblicazione dei bandi di gara si configura come un adempimento che le stazioni appaltanti debbono porre in essere al fine di dare conoscenza dell'indizione e delle regole della procedura di gara.

2.3.1. LA PUBBLICAZIONE NEGLI APPALTI DI RILEVANZA COMUNITARIA

Per gli appalti di rilevanza comunitaria la stazione appaltante dovrà procedere alla pubblicazione dei bandi secondo le seguenti modalità.

a) Pubblicazione sulla Gazzetta Europea.

La trasmissione del bando alla Commissione Europea potrà avvenire:

- per via elettronica, secondo il formato e le modalità di cui all'Allegato X, punto 3, del Codice: in tale caso la pubblicazione a cura ed a spese della Commissione Europea avverrà entro 5 giorni dalla trasmissione medesima;
- con altri mezzi: in tale caso la pubblicazione a cura ed a spese della Commissione Europea avverrà entro 12 giorni dalla trasmissione medesima. Il contenuto dei bandi non trasmessi per via elettronica secondo il formato e le modalità di trasmissione precisate nell'allegato X, punto 3, è limitato a seicentocinquanta parole circa.

Nel caso di procedure urgenti ai sensi dell'art. 70, comma 11, del Codice:

- il bando deve necessariamente essere trasmesso per via elettronica o per fax;
- la pubblicazione avviene entro 5 giorni.

Ai sensi dell'art. 66, comma 5, del Codice, i bandi e gli avvisi sono pubblicati per esteso in una delle lingue ufficiali della Comunità scelta dalle stazioni appaltanti; il testo pubblicato in tale lingua originale è l'unico facente fede. La medesima disposizione prevede altresì che le stazioni appaltanti italiane scelgono la lingua italiana, fatte salve le norme vigenti nella Provincia autonoma di Bolzano in materia di bilinguismo. Nel rispetto dei principi di trasparenza e non discriminazione la norma in questione dispone infine che una sintesi degli elementi importanti di ciascun bando sia pubblicata nelle altre lingue ufficiali dell'UE.

Le stazioni appaltanti devono essere in grado di comprovare la data di trasmissione dei bandi; a tal fine è previsto che la Commissione Europea rilasci una conferma dell'informazione trasmessa, in cui è citata la data della pubblicazione e

che tale conferma valga come prova della pubblicazione.

b) Pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana (GURI), Serie Speciale relativa ai contratti pubblici:

- non può avvenire prima della trasmissione del bando alla Commissione Europea;
- non deve contenere informazioni diverse da quelle contenute nei bandi e negli avvisi trasmessi alla Commissione Europea, o pubblicate su un profilo di committente;
- deve avvenire entro il sesto giorno feriale successivo a quello del ricevimento della documentazione da parte dell'Ufficio inserzioni dell'Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato;
- deve menzionare la data della trasmissione del bando alla Commissione Europea o della pubblicazione sul profilo di committente.

c) Pubblicazione sul profilo del committente.

d) Pubblicazione sul Sito informatico del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e sul sito informatico presso l'Osservatorio:

- deve avvenire non oltre due giorni lavorativi dopo la pubblicazione sulla GURI;
- deve contenere gli estremi di pubblicazione sulla GURI.

e) Pubblicazione per estratto su almeno due dei principali quotidiani a diffusione nazionale e su almeno due a maggiore diffusione locale nel luogo ove si eseguono i contratti:

- deve avvenire dopo dodici giorni dalla trasmissione alla Commissione Europea, ovvero dopo cinque giorni da detta trasmissione in caso di procedure urgenti.

f) Forme aggiuntive di pubblicità:

- le stazioni appaltanti possono prevedere forme di pubblicità ulteriori rispetto a quelle obbligatorie sopra richiamate;
- possono pubblicare in conformità bandi concernenti appalti pubblici non soggetti agli obblighi di pubblicazione previsti dall'art. 66 del Codice;
- in ogni caso gli effetti giuridici che il Codice o le norme processuali vigenti annettono alla data di pubblicazione al fine della decorrenza di termini, derivano solo dalle forme di pubblicità obbligatoria e dalle relative date in cui la pubblicità obbligatoria ha luogo.

2.3.2. LA PUBBLICAZIONE NEGLI APPALTI SOTTO SOGLIA COMUNITARIA

Ai sensi dell'art. 124, comma 1, del Codice per gli appalti di servizi e forniture sotto soglia comunitaria (come pure per gli appalti di lavori ex art. 122, comma 1), non sussistono obblighi di pubblicità in ambito sovranazionale.

Le stazioni appaltanti dovranno procedere alla pubblicazione dei bandi secondo le seguenti modalità.

a) Pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana (GURI), Serie Speciale relativa ai contratti pubblici:

- i bandi non contengono le indicazioni che attengono ad obblighi di pubblicità in ambito sopranazionale (art. 124, comma 4);
- la pubblicazione avviene entro il sesto giorno feriale successivo a quello del ricevimento della documentazione da parte dell'Ufficio inserzioni dell'Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato (art. 124, comma 5);

b) Pubblicazione nell'albo della stazione appaltante.

c) Pubblicazione sul Sito informatico del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e sul sito informatico presso l'Osservatorio:

- deve avvenire non oltre due giorni lavorativi dopo la pubblicazione sulla GURI;
- deve contenere gli estremi di pubblicazione sulla GURI.
- **Forme aggiuntive di pubblicità:**
- anche per gli appalti sotto soglia le stazioni appaltanti possono prevedere forme di pubblicità ulteriori rispetto a quelle obbligatorie con le stesse modalità previste per gli appalti sopra soglia (art. 124, comma 5).

2.4. Questioni problematiche concernenti il bando e la legittimità delle clausole in esso contenute

2.4.1. L'IMPUGNAZIONE DEL BANDO DI GARA

In via generale vale la regola che le clausole del bando, ritenute illegittime da coloro che sono interessati alla partecipazione alla procedura, non sono immediatamente impugnabili. La loro presunta illegittimità deve, dunque, essere fatta valere insieme all'impugnazione dell'atto con il quale si dà applicazione alle clausole contestate. Tale regola subisce delle deroghe e dei temperamenti allorché le clausole hanno un'autonomia capacità lesiva della situazione giuridica dei soggetti che intendono concorrere alla gara.

2.4.1.1. Quando le clausole del bando vanno impugnate immediatamente

Sulla questione dell'impugnabilità del bando di gara si è pronunciata l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato del 29 gennaio 2003, n. 1. In tale occasione il giudice amministrativo ha affermato che non può essere condiviso:

- l'orientamento che vorrebbe il bando sem-

pre ed in ogni caso impugnabile unitamente all'atto applicativo, anche nell'ipotesi in cui si sia di fronte a clausole riguardanti requisiti di partecipazione alla procedura concorsuale;

- l'orientamento che postula la necessità dell'immediata impugnazione di tutte le clausole del bando, in quanto incidenti nella *lex specialis* della gara o della procedura concorsuale;
- l'orientamento volto ad imporre l'onere di immediata impugnazione delle clausole del bando riguardanti la composizione ed il funzionamento del seggio di gara;
- l'indirizzo interpretativo che è volto ad estendere l'onere di impugnazione alle prescrizioni del bando che condizionano anche indirettamente la formulazione dell'offerta economica tra le quali anche quelle riguardanti il metodo di gara e la valutazione dell'anomalia.

L'Adunanza Plenaria:

- nel ribadire la regola generale, secondo la quale il bando di gara o la lettera di invito, devono essere impugnati con l'atto applicativo, tuttavia ha stabilito l'onere di immediata impugnazione delle clausole che ostano all'ammissione dell'interessato alla gara;
- ha ritenuto sussistente un onere di immediata impugnazione del bando di gara con riferimento a clausole, in esso contenute, che impongano, ai fini della partecipazione, requisiti od adempimenti assolutamente incomprensibili o manifestamente sproporzionati rispetto all'oggetto della procedura concorsuale e che comportino sostanzialmente l'impossibilità o l'estrema difficoltà per l'interessato di accedere alla procedura.

Le indicazioni offerte dall'Adunanza Plenaria forniscono, dunque, i criteri che debbono essere utilizzati per capire se l'eventuale illegittimità delle clausole contenute nel bando vada fatta

valere immediatamente in sede giurisdizionale ossia entro trenta giorni dalla pubblicazione del bando.



In applicazione dei criteri indicati vanno, ad esempio, immediatamente impugnate:

- le clausole del bando che, in virtù della loro formulazione non chiara, non consentono all'operatore di valutare la convenienza economica di partecipare alla procedura;
- le clausole del bando che, in virtù della loro formulazione non chiara, impediscono la formulazione dell'offerta tecnica;
- le clausole del bando che impongono requisiti di partecipazione irragionevoli o sproporzionati rispetto all'oggetto dell'appalto, come si verifica ad esempio allorquando ai fini della dimostrazione della capacità economico-finanziaria viene richiesto un volume d'affari di molto superiore rispetto al valore del contratto.



In ogni caso, ove la stazione appaltante si renda conto in via autonoma o perché sollecitata dagli operatori economici che il bando contiene clausole illegittime, essa è senz'altro titolare:

- del potere di annullare d'ufficio la (sola) clausola ritenuta viziata ove possibile; ed in tal caso la notifica del bando deve essere portata a conoscenza di terzi con le stesse forme di possibilità del bando iniziale.
- del potere di procedere, previo annullamento del bando illegittimo, all'emanazione di un nuovo bando.

2.4.2. IL BANDO DI GARA E LO IUS SUPERVENIENS

Una delle evenienze che si presenta con maggiore frequenza nel corso dello svolgimento della procedura di gara riguarda il sopraggiungere di norme che sostituiscono o modificano le norme sulla cui base la stazione appaltante ha proceduto a definire le clausole del bando.

In proposito, va osservato che per costante orientamento giurisprudenziale, le sopravvenienze normative non producono effetti sul bando di gara.

Il Consiglio di Stato si è pronunciato in tal senso in più occasioni, affermando che:

- il bando è atto amministrativo, *lex specialis* della procedura, rispetto alla quale l'eventuale *ius superveniens* è influente (Cons. St., Sez. IV, 18 ottobre 2002, n. 5714);
- la stazione appaltante è tenuta, nella gestione della procedura, ad applicare le regole contenute nel bando, anche nel caso di sopravvenienze normative che determinano il contrasto delle clausole medesime con le nuove norme fatte, salvo l'eventuale esercizio del potere di autotutela (Cons. St., Sez. V, 23 giugno 2010, n. 3964).

2.4.3. LA DISCORDANZA TRA IL TESTO DEL BANDO PUBBLICATO NELLE DIVERSE SEDI CONSENTITE

Nell'ipotesi di difformità tra il bando pubblicato e quello apparso sul sito web della stazione appaltante dell'amministrazione, la prevalenza va accordata al primo. Tuttavia è da segnalare, anche sulla base della giurisprudenza, che:

- la conoscenza della versione informatica, dotata di una capillare capacità di penetrazione, può legittimamente indurre i potenziali partecipanti a confidare nella conformità all'originale del bando pubblicato sul sito Internet;
- il contrasto in questione determina un quadro di opacità sulle regole procedurali tale da produrre un effetto dissuasivo sulla partecipazione;
- legittimamente la stazione appaltante può annullare la procedura in sede di autotutela, ripristinando un quadro trasparente ed univoco della disciplina di gara capace di assicurare la più ampia partecipazione (Cons. St., Sez. VI, 03 maggio 2007, n. 1949).

2.4.4. IL CONTRASTO TRA IL BANDO E GLI ALTRI DOCUMENTI DI GARA

Può sovente accadere che si registri un contrasto tra le previsioni del bando e quelle contenute negli altri documenti di gara (ad esempio capitolato e disciplinare). In tale caso, al fine di risolvere l'antinomia, vale a giudizio della giurisprudenza la regola generale della prevalenza del bando (Cons. St., Sez. V, 23 giugno 2010, n. 3964).

2.5. Il bando ed il contributo all'AVCP

L'art. 1, comma 67, della legge 23 dicembre 2005, n. 266 (richiamato dagli articoli 6 e 8 del Codice) dispone che l'AVCP, ai fini della copertura dei costi relativi al proprio funzionamento, determina annualmente l'ammontare delle contribuzioni dovute dai soggetti, pubblici e privati, sottoposti alla sua vigilanza, nonché le relative modalità di riscossione. In attuazione di tale disposizione l'AVCP ha adottato, per l'anno 2010, la Deliberazione 15 febbraio 2010, (pubblicata anche sulla G.U.R.I.), con cui ha fissato i termini, le modalità e gli importi delle suddette contribuzioni.

2.5.1. I SOGGETTI TENUTI ALLA CONTRIBUZIONE

Nel provvedimento in esame, in vigore dal 1° marzo 2010, è previsto che siano soggetti tenuti alla contribuzione:

- a) le stazioni appaltanti e gli enti aggiudicatori di cui agli articoli 32 e 207 del Codice;
- b) gli operatori economici che intendono partecipare a procedure di scelta del contraente attivate dai soggetti di cui alla lettera a);
- c) gli organismi di attestazione (SOA) di cui all'art. 40, comma 3, del Codice.

2.5.2. GLI IMPORTI DELLA CONTRIBUZIONE

I soggetti di cui all'art. 1, lettere a) e b), sono tenuti a versare a favore dell'AVCP i seguenti

contributi:

Importo posto a base di gara (in migliaia di euro)	Quota per le stazioni appaltanti (in euro)	Quota per ogni partecipante (in euro)
da 150 fino ad un importo inferiore a 500	150,00	20,00
da 500 fino ad un importo inferiore a 1.000	250,00	40,00
Da 1.000 fino ad un importo inferiore a 5.000	400,00	70,00
oltre 5.000	500,00	100,00

I soggetti di cui all'art. 1, lettera c) sono tenuti a versare a favore dell'AVCP un contributo pari al 2% (due per cento) dei ricavi risultanti dal bilancio approvato relativo all'ultimo esercizio finanziario.

2.5.3. LE MODALITÀ ED I TERMINI DI VERSAMENTO DELLA CONTRIBUZIONE

Ai sensi dell'art. 4 della Deliberazione AVCP 15 febbraio 2010, le stazioni appaltanti e gli enti aggiudicatori sono tenuti al pagamento della contribuzione, secondo le istruzioni operative pubblicate sul sito dell'AVCP, entro il termine di scadenza dei "pagamenti mediante avviso" (MAV) emessi dall'AVCP con cadenza almeno quadrimestrale, per un importo complessivo pari alla somma delle contribuzioni dovute per tutte le procedure attivate nel periodo.

Gli operatori economici sono tenuti al pagamento della contribuzione quale condizione di ammissibilità alla procedura di selezione del contraente. Essi sono tenuti a dimostrare, al momento di presentazione dell'offerta, di avere versato la

somma dovuta a titolo di contribuzione.



La mancata dimostrazione dell'avvenuto versamento di tale somma è causa di esclusione dalla procedura di scelta del contraente.

Gli organismi di attestazione (SOA) sono tenuti al pagamento della contribuzione da essi dovuta entro trenta giorni dall'approvazione del proprio bilancio.

L'AVCP ha fornito sul proprio sito Internet le istruzioni per procedere ai versamenti.

In particolare, con riferimento agli adempimenti delle stazioni appaltanti, è previsto che:

- le stazioni appaltanti e gli enti aggiudicatori, che intendono avviare una procedura finalizzata alla realizzazione di lavori ovvero all'acquisizione di servizi e forniture, sono tenuti alla richiesta al Sistema informativo di monitoraggio delle gare (SIMOG) dell'AVCP, del codice di identificazione del procedimento di scelta del contraente (CIG), che deve essere riportato nell'avviso pubblico, nella lettera di invito o nella richiesta di offerta comunque denominata;
- l'attribuzione del predetto codice di identificazione va richiesta, secondo le modalità operative pubblicate sul portale dell'AVCP, anche per le procedure esonerate dall'obbligo di contribuzione;
- il SIMOG attribuisce ad ogni nuova procedura comunicata dal RSSA (Responsabile SIMOG stazione appaltante) un numero identificativo univoco, denominato "Numero gara", e determina l'importo della eventuale contribuzione a carico della stazione appaltante, commisurato all'importo complessivo

comunicato in sede di registrazione della gara;

- nel caso di gare suddivise in lotti, l'importo complessivo posto a base di gara è da considerarsi pari alla somma dei valori dei singoli lotti componenti la gara, ivi compresi quelli rientranti nelle soglie di esclusione dall'obbligo di richiesta del CIG (inferiori a 20.000,00 euro per appalti di servizi e forniture e 40.000,00 euro per appalti di lavori);
- successivamente il RSSA dovrà provvedere all'inserimento dei lotti (o dell'unico lotto) che compongono la procedura;
- a ciascun lotto il Sistema attribuisce un codice identificativo denominato CIG e determina l'importo della eventuale contribuzione a carico degli operatori economici che intendono partecipare alla procedura;
- la stazione appaltante non è tenuta alla richiesta del CIG per lotti di servizi e forniture di importo inferiore a 20.000,00 euro e per lotti di lavori di importo inferiore a 40.000,00 euro;
- la stazione appaltante è tenuta a riportare i CIG e, per tutte le procedure attivate a far data dal 1 maggio 2010, a richiamare le istruzioni operative nell'avviso pubblico, nella lettera di invito o nella richiesta di offerta comunque denominata;
- con cadenza quadrimestrale l'Autorità renderà disponibile, in apposita area riservata del "Servizio di Riscossione", un bollettino MAV (pagamento mediante avviso) intestato alla stazione appaltante ovvero, ove richiesto, al singolo centro di costo, per un importo pari alla somma dei valori dei contributi dovuti per ciascun "Numero gara" assegnato dal sistema SIMOG nel quadrimestre di riferimento;
- non concorreranno alla determinazione del valore del contributo le procedure con im-

porto complessivo a base di gara inferiore a 150.000,00 euro; l'importo a base di gara, da considerare ai fini della individuazione delle soglie di contribuzione, deve intendersi comprensivo degli oneri di sicurezza e al netto dell'I.V.A.

Per le procedure di scelta del contraente, per contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, suddivise in più lotti, le stazioni appaltanti sono tenute a corrispondere la contribuzione secondo l'importo totale posto a base di gara; gli operatori economici che partecipano a uno o più lotti devono versare la contribuzione per ogni singolo lotto in ragione del relativo importo.

Il mancato pagamento della contribuzione da parte delle stazioni appaltanti o degli organismi di attestazione (SOA) comporta l'avvio della procedura di riscossione coattiva; in caso di versamenti di contribuzioni non dovute ovvero in misura superiore a quella dovuta, è possibile presentare all'AVCP un'istanza motivata di rimborso corredata da idonea documentazione giustificativa.



La prima emissione del MAV è prevista entro il 15 settembre 2010 e riguarderà tutte le gare attivate nel periodo 1° maggio 2010 - 31 agosto 2010. La stazione appaltante è tenuta al versamento del contributo entro la scadenza indicata nel bollettino MAV.

Il pagamento della contribuzione potrà avvenire con le modalità già in uso presso la stazione appaltante per il pagamento mediante avviso e comunque presso ogni sportello bancario o postale.

L'AVCP rimanda all'emanando manuale del "Servizio di Riscossione" per le modalità di iscrizione, stampa del bollettino MAV e verifica dei pagamenti effettuati.

Per eseguire il pagamento sarà quindi necessario iscriversi on line, anche per i soggetti già iscritti al vecchio servizio, al nuovo "Servizio di Riscossione" raggiungibile all'indirizzo <http://contributi.avcp.it> a partire dal 1 maggio 2010.

Per tutte le procedure avviate prima del 1 maggio 2010, il pagamento del contributo da parte delle stazioni appaltanti potrà essere eseguito esclusivamente mediante versamento su un apposito conto corrente postale secondo le istruzioni fornite dall'AVCP sul proprio sito Internet.

3. Gli inviti a presentare offerte

3.1. Definizione

Nelle procedure ristrette, nel dialogo competitivo, nelle procedure negoziate con pubblicazione del bando di gara, l'invito a presentare offerte, o lettera di invito, è quell'atto mediante il quale le stazioni appaltanti invitano i soggetti che ne hanno fatto richiesta a presentare le offerte. Tali soggetti dovranno peraltro aver superato la fase di prequalificazione, ossia essere risultati in possesso dei requisiti di partecipazione previsti nel bando di gara.

Nelle procedure negoziate senza pubblicazione del bando di gara l'invito a presentare offerte, o lettera di invito, è quell'atto mediante il quale la stazione appaltante rende nota l'intenzione di aggiudicare un appalto pubblico e fissa l'insieme delle prescrizioni e delle regole per la partecipazione e lo svolgimento della fase di negoziazione.

3.2. Contenuto

L'art. 67, comma 2, del Codice prevede che nelle procedure ristrette, nel dialogo competitivo, nelle procedure negoziate con pubblicazione del bando di gara, l'invito a presentare le offerte, a negoziare, a partecipare al dialogo competitivo debba contenere:

- gli elementi specificamente previsti da norme del Codice;
- gli elementi ritenuti utili dalle stazioni appal-

tanti;

- quantomeno i seguenti elementi espressamente indicati nella norma in questione:
 - a) gli estremi del bando di gara pubblicato;
 - b) il termine per la ricezione delle offerte, l'indirizzo al quale esse devono essere trasmesse e la lingua o le lingue, diverse da quella italiana, in cui possono essere redatte, fermo restando l'obbligo di redazione in lingua italiana e il rispetto delle norme sul bilinguismo nella Provincia autonoma di Bolzano;
 - c) in caso di dialogo competitivo, la data stabilita e l'indirizzo per l'inizio della fase di consultazione, nonché le lingue obbligatorie e facoltative, con le modalità di cui alla precedente lettera b);
 - d) l'indicazione dei documenti eventualmente da allegare a sostegno delle dichiarazioni verificabili prescritte dal bando o dall'invito, e secondo le stesse modalità stabilite dagli articoli 39, 40, 41 e 42, relativi ai requisiti di partecipazione;
 - e) i criteri di selezione dell'offerta, se non figurano nel bando di gara;
 - f) in caso di offerta economicamente più vantaggiosa, la ponderazione relativa degli elementi oppure l'ordine decrescente di importanza, se non figurano già nel bando di gara, nel capitolato d'oneri o nel documento descrittivo.

Con riferimento al dialogo competitivo va ricordato che la stazione appaltante dovrà predisporre due distinti inviti: il primo è quello con cui, nella prima fase della procedura, invita a partecipare al dialogo i soggetti che ne hanno fatto richiesta; il secondo è quello con cui, nella fase di gara successiva alla conclusione del dialogo, invita ciascun soggetto che ha partecipato al dialogo a presentare la propria offerta.

La norma contenuta nell'art. 67, comma 3, del Codice precisa ovviamente che il termine per la ricezione delle offerte, l'indirizzo al quale esse devono essere trasmesse e la lingua o le lingue, diverse da quella italiana, in cui possono essere redatte, non sono indicati nell'invito a partecipare al dialogo, bensì nell'invito a presentare l'offerta.

L'art. 67 del Codice non individua espressamente il contenuto minimo della lettera di invito nelle procedure negoziate senza pubblicazione del bando di gara. Tale contenuto può, peraltro, ricavarsi da quanto disposto nell'art. 57, comma 6, del Codice, ove è previsto che la stazione appaltante invita gli operatori economici selezionati a presentare le offerte oggetto della negoziazione, con lettera contenente gli elementi essenziali della prestazione richiesta. La medesima disposizione prevede altresì che la stazione appaltante scelga l'operatore economico previa verifica del possesso dei requisiti di qualificazione. Dalle suddette norme discende dunque che la lettera di invito alla procedura negoziata senza pubblicazione del bando di gara dovrà almeno contenere, quali elementi minimi, gli elementi essenziali della prestazione richiesta, il criterio di scelta dell'operatore economico, l'indicazione dei requisiti di qualificazione previsti, nonché l'indicazione dei termini e delle modalità per la presentazione delle offerte.

3.3. Modalità di invito

L'art. 67, comma 1, del Codice richiede che le stazioni appaltanti procedano ad invitare i candidati selezionati a presentare le rispettive offerte o a negoziare o, in caso di dialogo competitivo, a partecipare al dialogo simultaneamente e per iscritto. Tale norma ha l'evidente scopo di garantire i principi di parità di trattamento tra concorrenti e di trasparenza ed evi-

tare ad esempio che alcuni offerenti possano essere avvantaggiati dall'aver maggior tempo a disposizione per formulare l'offerta nel caso in cui le lettere di invito siano spedite in tempi diversi. Resta fermo che la stazione appaltante si comporterà correttamente qualora provveda a spedire simultaneamente le lettere di invito, a prescindere dunque da quando le stesse raggiungano i destinatari in tempi diversi.

4. Condizioni particolari di esecuzione del contratto prescritte nel bando o nell'invito

L'art. 69, comma 1, del Codice prevede che le stazioni appaltanti possano esigere condizioni particolari per l'esecuzione del contratto, purché:

- siano compatibili con il diritto comunitario;
- siano compatibili, tra l'altro, con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità;
- siano precisate nel bando di gara o nell'invito in caso di procedure senza bando o nel capitolato.

La norma in questione, pur riferendosi espressamente alla sola fase di esecuzione del contratto, si colloca nel contesto di quelle disposizioni del Codice volte a privilegiare la tutela di particolari esigenze, quali, ad esempio, quelle sociali o ambientali richiamate specificatamente ed a titolo esemplificativo al comma 2 della norma in esame, anche a discapito dell'aspetto prettamente economico dell'appalto.

La facoltà di previsione negli atti di gara di tali condizioni è, peraltro, subordinata al rispetto innanzitutto del diritto comunitario, dei principi che regolano le procedure ad evidenza pubblica ed in particolare dei richiamati principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, corollari del principio di tutela della concorrenza.

L'art. 69, comma 3, prevede che quando la stazione appaltante stabilisce tali condizioni particolari può comunicarle all'AVCP, che si pronuncia, entro trenta giorni, sulla compatibilità delle stesse con il diritto comunitario. La medesima norma prevede, altresì, che decorso tale termine, il bando può essere pubblicato e gli inviti possono essere spediti. La comunicazione in questione si configura dunque quale facoltà e non quale obbligo in capo alle stazioni appaltanti ed il parere espresso dall'AVCP si deve ritenere avente natura non vincolante. È pur vero che, ove la stazione appaltante sceglie di determinarsi in modo difforme dal suddetto parere, deve adeguatamente motivare tale scelta.

La partecipazione alla gara

CAPITOLO
SECONDO

La partecipazione alla gara (Teresa Felicetti)

1. I soggetti ammessi

L'art. 34 del Codice individua i soggetti che sono ammessi a partecipare alle procedure per l'affidamento di contratti pubblici. Questi, salvo i limiti espressamente indicati, sono:

- a) gli imprenditori individuali, anche artigiani, le società commerciali, le società cooperative;
- b) i consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro costituiti a norma della legge 25 giugno 1909, n. 422 e del decreto legislativo del Capo provvisorio dello Stato 14 dicembre 1947, n. 1577, e successive modificazioni, e i consorzi tra imprese artigiane di cui alla legge 8 agosto 1985, n. 443;
- c) i consorzi stabili, costituiti anche in forma di società consortili ai sensi dell'art. 2615-ter del codice civile, tra imprenditori individuali, anche artigiani, società commerciali, società cooperative di produzione e lavoro;
- d) i raggruppamenti temporanei di concorrenti, costituiti dai soggetti di cui alle lettere a), b) e c);
- e) i consorzi ordinari di concorrenti di cui all'art. 2602 del codice civile, costituiti tra i soggetti di cui alle lettere a), b) e c), anche in forma di società ai sensi dell'art. 2615-ter del codice civile;
- f) i soggetti che abbiano stipulato il contratto di gruppo europeo di interesse economico (GEIE) ai sensi del decreto legislativo 23 luglio 1991, n. 240;
- f-bis) gli operatori economici, ai sensi dell'art. 3, comma 22, stabiliti in altri Stati membri, costituiti conformemente alla legislazione vigente nei rispettivi Paesi.

Tali categorie possono tutte ricomprendersi in quella più ampia di operatore economico, termine con cui, ai sensi dell'art. 3, comma 22, del Codice si definisce l'imprenditore, il fornitore e

il prestatore di servizi o un raggruppamento o consorzio di essi.



La nozione di operatore economico e la partecipazione alle gare delle Università

La Corte di Giustizia CE ha precisato in una recente decisione i confini e la portata della nozione di operatore economico. L'occasione è stata data da una controversia in merito alla legittimità della partecipazione delle Università o di loro consorzi alle procedure ad evidenza pubblica.

Nella pronuncia in esame il giudice comunitario muovendo dall'analisi dell'art. 1, comma 2, lett. a), e comma 8, della Direttiva 2004/18, ritiene che il legislatore comunitario non ha inteso restringere la nozione di operatore economico unicamente agli operatori che siano dotati di un'organizzazione d'impresa, né introdurre condizioni particolari atte a porre una limitazione all'accesso alle procedure di gara in base alla forma giuridica e all'organizzazione interna. Nella pronuncia in esame viene quindi evidenziato come sulla base della normativa e della giurisprudenza comunitaria è ammesso a presentare un'offerta qualsiasi soggetto o ente che, considerati i requisiti indicati in un bando di gara, si reputi idoneo a garantire l'esecuzione dell'appalto, in modo diretto oppure facendo ricorso al subappalto, a prescindere dal fatto che:

- sia un soggetto di diritto privato o di diritto pubblico;
- sia attivo sul mercato in modo sistematico oppure soltanto occasionale;
- sia sovvenzionato tramite fondi pubblici o meno.

Da ciò discende che le disposizioni della Direttiva 2004/18, che si riferiscono alla nozione di operatore economico, devono essere interpretate nel senso che consentono di partecipare ad un appalto pubblico a soggetti:

- che non perseguono un preminente scopo di lucro;
- che non dispongono della struttura organizzativa di un'impresa e non assicurano una presenza regolare sul mercato, quali le Università e gli istituti di ricerca nonché i raggruppamenti costituiti da università e amministrazioni pubbliche. (C. Giust. CE, Sez. IV, 23 dicembre 2009, n. 305).

In ogni caso la partecipazione delle Università e degli Istituti di ricerca, nonché delle amministrazioni pubbliche, è ammessa a condizione che l'oggetto del contratto sia coerente con i fini istituzionali che tali soggetti

sono tenuti a perseguire. Detto in altri termini, e con riferimento, ad esempio, alle Università, è certamente ammissibile la loro partecipazione ad una procedura di gara avente ad oggetto un appalto di servizi la cui esecuzione richiede prestazioni concernenti studi e ricerche ovvero attività di formazione.

Dopo la pronuncia della Corte di Giustizia e sulla base dell'orientamento del giudice amministrativo, nonché dell'AVCP, il quadro che emerge e che deve fungere da guida per la stazione appaltante è il seguente: allorché la stazione appaltante si imbatte nella domanda di partecipazione proveniente da un soggetto pubblico, singolarmente o in forma associata, dovrà in via preliminare verificare:

- se si tratta di un ente pubblico economico ovvero;
- di una pubblica amministrazione non avente tale natura.

Nel primo caso la partecipazione in via generale va consentita. Nel secondo caso la stazione appaltante dovrà verificare se l'oggetto dell'appalto comporti l'esecuzione di attività che rientrino nei fini istituzionali del soggetto pubblico sulla base delle previsioni di legge o dello Statuto.



La nozione di operatore economico e la partecipazione alle gare delle Fondazioni

Anche le fondazioni sono state riconosciute quali soggetti legittimati ad accedere ai contratti pubblici.

Alla luce della normativa nazionale e comunitaria (rispettivamente art. 3, punto 19, del Codice ed art. 1, comma 8, della Direttiva n. 2004/18/CE) di cui si è appena detto, non vi è ragione di escludere che le fondazioni, quali persone giuridiche, possano essere qualificate come operatori economici a condizione che l'attività dedotta nel contratto cui la gara si riferisce sia coerente e funzionale agli scopi statuari.

A sostegno di quanto affermato è stato, altresì, ritenuto che l'elencazione dell'art. 34 non sia tassativa e che tale conclusione trovi conforto nelle norme del Codice che definiscono la figura dell'imprenditore o fornitore o prestatore di servizi nell'ambito degli appalti pubblici (art. 3, commi 19 e 20) e nelle disposizioni comunitarie che indicano quale soggetto abilitato a partecipare alle gare pubbliche l'operatore economico che offre sul mercato lavori, prodotti o servizi, secondo un principio di libertà di forme (persone fisiche o persone giuridiche).

Sulla base di quanto detto ed al fine di facilitare il *modus operandi* della stazione appaltante rispetto al problema dei soggetti legittimati a partecipare ad una gara è utile, per riassumere, ricordare che:

- a) i soggetti imprenditoriali, ossia quelli che svolgono un'attività di impresa, per il tramite di un'organizzazione stabile a ciò deputata, possono sicuramente partecipare alle gare;
- b) i soggetti che non rientrano nella nozione ristretta di impresa come indicata al punto a), possono partecipare alle gare se qualificabili come operatori economici;
- c) sono da considerare tali quei soggetti che, indipendentemente dalla natura pubblica o privata e indipendentemente dall'ulteriore circostanza del perseguimento o meno di scopi di lucro, possono offrire sulla base di disposizioni di legge o statutarie le attività e le prestazioni oggetto del contratto che la stazione appaltante intende affidare.

Come si può evincere da quanto detto in relazione alla disciplina dei contratti pubblici e segnatamente al problema della partecipazione, la nozione di operatore economico è più ampia di quella di imprenditore.



La partecipazione delle imprese straniere

La stazione appaltante è tenuta all'ammissione alle gare di forniture e servizi degli operatori economici stranieri, ai sensi dell'art. 47, comma 1, del Codice, stabiliti nei paesi:

- aderenti all'Unione Europea;
- che hanno aderito all'Accordo plurilaterale sugli Appalti Pubblici dell'Organizzazione del Commercio Internazionale (WTO). L'elenco dei Paesi è disponibile sul sito http://www.wto.org/french/tratop_f/gproc_f/memobs_f.htm e, in base all'Annesso 1 dell'Accordo, la Presidenza del Consiglio figura quale amministrazione

vincolata all'applicazione dello stesso, comunque per importi superiori alle soglie comunitarie, per tutti i contratti di forniture, per i contratti di servizi indicati nell'Annesso 4 (ed i contratti di lavori indicati nell'Annesso 5). Si veda anche l'Annesso relativo alle note ed alle deroghe generali dell'Accordo. Tutti i documenti sono consultabili sul sito http://www.wto.org/french/tratop_f/gproc_f/appendices_f.htm#appendixl;

- che hanno sottoscritto un accordo bilaterale con l'Italia o con l'Unione Europea per la partecipazione agli appalti.

Si evidenzia che il Codice presuppone un legame tra l'operatore economico ed il Paese di appartenenza con riferimento alla sede legale del soggetto partecipante alla gara.

Gli operatori economici, ai fini dei requisiti di partecipazione, siano essi soggettivi, economici o tecnici, si qualificano attraverso la documentazione equivalente in vigore presso i Paesi di appartenenza e, qualora nessun documento o certificato è rilasciato dai suddetti Paesi, costituisce prova sufficiente una dichiarazione giurata, ovvero, negli Stati in cui non esiste siffatta dichiarazione, una dichiarazione resa dall'interessato innanzi ad un'autorità giudiziaria o amministrativa competente, a un notaio o a un organismo professionale qualificato a riceverla (art. 47, comma 2.).

La stazione appaltante deve, pertanto, nel bando di gara o nella documentazione ufficiale, prevedere:

- i casi in cui l'appalto è soggetto all'applicazione dell'Accordo sugli Appalti Pubblici, evidenziandolo nell'apposito spazio previsto nel formulario on-line dell'Unione Europea;
- che gli operatori economici stranieri, diversi da quelli appartenenti all'U.E., forniscano informazioni circa la legittimazione a partecipare alla gara (sottoscrittore Accordo Appalti Pubblici, accordo bilaterale, ecc.);
- la documentazione da produrre per la qualificazione alla gara, la quale deve essere resa mediante certificati o attestazioni rilasciati dalla competente autorità dello Stato estero, corredati di traduzione in lingua italiana autenticata dall'Autorità consolare italiana, che ne attesta la conformità all'originale, in tutti i casi in cui, ai sensi dell'art. 3 del D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445 non è possibile l'utilizzo delle autocertificazioni.

1.1. La partecipazione dei concorrenti che si trovano fra di loro in situazioni di controllo

L'art. 3, commi 1, 2 e 3, del D.L. 25 settembre

2009, n. 135, convertito dalla legge 20 novembre 2009, n. 166:

- da una parte ha abrogato la disposizione contenuta nell'art. 34, comma 2, che stabiliva che "non possono partecipare alla medesima gara concorrenti che si trovino fra di loro in una delle situazioni di controllo di cui all'art. 2359 del codice civile. Le stazioni appaltanti escludono altresì dalla gara i concorrenti per i quali accertano che le relative offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale, sulla base di univoci elementi";
- dall'altra ha inserito all'art. 38, comma 1, del Codice, la lett. m-quater), ove è prevista l'esclusione dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti pubblici per i soggetti "che si trovino, rispetto ad un altro partecipante alla medesima procedura di affidamento, in una situazione di controllo di cui all'art. 2359 del codice civile o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, se la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale".

Dunque la differenza tra la pregressa normativa e quella attuale risiede nel fatto che:

- in passato si distingueva tra le situazioni formali di controllo tra due soggetti, che costituivano automatica causa di esclusione dalla gara, e le situazioni sostanziali di controllo o collegamento, che costituivano causa di esclusione solo in presenza di offerte imputabili ad un unico centro decisionale;
- oggi le situazioni formali di controllo tra due soggetti, di cui all'art. 2359 del codice civile, non rappresentano più causa automatica di esclusione, atteso che sia in caso di una situazione formale di controllo ex art. 2359 sia in caso di una situazione sostanziale di controllo, anche di fatto, l'esclusione può aver

luogo solo se le offerte siano riconducibili ad un unico centro decisionale.

Fermo restando la necessità che ad ogni gara ciascun soggetto partecipi con una sola offerta, di modo che tutti i concorrenti abbiano la stessa *chance* di aggiudicazione, in ossequio al principio di *par condicio*, la nuova disciplina è stata introdotta a seguito di una pronuncia del giudice europeo. La Corte di Giustizia europea ha infatti affermato che:

- il diritto comunitario deve essere interpretato nel senso che esso non osta a che uno Stato membro, in aggiunta alle cause di esclusione contemplate dalla disciplina comunitaria, preveda ulteriori cause di esclusione finalizzate a garantire il rispetto dei principi di parità di trattamento e di trasparenza, a condizione che tali misure non eccedano quanto necessario per conseguire la suddetta finalità;
- il diritto comunitario osta ad una disposizione nazionale che, pur perseguendo gli obiettivi legittimi di parità di trattamento degli offerenti e di trasparenza nell'ambito delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, stabilisca un divieto assoluto, a carico di imprese tra le quali sussista un rapporto di controllo o che siano tra loro collegate, di partecipare in modo simultaneo e concorrente ad una medesima gara d'appalto, senza lasciare loro la possibilità di dimostrare che il rapporto suddetto non ha influito sul loro rispettivo comportamento nell'ambito di tale gara (C. Giust. CE, Sez. IV, 19 maggio 2009, C-538/07).

In buona sostanza la stazione appaltante è tenuta ad evitare situazioni distorsive del confronto concorrenziale escludendo dalla gara offerte che, in quanto provenienti da imprese tra di loro collegate, risultino presumibilmente frutto di accordi tesi ad influenzarne il risulta-

to. Tuttavia l'esclusione non può operare automaticamente in presenza di una situazione di collegamento, formale o sostanziale, ma deve discendere dall'apertura e conclusione di un sub procedimento in contraddittorio con le imprese interessate, volto a verificare se tali imprese si siano reciprocamente condizionate nella formulazione delle offerte e nel rispettivo comportamento tenuto in gara, con conseguente accertamento che entrambe le offerte siano riconducibili ad un unico centro decisionale (Cons. St., Sez. VI, 25 gennaio 2010, n. 247).

2. I soggetti plurimi

Come si evince dall'elencazione dell'art. 34 del Codice, la disciplina positiva in materia di appalti pubblici consente la partecipazione alle gare a soggetti cosiddetti plurimi, ossia soggetti che risultano costituiti da più soggetti individuali. Lo scopo delle disposizioni che fissano tale possibilità è evidentemente quello di garantire la partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica anche a quegli operatori economici che singolarmente non avrebbero i requisiti di partecipazione imposti dalle norme o richiesti dalla stazione appaltante.

Particolare attenzione merita quindi la disciplina relativa alla partecipazione dei seguenti soggetti plurimi:

- i raggruppamenti temporanei di concorrenti;
- i consorzi ordinari di concorrenti di cui all'art. 2602 del codice civile, costituiti anche in forma di società ai sensi dell'art. 2615-ter c.c.
- i consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro o tra imprese artigiane;
- i consorzi stabili costituiti anche in forma di società consortili ai sensi dell'art. 2615-ter c.c.;

Nei raggruppamenti temporanei l'aggregazione tra soggetti è immediatamente finalizzata

alla partecipazione ad una procedura di gara e viene di conseguenza meno in caso di mancata aggiudicazione dell'appalto ovvero al termine dell'esecuzione del contratto. I consorzi invece si caratterizzano per una maggiore stabilità, sia dal punto di vista dell'organizzazione sia da quello delle attività di cui all'oggetto sociale.



In sede di precontenzioso è stata sottoposta all'AVCP la questione relativa alla possibilità che un consorzio ordinario ex art. 2602 c.c. possa partecipare in raggruppamento temporaneo di imprese con una società ad una gara di appalto per l'affidamento di contratti pubblici, sebbene l'art. 34, comma 1, lettera d) del Codice menzioni tale possibilità solo per i raggruppamenti temporanei di imprenditori individuali o di società (lettera a), di consorzi cooperativi o artigiani (lettera b) e di consorzi stabili (lettera c).

In merito l'AVCP ha ritenuto che l'art. 34 debba essere interpretato nel senso che l'elenco ivi contenuto non ha carattere tassativo e che non è preclusa la partecipazione ad una gara d'appalto di un raggruppamento temporaneo di imprese composto da un consorzio ordinario e da una società, con conseguente non conformità del provvedimento di esclusione disposto dalla commissione di gara alla normativa e alla giurisprudenza nazionale e comunitaria di settore (Parere di precontenzioso, 11 marzo 2010, n. 48).

2.1. I raggruppamenti temporanei (o associazioni temporanee) di concorrenti

2.1.1. DEFINIZIONE

I raggruppamenti temporanei (o associazioni temporanee) di concorrenti sono costituiti, ai sensi dell'art. 34, comma 1, lett. d), dai soggetti di cui alle lettere a), b) e c) del medesimo articolo (ovvero imprenditori individuali, società commerciali, società cooperative, consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro, consorzi

tra imprese artigiane, consorzi stabili).

Il carattere temporaneo dei raggruppamenti è dovuto al fatto che la loro costituzione è strettamente funzionale alla gara a cui i soggetti che promuovono i medesimi intendono di volta in volta partecipare.

La disciplina dei raggruppamenti temporanei di concorrenti è dettata nell'art. 37 del Codice.

2.1.2. IL MANDATO COLLETTIVO

I soggetti componenti il raggruppamento, prima della presentazione dell'offerta, conferiscono, con unico atto, mandato collettivo speciale con rappresentanza ad uno di essi. Il soggetto a cui viene conferito mandato assume il ruolo di mandatario e formula l'offerta in nome e per conto proprio e degli altri soggetti che assumono il ruolo di mandanti.

Il Codice, all'art. 37, comma 15, prevede espressamente che:

- il mandato deve risultare da scrittura privata autenticata;
- la relativa procura è conferita al legale rappresentante dell'operatore economico mandatario;
- il mandato è gratuito e irrevocabile e la sua revoca per giusta causa non ha effetto nei confronti della stazione appaltante.

Al mandatario spetta la rappresentanza esclusiva dei mandanti nei confronti della stazione appaltante per tutte le operazioni e gli atti di qualsiasi natura dipendenti dall'appalto, anche dopo il collaudo, o atto equivalente, fino alla estinzione di ogni rapporto.

Peraltro, ai sensi dell'art. 37, comma 17, il rapporto di mandato non determina di per sé organizzazione o associazione degli operatori economici riuniti, ognuno dei quali conserva la propria autonomia ai fini della gestione, degli adempimenti fiscali e degli oneri sociali.



La legittimazione processuale delle mandanti

È stato sostenuto in giurisprudenza che la legittimazione ad impugnare gli atti di gara deve riconoscersi in capo all'impresa singola facente parte di una ATI, sia che il raggruppamento risulti già costituito al momento della presentazione dell'offerta, sia che questo debba costituirsi all'esito dell'aggiudicazione. Pur non mancando pronunce di diverso tenore (Cons. St., Sez. VI, 9 luglio 2004, n. 5032), la giurisprudenza maggioritaria afferma infatti che il raggruppamento di imprese non è un soggetto giuridico e nemmeno un centro di imputazione di atti e rapporti giuridici distinto ed autonomo rispetto alle imprese raggruppate, donde ciascuna impresa, già associata o ancora da associare, è titolare di un autonomo interesse legittimo a conseguire l'aggiudicazione.

Il conferimento del mandato speciale collettivo irrevocabile gratuito al concorrente capogruppo attribuisce al legale rappresentante di quest'ultimo la rappresentanza processuale nei confronti dell'amministrazione e dei terzi, ma non preclude o limita la facoltà dei singoli mandanti di agire in giudizio, mancando nella materia degli appalti un'espressa previsione in tal senso nella normativa comunitaria di riferimento ed in quella nazionale di recepimento (Cons. St., Sez. V, 16 giugno 2009, n. 3891).

2.1.3. I RAGGRUPPAMENTI VERTICALI, ORIZZONTALI E MISTI

I raggruppamenti temporanei di concorrenti si distinguono in raggruppamenti di tipo verticale, raggruppamenti di tipo orizzontale e raggruppamenti misti. Il Codice fornisce una definizione esclusivamente delle prime due tipologie. Ai sensi dell'art. 37, comma 2, infatti, negli appalti di forniture e servizi:

- il raggruppamento di tipo verticale si configura come un raggruppamento di concorrenti in cui il mandatario esegue le prestazioni di servizi o di forniture indicate come principali anche in termini economici, mentre i mandanti eseguono quelle indicate come secondarie;
- il raggruppamento di tipo orizzontale si configura come un raggruppamento di concorrenti

in cui gli operatori economici eseguono il medesimo tipo di prestazione.

È possibile peraltro che taluni raggruppamenti si presentino come misti. In tale caso all'interno di un raggruppamento verticale (dove vi è quindi una suddivisione per tipologia di prestazioni da svolgere), una o più delle prestazioni (principale o secondaria) viene svolta congiuntamente da più soggetti che formano quello che nella pratica viene denominato sub-raggruppamento di tipo orizzontale (dove vi è suddivisione quantitativa della stessa tipologia di prestazioni da svolgere).



Nell'art. 37, comma 2, è previsto espressamente che le stazioni appaltanti indicano nel bando di gara la prestazione principale e quella secondaria.

Va altresì evidenziato che per gli appalti di servizi e forniture, ai sensi dell'art. 275, comma 2, del Regolamento di attuazione, la mandataria in ogni caso deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni oggetto dell'appalto in misura maggioritaria.

Sulla base di quanto detto è opportuno precisare che qualora la stazione appaltante si trovi in presenza di un'offerta presentata da un raggruppamento di tipo misto essa dovrà applicare la disciplina dettata per il modello associativo e verificare che in ogni caso la capogruppo mandataria esegua la prestazione principale.

2.1.4. PARTECIPAZIONE ALLA GARA

Il Codice fissa all'art. 37 la disciplina di partecipazione alla gara per i raggruppamenti temporanei. È opportuno anticipare sin da ora che tale disciplina si applica anche ai consorzi ordinari di cui si dirà nel prosieguo.

In particolare, al comma 7, sono previsti dei divieti espressi:

- è fatto divieto ai concorrenti di partecipare alla gara in più di un raggruppamento temporaneo (o consorzio ordinario) di concorrenti;
- è fatto divieto ai concorrenti di partecipare alla gara anche in forma individuale qualora prendano parte alla medesima in raggruppamento (o consorzio ordinario) di concorrenti.

I raggruppamenti temporanei (e i consorzi ordinari) possono presentare offerte anche se non ancora costituiti. In tal caso, ai sensi dell'art. 37, comma 8, l'offerta:

- deve essere sottoscritta da tutti gli operatori economici che costituiranno i raggruppamenti temporanei (o i consorzi ordinari) di concorrenti;
- deve contenere l'impegno che, in caso di aggiudicazione della gara, gli stessi operatori conferiranno mandato collettivo speciale con rappresentanza ad uno di essi, da indicare in sede di offerta (mandatario), il quale stipulerà il contratto in nome e per conto proprio e dei mandanti.

Va infine evidenziato che, ai sensi dell'art. 37, comma 12, in caso di procedure ristrette o negoziate, ovvero di dialogo competitivo, l'operatore economico invitato individualmente, o il candidato ammesso individualmente nella procedura di dialogo competitivo, ha la facoltà di presentare offerta o di trattare per sé o quale mandatario di operatori riuniti.

2.1.5. REQUISITI DI PARTECIPAZIONE ED ESECUZIONE DELL'APPALTO

La possibilità di partecipazione alle procedure di gara per i raggruppamenti temporanei di concorrenti (come pure per gli altri soggetti plurimi) ha posto una serie di questioni riguardanti, per un verso, il possesso dei requisiti di partecipazione alle gare e, per altro verso, la ripartizione delle attività legate all'esecuzione del contratto.

2.1.5.1. *Partecipazione al raggruppamento e possesso dei requisiti di partecipazione alle gare*

Con riferimento agli appalti di servizi e forniture, in merito alla questione del possesso dei requisiti in capo ai partecipanti al raggruppamento, è necessario operare una prima distinzione tra i requisiti di ordine generale (di cui si dirà in seguito) e quelli di capacità economica-finanziaria e tecnico-professionale (questi ultimi nella pratica sono indicati come requisiti speciali).

Come ritenuto pacificamente dalla giurisprudenza, infatti, i primi devono essere sempre posseduti da ciascuna delle imprese partecipanti al raggruppamento (Cons. St., Sez. V, 18 ottobre 2001, n. 5517).

Ciò significa, in definitiva, che la stazione appaltante sarà tenuta ad escludere il raggruppamento ove riscontri la mancanza di uno dei requisiti di ordine generale in capo ad uno solo dei soggetti che lo compongono, ancorché tutti gli altri ne siano in possesso.

Per quanto riguarda i requisiti di carattere speciale, vige in via generale la regola della cumulabilità dei medesimi. Ciò al fine di consentire a soggetti, che singolarmente non posseggono tali requisiti nella misura chiesta dalla stazione appaltante, di partecipare comunque alla procedura di gara raggruppandosi.

Quanto sopra vale, come detto, in via generale. Nell'ambito dei requisiti speciali infatti ve ne sono alcuni che non sono cumulabili. Sono considerati tali quelli che pur avendo natura tecnica, riguardano profili soggettivi e cioè strettamente connessi allo *status* del soggetto che ne è in possesso. Ad esempio, ove la stazione appaltante richieda una certificazione di qualità in quanto ha interesse a che la prestazione sia resa secondo determinati *standard*, quest'ultimo requisito non può essere cumulato. Se lo

fosse, infatti, risulterebbe vanificato l'interesse pubblico perseguito in quanto per una parte della prestazione, quella svolta dal soggetto raggruppato non in possesso della certificazione di qualità, non sarebbe garantito lo standard richiesto (TAR Lazio, Roma, Sez. III, 20 aprile 2004, n. 3406; TAR Lazio, Roma, Sez. III, 13 maggio 2008, n. 4064).

Il Regolamento, all'art. 275, comma 2, stabilisce che, relativamente ai raggruppamenti temporanei di imprese (come pure ai consorzi ordinari e ai GEIE), il bando individui i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi necessari per partecipare alla procedura di gara nonché le eventuali misure in cui gli stessi devono essere posseduti dai singoli concorrenti partecipanti, fermo restando che la mandataria deve in ogni caso possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria.



Il ricorso al RTI e la tutela della concorrenza

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM), nell'ambito dei compiti ad essa espressamente assegnati dagli artt. 21 e 22 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, ha avuto occasione di pronunciarsi in ordine all'utilizzo corretto, sotto il profilo concorrenziale, del Raggruppamento Temporaneo d'Impresa.

In proposito, l'Autorità ha evidenziato come il RTI, proprio in quanto strumento di collaborazione tra le imprese, possa facilmente prestarsi ad un uso restrittivo della concorrenza, attuale o potenziale, tra le imprese stesse, esito certamente non desiderato dall'amministrazione appaltante, né tanto meno voluto dal legislatore comunitario e nazionale, stante la valenza di principio fondamentale che la tutela della concorrenza ha sia nel Trattato CE, sia nella nostra Costituzione. Si è osservato al riguardo che, secondo la consolidata giurisprudenza amministrativa e civile relativa al RTI, la ratio fondamentale dell'istituto è da individuarsi nella sua capacità di ampliare il novero dei partecipanti, abbattendo le barriere costituite dai requisiti dimensionali e tecnico-finanziari di volta in volta fissati

dalle stazioni appaltanti. Questa ratio esalta le potenzialità del RTI quale strumento idoneo ad accentuare il confronto concorrenziale in gara, consentendo alla Pubblica Amministrazione di selezionare l'offerta migliore, in termini economici e tecnici, tra quelle presentate da una platea più ampia di imprese.

Appare dunque legittimo per l'AGCM che le stazioni appaltanti, pur nel silenzio della legge, limitino la possibilità di associarsi in RTI da parte di due o più imprese che singolarmente sarebbero in grado di soddisfare i requisiti finanziari e tecnici per poter partecipare alla gara (AGCM, AS251 del 30 gennaio 2003; AGCM, AS387 del 18 aprile 2007; AGCM, AS415 del 19 luglio 2007).

Di recente l'AGCM a proposito di una gara bandita per l'affidamento dei servizi di raccolta, trattamento e smaltimento rifiuti ha avuto modo di evidenziare che:

- la discrezionalità delle stazioni appaltanti nella definizione della c.d. *lex specialis* delle procedure di gara e nelle conseguenti attività gestionali di tali procedure in concreto deve essere sempre indirizzata alla limitazione di una dialettica collaborativa non necessitata tra le imprese partecipanti alla gara, in quanto quest'ultima ha come ovvia conseguenza l'abbassamento del confronto concorrenziale in termini di offerte presentate;
- consentire la partecipazione di raggruppamenti temporanei di imprese costituitisi successivamente alla chiusura dei termini per la manifestazione di interesse a partecipare alla gara può avere come immediato effetto il venir meno del confronto concorrenziale tra i soggetti originariamente interessati a partecipare individualmente;
- la partecipazione di raggruppamenti temporanei d'impresa – i quali rappresentano di per sé una figura giuridicamente neutra e anzi prevista dall'ordinamento in chiave pro-concorrenziale, in quanto funzionale a consentire la partecipazione aggregata a imprese che individualmente non avrebbero avuto titolo a prendere parte al confronto di gara – deve sempre essere attentamente valutata al fine di evitare che essa costituisca lo strumento facilitante condotte distorsive della concorrenza nell'ambito di procedure ad evidenza pubblica. (AGCM, AS442 del 17 gennaio 2008).

2.1.5.2. Requisiti di partecipazione posseduti dai componenti del raggruppamento, quota di partecipazione al raggruppamento e quota di esecuzione della prestazione

Con riguardo ai raggruppamenti temporanei di imprese, nell'ambito degli affidamenti di appalti

di servizi e forniture, si sono poste diverse problematiche.

In primo luogo è necessario sottolineare come nessun dubbio vi sia in ordine alla necessità della corrispondenza tra quota di partecipazione al raggruppamento e quota di esecuzione delle prestazioni oggetto dell'appalto al momento della stipula del contratto, atteso che, ai sensi dell'art. 37, comma 13, i concorrenti riuniti in raggruppamento temporaneo devono eseguire le prestazioni nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento medesimo.

Tanto detto, resta da capire se le suddette indicazioni (quota di partecipazione e quota di esecuzione) debbano essere fornite già in sede di formulazione dell'offerta. Al riguardo viene in rilievo l'art. 37, comma 4, il quale, con riferimento alle forniture ed ai servizi, dispone che nell'offerta devono essere specificate le parti del servizio o della fornitura che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti in raggruppamento (o consorziati).

In proposito la posizione di una parte della giurisprudenza e dell'AVCP è quella di ritenere che l'art. 37, comma 4, trovi applicazione soltanto con riferimento ai raggruppamenti di tipo verticale (Parere di precontenzioso 25 marzo 2010, n. 57, ove sono richiamati: parere dell'AVCP 26 febbraio 2009, n. 28; Cons. St., Sez. VI, 4 maggio 2009 n. 2783; Cons. St., Sez. V, 26 novembre 2008, n. 5849; Cons. St., Sez. V, 28 marzo 2007, n. 1440; TAR Lazio, Roma, Sez. III-ter 25 agosto 2006, n. 7524).

Dall'assunzione di tale posizione discende, per i raggruppamenti di tipo orizzontale, che:

a) non è necessario specificare nell'offerta le parti del servizio o della fornitura che ciascun componente dovrà eseguire e conseguentemente la quota di partecipazione;

b) la mancata specificazione non è motivo di esclusione.

A fronte dell'orientamento della richiamata giurisprudenza e dell'AVCP, vi è un orientamento di tenore opposto. Quest'ultimo sostiene che *"la ratio dell'obbligo di indicare ... le parti del servizio, che saranno eseguite dalle singole imprese, consiste nell'intento di assicurare alle amministrazioni aggiudicatrici la conoscenza preventiva del soggetto che in concreto eseguirà il servizio non solo per consentire una maggiore speditezza nella fase di esecuzione del contratto, essendo individuato il responsabile della prestazione delle singole parti dell'appalto, ma anche, trattandosi di un regime di gara, al quale non si applica il rigoroso sistema di qualificazione previsto per l'affidamento dei lavori pubblici, per effettuare la previa verifica sulla competenza tecnica dell'esecutore sia in relazione alla documentazione di gara che in esito ad attività istruttorie del responsabile del procedimento"*. Prosegue poi il giudice amministrativo affermando che *"inoltre, è presente nella norma l'intento di evitare che le imprese si avvalgano del raggruppamento non per unire le rispettive disponibilità tecniche e finanziarie, ma per aggirare, le norme d'ammissione stabilite dal bando di gara e consentire così la partecipazione di imprese non qualificate, con effetti negativi sull'interesse pubblico che il servizio è destinato a soddisfare e che non sempre è ristorabile mercè la garanzia patrimoniale derivante dalla responsabilità solidale delle imprese riunite"* (Cons. St., Sez. V, 28 agosto 2009, n. 5098; in termini Cons. St., Sez. V, 19 febbraio 2003, n. 917; Cons. St., Sez. V, 19 gennaio 1998, n. 84).

Sulla base dei diversi orientamenti giurisprudenziali non è certo facile per la stazione appaltante individuare quali siano le corrette determinazioni da assumere, allorché si presenti

il caso dell'offerta proveniente dall'ATI orizzontale che non contenga alcuna specificazione delle parti del servizio e della fornitura.

In proposito valgono le seguenti considerazioni:

- a) il primo orientamento esaminato, quello cioè che limita l'applicabilità dell'art. 37, comma 4, alle sole ATI verticali, si basa principalmente su un'interpretazione letterale della norma in questione. Dal momento che quest'ultima fa riferimento alle parti, si ritiene che tale riferimento abbia un senso soltanto in relazione ad un servizio ovvero ad una fornitura che si componga di tipologie di attività diverse (di cui una principale e l'altra o le altre accessorie). A sostegno di tale tesi viene dedotta anche la circostanza che la responsabilità dell'ATI orizzontale è solidale e coinvolge tutti i soggetti che vi aderiscono, donde la stazione appaltante non riceverebbe nocumento alcuno proprio in ragione del regime della responsabilità.
- b) Il secondo orientamento esaminato, quello che predica l'applicabilità dell'art. 37, comma 4, anche alle ATI orizzontali, si basa su un'interpretazione di tipo teleologico della norma in questione. Esso infatti individua la *ratio* della medesima nella garanzia che la stazione appaltante possa controllare *ex ante* la capacità dei singoli partecipanti a svolgere la quota percentuale del servizio o della fornitura che ciascuno si assumerà in caso di aggiudicazione.

La valutazione dei due orientamenti deve essere fatta utilizzando un triplice criterio:

- 1) quello basato sulle conseguenze che ciascuna delle due posizioni produce;
- 2) quello basato sulla verifica incrociata delle due posizioni onde accertare se ve ne sia almeno una che si ponga in accordo tanto

con il criterio letterale quanto con il criterio teleologico;

- 3) quello basato sull'incidenza di ciascuna posizione sulla garanzia di cura dell'interesse pubblico primario perseguito dalla stazione appaltante.

In proposito, con riferimento al punto 1), si deve osservare che soltanto l'adesione al secondo orientamento evita che si possa determinare al momento della stipula del contratto la seguente situazione: uno dei soggetti partecipanti all'ATI orizzontale svolgerà in termini quantitativi una parte del servizio o della fornitura di gran lunga superiore alle proprie capacità tecniche ed organizzative (si pensi all'ipotesi in cui il 90% della prestazione venga resa da chi ha un fatturato nel triennio la cui somma è di gran lunga inferiore a quella corrispondente al 90% dell'importo dell'appalto).

Con riferimento al punto 2) si deve osservare che, mentre l'interpretazione letterale, fatta propria dal primo orientamento, è antitetica rispetto all'interpretazione teleologica e dunque non è in grado di risultare coerente rispetto ai due criteri, l'interpretazione teleologica, fatta propria dal secondo orientamento, non si pone in contrasto con l'utilizzo del criterio letterale, dal momento che il mero riferimento alle parti fatto nell'art. 37, comma 4, può certamente stare a significare riferimento alle parti in senso qualitativo, ma anche riferimento alle parti in senso quantitativo. D'altro canto anche nell'ipotesi di servizio o fornitura unico si possono individuare le parti o in senso percentuale o in senso reale (si pensi all'ipotesi di un servizio di pulizia che riguardi edifici distinti).

Con riferimento al punto 3), mentre sulla base del primo orientamento la garanzia dell'interesse pubblico viene affidata al profilo risarcitorio e dunque in presenza di una patologia che si è

già realizzata, viceversa sulla base del secondo orientamento la garanzia dell'interesse pubblico viene affidata ad un meccanismo di controllo *ex ante*, senza peraltro che si perda alcunché in termini di garanzia *ex post* in presenza di patologie nell'esecuzione del contratto. In definitiva il secondo orientamento risulta maggiormente in linea con i principi del sistema di diritto amministrativo in cui la regola generale è che le pubbliche amministrazioni agiscono per garantire in via preventiva l'interesse pubblico e non a lesione avvenuta.

Alla luce delle considerazioni esposte e per le ragioni dette, risulta preferibile aderire al secondo orientamento. In ogni caso, stante le oscillazioni giurisprudenziali di cui si è riferito, è consigliabile dal punto di vista operativo che la stazione appaltante specifichi nel bando che in caso di raggruppamento orizzontale ciascun componente deve, a pena di esclusione, indicare la quota percentuale o la parte del servizio o della fornitura che andrà a realizzare una volta avvenuta eventualmente l'aggiudicazione.

Infatti in ogni caso rientra nella discrezionalità della stazione appaltante poter chiedere comunque nella *lex specialis* di gara che vengano indicate le parti del servizio o della fornitura, che ciascun partecipante al raggruppamento dovrà svolgere (intese sia come distinte parti di prestazioni differenti nelle ATI verticali, sia come quote percentuali di un'unica tipologia di prestazione nelle ATI orizzontali).

Peraltro, come anticipato nel paragrafo precedente, il Regolamento, all'art. 275, comma 2, stabilisce espressamente che nel bando si possano individuare non solo i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi necessari per partecipare alla procedura di gara, ma pure le misure in cui gli stessi devono essere posseduti da ciascun partecipante al raggruppamen-

to (o consorzio), con ciò esigendo che vi sia correlazione tra la quota dei requisiti e la quota di esecuzione.



La regola della previa indicazione delle parti dell'appalto che saranno eseguite dai singoli operatori vale anche per le ATI costituenti, che sono dunque tenute anch'esse ad indicare, già nella fase di ammissione alla gara, le quote di partecipazione di ciascuna impresa al futuro raggruppamento, ai fini della verifica dei requisiti di qualificazione tecnico organizzativa secondo le relative percentuali e prima dell'aggiudicazione, essendo del resto evidente che una diversa soluzione porterebbe ad un diversificato ed ingiustificato trattamento tra le ATI già formalmente costituite e le ATI costituenti, che ne sarebbero esonerate, perché chiamate a dimostrare il possesso dei requisiti solo e se risultanti aggiudicatarie (TAR Lazio, Roma, Sez. III, 27 febbraio 2010, n. 3118).

2.1.6. RESPONSABILITÀ

In via generale, ai sensi dell'art. 37, comma 5, l'offerta dei concorrenti raggruppati (o consorziati) determina la responsabilità solidale dei concorrenti medesimi nei confronti della stazione appaltante, nonché nei confronti del subappaltatore e dei fornitori.

Tale regola, ai sensi del successivo comma, subisce un temperamento nel caso dei lavori, per gli assuntori di lavori scorporabili e, nel caso di servizi e forniture, per gli assuntori di prestazioni secondarie, ipotesi in cui la responsabilità è limitata all'esecuzione delle prestazioni di rispettiva competenza, ferma restando la responsabilità solidale del mandatario.

Ai sensi poi dell'art. 37, comma 16, la stazione appaltante, nonostante al mandatario spetti la rappresentanza esclusiva dei mandanti nei confronti della stazione appaltante per tutte le operazioni e gli atti di qualsiasi natura dipendenti dall'appalto, può tuttavia far valere

direttamente le responsabilità facenti capo ai mandanti.

2.2. I consorzi ordinari di concorrenti

2.2.1. DEFINIZIONE

Ai sensi dell'art. 34, comma 1, lett. e), sono definiti consorzi ordinari di concorrenti i consorzi di cui all'art. 2602 del codice civile - con i quali più imprenditori istituiscono un'organizzazione comune per la disciplina o per lo svolgimento di determinate fasi delle rispettive imprese - , costituiti tra i soggetti di cui alle lettere a), b) e c) del comma, anche in forma di società ai sensi dell'art. 2615-ter del codice civile.

2.2.2. DISCIPLINA

L'art. 34, comma 1, lett. e) del Codice prevede espressamente che ai consorzi ordinari di concorrenti si applichino le disposizioni contenute all'art. 37, ove sono disciplinati sia i consorzi ordinari di concorrenti, sia i raggruppamenti temporanei di imprese.

In considerazione del fatto quindi che le modalità e le regole per la partecipazione alle gare dei consorzi ordinari sono le medesime stabilite per i raggruppamenti temporanei di imprese si rinvia a quanto già detto nei par. 2.1. e seguenti.

2.3. I consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro ed i consorzi tra imprese artigiane

2.3.1. DEFINIZIONE

I consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro si configurano quali soggetti aventi personalità giuridica a cui storicamente è stata riconosciuta la possibilità di risultare affidatari di appalti pubblici. La medesima possibilità di riunirsi in consorzio per partecipare ad appalti

pubblici è stata riconosciuta ai consorzi fra imprese artigiane.

La disciplina di tali consorzi è contenuta nelle leggi di riferimento.

2.3.2. PARTECIPAZIONE ALLE GARE

Per quanto riguarda la partecipazione alle gare, va subito osservato come per tali tipi di consorzi (come pure per i consorzi stabili) è consentita la partecipazione congiunta alla medesima gara sia del consorzio sia dei singoli consorziati diversi da quelli per i quali il consorzio concorre alla gara.

A tale riguardo il Codice infatti all'art. 37, comma 7, dispone che:

- i consorzi tra società cooperative di produzione e lavoro ed i consorzi tra imprese artigiane sono tenuti ad indicare, in sede di offerta, per quali consorziati il consorzio concorre;
- tali consorziati non possono partecipare alla medesima gara in nessun'altra forma;
- la violazione dei predetti obblighi comporta l'esclusione dalla gara sia del consorzio sia del consorziato;
- in caso di inosservanza di tale divieto si applica l'art. 353 del codice penale.

2.3.3. DIMOSTRAZIONE DEL POSSESSO DEI REQUISITI DI PARTECIPAZIONE

Per quanto riguarda la dimostrazione del possesso dei requisiti, come per i raggruppamenti e per gli altri tipi di consorzi, è necessario operare una distinzione tra i requisiti di ordine generale e quelli di capacità economica-finanziaria e tecnico-professionale (così detti requisiti speciali).

Anche in questo caso i requisiti di ordine generale devono essere sempre posseduti da ciascuna delle imprese partecipanti al consorzio. Per quanto concerne i requisiti di capacità

economico-finanziaria e tecnico-organizzativa l'art. 35 del Codice stabilisce che i consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro e i consorzi tra imprese artigiane (come pure i consorzi stabili) debbano provare il possesso dei predetti requisiti secondo quanto stabilito dal Regolamento, salvo che siano computati cumulativamente in capo al consorzio ancorché posseduti dalle singole imprese consorziate:

- i requisiti relativi alla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera;
- nonché all'organico medio annuo.



Si segnala che, ancorché l'art. 35 del Codice rinvii a quanto stabilito nel Regolamento, questo mentre da una parte disciplina le modalità di dimostrazione del possesso dei requisiti speciali dei raggruppamenti, dei consorzi ordinari e dei consorzi stabili (agli artt. 275 e 277), dall'altra parte non prevede alcuna disposizione che si occupi di precisare il possesso dei requisiti in capo ai consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro e ai consorzi tra imprese artigiane nell'ambito degli appalti di servizi e forniture (ma nemmeno in quello dei lavori).

Tuttavia dato che il Codice sia per i predetti consorzi sia per quelli stabili contempla la stessa disciplina in ordine al fatto che i requisiti relativi alla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera nonché all'organico medio annuo siano computati cumulativamente in capo al consorzio ancorché posseduti dalle singole imprese consorziate, può ritenersi che anche per gli altri requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi possano ritenersi sussistenti le stesse regole stabilite per i consorzi stabili.

Ebbene, con riguardo ai consorzi stabili l'art. 277, comma 3, del Regolamento:

- ribadisce che per la partecipazione del consorzio stabile alle gare i requisiti relativi alla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera nonché all'organico medio annuo posseduti dai singoli consorziati sono tutti sommati in capo al consorzio;
- prevede che gli altri requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi siano pure sommati, ma con riferimento a quelli dei singoli consorziati esecutori.

2.4. I consorzi stabili

2.4.1. DEFINIZIONE E DISCIPLINA

Ai sensi dell'art. 36, comma 1, del Codice, i consorzi sono definiti stabili in presenza dei seguenti presupposti:

- devono essere formati da non meno di tre consorziati;
- devono essere in possesso dei requisiti di qualificazione previsti dall'art. 40;
- con decisione assunta dai rispettivi organi deliberativi, devono avere stabilito di operare in modo congiunto nel settore dei contratti pubblici di lavori, servizi, forniture, per un periodo di tempo non inferiore a cinque anni;
- i consorziati debbono aver istituito una comune struttura di impresa.



Seppure il citato art. 36 del Codice faccia riferimento ai requisiti di qualificazione previsti dall'art. 40, e quindi alle qualificazioni SOA nell'ambito degli appalti di lavori, deve senz'altro ritenersi che se il consorzio stabile è costituito per partecipare a procedure di affidamento di servizi e/o forniture, i requisiti di qualificazione debbono essere quelli contemplati per tali tipologie di appalto, e quindi di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale di cui si dirà nel prosieguo.

Il consorzio stabile potrà anche costituirsi in forma di società consortile ai sensi dell'art. 2615-ter del codice civile, tra imprenditori individuali, anche artigiani, società commerciali, società cooperative di produzione e lavoro.

L'art. 36, comma 4, prevede peraltro che ai consorzi stabili si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni di cui al capo II del titolo X del libro quinto del codice civile (relativo alla disciplina dei consorzi ordinari), nonché l'art. 118 del Codice (relativo al subappalto).

2.4.2. PARTECIPAZIONE ALLE GARE

Come poc'anzi anticipato, per quanto riguarda la partecipazione alle gare dei consorzi stabili (come pure dei consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro e dei consorzi tra imprese artigiane) è consentita la partecipazione congiunta alla medesima gara sia del consorzio sia dei singoli consorziati diversi da quelli per i quali il consorzio concorre alla gara.

Più precisamente, l'art. 36, comma 5, del Codice prevede che:

- i consorzi stabili sono tenuti ad indicare in sede di offerta per quali consorziati il consorzio concorre;
- a questi ultimi è fatto divieto di partecipare, in qualsiasi altra forma, alla medesima gara;
- in caso di violazione sono esclusi dalla gara sia il consorzio sia il consorziato;
- in caso di inosservanza di tale divieto si applica l'art. 353 del codice penale;

Il medesimo articolo stabilisce poi il divieto per un soggetto di partecipazione a più di un consorzio stabile.

2.4.3. REQUISITI DI PARTECIPAZIONE

Si ribadisce ancora una volta che per quanto riguarda la dimostrazione del possesso dei requisiti, come per i raggruppamenti e per gli altri tipi di consorzi, è necessario operare una distinzione tra i requisiti di ordine generale e quelli di capacità economica-finanziaria e tecnico-professionale (così detti requisiti speciali).

Anche in questo caso i requisiti di ordine generale devono essere sempre posseduti da ciascuna delle imprese partecipanti al consorzio.

Per quanto concerne i requisiti di partecipazione occorre poi far riferimento alle disposizioni contenute negli artt. 35 e 36 del Codice nonché a quelle di cui agli artt. 94 e 277 del Regolamento.

In linea generale l'art. 36, comma 7, del Codice stabilisce che il consorzio stabile si qualifica sulla base delle qualificazioni possedute dalle singole imprese consorziate.

Tuttavia, più nello specifico, l'art. 35 del Codice prevede che i consorzi stabili (al pari dei consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro e i consorzi tra imprese artigiane) debbano provare il possesso dei requisiti di idoneità tecnica e finanziaria (requisiti speciali) secondo quanto stabilito dal Regolamento, salvo che sono computati cumulativamente in capo al consorzio ancorché posseduti dalle singole imprese consorziate:

- i requisiti relativi alla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera;
- nonché all'organico medio annuo.

Ebbene il Regolamento, con riferimento ai consorzi stabili per servizi e forniture, precisa nell'art. 277, comma 2, che la sussistenza in capo ai soggetti in questione dei requisiti richiesti nel bando di gara è valutata a seguito della verifica della effettiva esistenza dei predetti requisiti in capo ai singoli consorziati.

Ai sensi del successivo comma 3:

- si ribadisce che per la partecipazione del consorzio stabile alle gare i requisiti relativi alla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera, nonché all'organico medio annuo posseduti dai singoli consorziati sono tutti sommati in capo al consorzio (previsione già contenuta nell'art. 35 del Codice);
- si prevede che gli altri requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi siano pure sommati, ma con riferimento a quelli dei singoli consorziati esecutori.

Sempre con riferimento ai requisiti di partecipazione, l'art. 36, comma 2, del Codice dispone che il Regolamento debba stabilire i criteri di attribuzione ai consorziati dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi maturati

a favore del consorzio in caso di scioglimento dello stesso, purché ciò avvenga non oltre sei anni dalla data di costituzione.

A tale riguardo il Regolamento all'art. 94, comma 4 (riguardante i consorzi stabili nella materia dei lavori, ma applicabile ai consorzi stabili nel settore dei servizi e forniture in virtù dell'espresso richiamo operato dall'art. 277, comma 1, del Regolamento medesimo) stabilisce che in caso di scioglimento del consorzio stabile ai consorziati sono attribuiti pro-quota i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi maturati a favore del consorzio in quanto da questi non assegnati in esecuzione ai consorziati. Le quote di assegnazione sono proporzionali all'apporto reso dai singoli consorziati nell'esecuzione delle prestazioni nel quinquennio antecedente.

2.4.4. L'ESECUZIONE DELLE PRESTAZIONI

Con riferimento all'esecuzione delle prestazioni da parte del consorzio stabile in caso di aggiudicazione della gara, il Codice prevede la possibilità che il consorzio, oltre a svolgerle direttamente, possa affidare l'esecuzione ai singoli consorziati, fermo restando la responsabilità solidale degli stessi nei confronti del soggetto appaltante o concedente.

Il Codice all'art. 36, comma 2, rinvia poi al Regolamento la previsione delle condizioni e dei limiti alla facoltà del consorzio di eseguire le prestazioni anche tramite affidamento ai consorziati.

A tale riguardo il Regolamento all'art. 94, comma 1 (riguardante i consorzi stabili nella materia dei lavori, ma applicabile ai consorzi stabili nel settore dei servizi e forniture in virtù dell'espresso richiamo operato dall'art. 277, comma 1, del Regolamento medesimo) stabilisce che i consorzi stabili eseguono le prestazioni affidate o con la propria struttura o tramite i consorziati

indicati in sede di gara senza che ciò costituisca subappalto, ferma la responsabilità solidale degli stessi nei confronti della stazione appaltante.

2.5. Le vicende soggettive dei soggetti plurimi: l'immodificabilità soggettiva dei partecipanti alle procedure di affidamento

Nella materia degli appalti vige il principio generale della immodificabilità soggettiva dei partecipanti alle procedure di affidamento degli appalti pubblici.

Esso trova esplicita espressione nell'art. 37, comma 9, del Codice relativo ai raggruppamenti temporanei ed ai consorzi ordinari, ove è previsto il divieto dell'associazione in partecipazione, nonché di qualsiasi modificazione alla composizione dei suddetti soggetti rispetto a quella risultante dall'impegno presentato in sede di offerta.



Ai sensi dell'art. 37, comma 10, l'inosservanza dei divieti di associazione in partecipazione ovvero della modificazione alla composizione dei raggruppamenti temporanei o dei consorzi ordinari comporta l'annullamento dell'aggiudicazione o la nullità del contratto, nonché l'esclusione dei concorrenti riuniti in raggruppamento o consorzio ordinario di concorrenti, concomitanti o successivi alle procedure di affidamento relative al medesimo appalto.



In una gara per l'affidamento della gestione di un presidio socio assistenziale per anziani, la stazione appaltante, a seguito del ritiro della mandataria, ha aggiudicato

l'appalto alla mandante.

A tal proposito il giudice amministrativo ha affermato che, dopo il ritiro della mandataria, in epoca antecedente l'aggiudicazione, la mandante non aveva alcun titolo a divenire affidataria (Cons. St., Sez. V, 16 agosto 2010, n. 5723).

2.5.1. LE DEROGHE AL PRINCIPIO DI IMMODIFICABILITÀ SOGGETTIVA

2.5.1.1. Le deroghe nel Codice

Il principio di immodificabilità soggettiva conosce delle deroghe e dei temperamenti.

Con riferimento alle norme del Codice vanno evidenziati:

- l'art. 51, ove è previsto che nell'ipotesi di cessione, affitto dell'azienda o di un ramo d'azienda, di trasformazione, fusione o scissione della società, i soggetti che subentrano sono ammessi alla gara, all'aggiudicazione, alla stipulazione, previo accertamento dei requisiti di ordine generale, di ordine speciale, nonché dei requisiti necessari in base agli eventuali criteri selettivi utilizzati dalla stazione appaltante ai sensi dell'art. 62, anche in ragione della cessione, della locazione, della fusione, della scissione e della trasformazione previsti dal Codice;
- l'art. 37, commi 18 e 19, ove sono disciplinate le deroghe al divieto di modificazione alla composizione dei raggruppamenti temporanei o dei consorzi ordinari rispetto a quella risultante dall'impegno presentato in sede di offerta (di cui all'art. 37, comma 9).

In particolare, nel comma 18, è previsto che in caso di fallimento del mandatario ovvero, qualora si tratti di imprenditore individuale, in caso di morte, interdizione, inabilitazione o fallimento del medesimo ovvero nei casi previsti dalla normativa antimafia, la stazione appaltante può

proseguire il rapporto di appalto con altro operatore economico:

- che sia costituito mandatario nei modi previsti dal Codice;
- che abbia i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire.

In mancanza di tali condizioni è espressamente disposto che la stazione appaltante possa recedere dall'appalto.

L'art. 37, comma 19, si occupa delle ipotesi di fallimento di uno dei mandanti ovvero, qualora si tratti di imprenditore individuale, dei casi di morte, interdizione, inabilitazione o fallimento del medesimo ovvero dei casi previsti dalla normativa antimafia. In tale ipotesi il mandatario, ove non indichi altro operatore economico subentrante che sia in possesso dei prescritti requisiti di idoneità, è tenuto alla esecuzione, direttamente o a mezzo degli altri mandanti, purché questi abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire.

2.5.1.2. Le deroghe nella giurisprudenza

In giurisprudenza, prima ancora dell'entrata in vigore del Codice, si è peraltro progressivamente affermato un orientamento volto a ridimensionare il dogma dell'immodificabilità soggettiva dei concorrenti, sebbene esclusivamente in precise e determinate fattispecie. Tra queste si evidenziano:

- il recesso di una o più imprese dall'associazione. Posto infatti che il principio di immodificabilità soggettiva dei partecipanti alle procedure di affidamento degli appalti pubblici deve intendersi, in particolare, giustificato dall'esigenza di assicurare alle amministrazioni aggiudicatrici una conoscenza piena dei soggetti che intendono contrarre con esse, il divieto in esame deve leggersi come inteso ad im-

pedire l'aggiunta o la sostituzione di imprese partecipanti all'ATI e non anche a precludere il recesso di una o più imprese dall'associazione (ovviamente nel caso in cui quella o quelle che restano a farne parte risultino titolari, da sole, dei requisiti di partecipazione e di qualificazione). Mentre, infatti, nella prima ipotesi (aggiunta all'ATI, in corso di gara, di un'impresa o sostituzione di un'impresa con un'altra nuova) resta impedito all'amministrazione un controllo tempestivo e completo del possesso dei requisiti anche da parte della nuova compagine associativa, con grave ed irreparabile pregiudizio dell'interesse pubblico alla trasparenza delle procedure finalizzate alla selezione delle imprese appaltatrici ed alla affidabilità, capacità, serietà e moralità di queste ultime, nella seconda (recesso di un'impresa dall'ATI ed intestazione della sua quota di partecipazione all'impresa o alle imprese rimanenti) le predette esigenze non risultano in alcun modo frustrate (TAR Calabria, Reggio Calabria, Sez. I, 26 gennaio 2009, n. 56);

- la modifica soggettiva precedentemente alla presentazione dell'offerta. Relativamente ad un caso in cui è stata presentata un'offerta congiunta in ATI da parte di concorrenti che, in una procedura ristretta, si erano qualificati individualmente, è stato affermato che in presenza di disposizioni espresse, che non consentono la modifica della composizione dei partecipanti dopo l'offerta e in assenza di analogo divieto per la fase della prequalificazione, deve escludersi che si possa pervenire in via pretoria ad un divieto, non sancito dal legislatore.

3. I requisiti di ordine generale: definizioni e portata

Le stazioni appaltanti non possono contrattare

con qualsiasi operatore economico. Sebbene esse siano tenute a mettere in concorrenza l'appalto, tuttavia la competizione deve essere circoscritta soltanto a quei soggetti dei quali sia stata verificata l'idoneità e che quindi diano garanzia di affidabilità e risultino meritevoli di aggiudicarsi eventualmente la commessa pubblica.

L'idoneità di un operatore economico va valutata con riguardo a due distinti aspetti:

- il profilo soggettivo: la stazione appaltante deve contrattare soltanto con soggetti che siano moralmente affidabili;
- il profilo oggettivo: la stazione appaltante deve contrattare con soggetti che diano prova di avere la necessaria competenza sia tecnica sia professionale per eseguire l'appalto messo in concorrenza, nonché la capacità economica e finanziaria per anticipare i costi necessari all'esecuzione.

La verifica dell'affidabilità dal punto di vista soggettivo viene svolta dalla stazione appaltante con la richiesta ai partecipanti di dimostrare il possesso dei requisiti di ordine generale di cui all'art. 38 del Codice; la verifica dell'idoneità da un punto di vista oggettivo viene svolta invece con la richiesta ai suddetti di provare la sussistenza dei requisiti speciali di cui agli artt. 39 e ss.

I requisiti di ordine generale sono espressi nel Codice in negativo, nel senso che gli operatori economici non devono trovarsi in nessuna delle situazioni elencate nell'art. 38 ai fini della dimostrazione del possesso dei requisiti medesimi.

Essi sono requisiti obbligatori e la loro mancanza in capo al partecipante si traduce inevitabilmente in altrettante cause di esclusione salvo l'unico caso di deroga di cui si dirà in seguito.



La disciplina dettata dall'art. 38 è più rigorosa di quella contenuta nella direttiva comunitaria n. 18/2004 che consentiva agli Stati membri di prevedere, nella disciplina di attuazione, alcune cause di esclusione come obbligatorie e altre come facoltative. Tuttavia in presenza della scelta operata dal nostro legislatore la stazione appaltante non può che applicare integralmente quanto disposto dall'art. 38 del Codice.

Le cause di esclusione sono dunque tassative, nel senso che, incidendo sull'autonomia privata delle imprese e limitando la libertà di concorrenza nonché il principio di massima partecipazione alle gare pubbliche, non possono essere interpretate in via estensiva o analogica (Cons. St., Sez. IV, 21 agosto 2002, n. 4268).

Mentre in passato i requisiti di ordine generale si diversificavano, peraltro senza ragione, a seconda del tipo di appalto, il Codice ha previsto che gli stessi siano uguali per tutte le tipologie di appalti di lavori, servizi e forniture.

3.1. Ambito oggettivo e soggettivo di applicazione

Da un punto di vista oggettivo i requisiti di ordine generale vanno richiesti per tutti gli affidamenti, appalti, concessioni o subappalti; qualunque sia la tipologia, (dunque servizi e forniture, ma anche lavori) ed indipendentemente dal valore dell'affidamento sopra o sotto soglia.



Sui requisiti di ordine generale negli appalti sotto soglia

Per i servizi e forniture sotto soglia il Codice all'art. 124, comma 7, ha previsto che anche i requisiti di idoneità morale (e quindi i requisiti di ordine generale) sono disciplinati dal Regolamento di attuazione secondo criteri di semplificazione rispetto alle norme dettate dal Codice medesimo.

In ogni caso il Regolamento prevede, all'art. 327, comma 1, che gli operatori economici devono possedere tra l'altro i requisiti generali di cui all'art. 38 del Codice. Dunque si è optato per mantenere la stessa disciplina sia per gli appalti sopra soglia comunitaria sia per gli appalti sotto soglia comunitaria.

Da un punto di vista dei soggetti cui la disposizione si riferisce va detto che i requisiti di ordine generale consistono in stati e qualità soggettivi che devono sussistere in capo a tutti i soggetti che intendono contrattare con la pubblica amministrazione.



Il necessario possesso dei requisiti di ordine generale costituisce una regola generale. Esso si applica per espressa disposizione normativa non soltanto ai soggetti che intendono partecipare ad una procedura, sia essa aperta, ristretta o negoziata, ma anche ai soggetti che a titolo diverso svolgono un ruolo nell'esecuzione degli appalti. Detto in altri termini tutti i soggetti che a qualunque titolo concorrono all'esecuzione di pubblici appalti, vuoi in veste di affidatari, vuoi in veste di prestatori di requisiti nell'ambito del c.d. avvalimento (di cui si dirà nel par. 8), vuoi in veste di subappaltatori (di cui si dirà nel volume terzo) devono essere in possesso dei requisiti morali di cui all'art. 38 del Codice. Sul punto vi è un orientamento costante della giurisprudenza motivato sulla base del fatto che la regola in questione risponde ad elementari ragioni di trasparenza e di tutela dell'interesse pubblico (Cons. St., Sez. VI, 15 giugno 2010 n. 3759).

Inoltre si deve sottolineare come i requisiti di ordine generale non possano essere cumulati. Ne consegue che, allorché gli operatori economici decidono di partecipare in associazione temporanea di imprese ovvero in consorzio, tutti i singoli componenti devono dimostrare il possesso dei requisiti di ordine generale. Dal punto di vista operativo dunque la stazione ap-

paltante deve procedere alla verifica singolarmente ossia valutando la situazione di ogni soggetto indipendentemente dalla veste giuridica che assumono ai fini della partecipazione alla procedura.

I requisiti di ordine generale devono poi essere posseduti sin dal momento della partecipazione alla gara e per tutta la durata della medesima.

3.1.1. LA DEROGA ALL'OBBLIGATORietà DEL POSSESSO DEI REQUISITI DI ORDINE GENERALE

Di recente è stata introdotta una deroga in merito alla obbligatorietà dei requisiti di ordine generale in capo ai soggetti che intendono partecipare ad una procedura di gara.

Con l'art. 2, comma 19, lett. b) della legge 15 luglio 2009, n. 94 è stato infatti aggiunto il comma 1 *bis* all'art. 38 del Codice che prevede che i casi di esclusione in esso previsti (relativi al possesso dei requisiti di ordine generale) non si applicano alle aziende o società sottoposte a sequestro o confisca (ai sensi dell'art. 12-sexies del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356, o della legge 31 maggio 1965, n. 575) ed affidate ad un custode o amministratore giudiziario o finanziario.

In sostanza la *ratio* di tale deroga sta nel consentire alle società o aziende, che sono state sequestrate o confiscate a seguito di condanne penali o di misure di prevenzione, di continuare l'attività d'impresa con affidamento della gestione a nuovi soggetti, quali un custode, amministratore giudiziario, o amministratore finanziario, diversi da quelli che hanno subito condanne o comunque sono stati sottoposti a misure di sicurezza preventiva.

3.2. L'analisi dei singoli requisiti di ordine generale

L'art. 38 del Codice, comma 1, elenca i requisiti

di ordine generale, stabilendo che i soggetti che si trovano in determinate situazioni siano esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi. Tali soggetti sono altresì esclusi dalla possibilità di essere affidatari di subappalti e di stipulare i relativi contratti.

Come si vedrà nel prosieguo, mentre può essere facile in alcuni casi verificare se in concreto un soggetto si trovi in una delle situazioni che costituiscono una causa di esclusione dalla gara, in altri casi la questione può essere controversa. La disciplina contenuta nell'art. 38 del Codice (in buona parte già prevista nelle precedenti normative) ha dato adito a molti dubbi interpretativi ed è stata causa di diverso contenzioso tra stazioni appaltanti ed operatori economici esclusi dalle gare.



Per una corretta interpretazione delle cause di esclusione

In ogni caso si segnala che di recente l'AVCP ha affrontato, nella Determinazione 12 gennaio 2010, n. 1, le principali questioni inerenti l'interpretazione e l'applicazione delle disposizioni riguardanti i requisiti di ordine generale.

3.2.1. FALLIMENTO, LIQUIDAZIONE COATTA, CONCORDATO PREVENTIVO (ART. 38, COMMA 1, LETT. A)

Sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di gara pubblica i soggetti in stato di fallimento, di liquidazione coatta, di concordato preventivo o nei cui riguardi sia in corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni.



Il fallimento, la liquidazione coatta amministrativa ed il

concordato preventivo sono disciplinati dal Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 267 e successive modifiche e integrazioni.

Il fallimento è dichiarato nei confronti dell'imprenditore che si trova in stato di insolvenza, ossia nell'incapacità di far fronte con regolarità alle proprie obbligazioni, con sentenza del Tribunale del luogo dove si trova la sede principale dell'impresa, su ricorso dell'imprenditore stesso, di uno o più creditori o del Pubblico Ministero. La sentenza è annotata presso l'Ufficio del registro dell'impresa dove l'imprenditore ha la sede legale o, nel caso che questa sia diversa dalla sede effettiva, del luogo dove è stata aperta la procedura per la dichiarazione di fallimento.

La liquidazione coatta amministrativa è dichiarata, su richiesta di uno o più creditori, dell'autorità di vigilanza sull'impresa e dell'impresa stessa, con sentenza del Tribunale del luogo dove si trova la sede principale. La sentenza è sottoposta al medesimo regime di pubblicità prevista per la sentenza di fallimento.

Il concordato preventivo è una procedura concorsuale cui può essere ammesso l'imprenditore che si trova in stato di insolvenza per evitare il fallimento quando ne sussistono le condizioni. Il concordato preventivo può essere richiesto dall'imprenditore con ricorso depositato presso il Tribunale del luogo dove si trova la sede principale dell'impresa. Il Tribunale, ove sussistano i presupposti di legge, ammette l'imprenditore alla procedura con decreto pubblicato e sottoposto a regime di pubblicità.

Il procedimento per la dichiarazione di fallimento, di liquidazione coatta amministrativa o di ammissione al concordato preventivo si instaura con il deposito del relativo ricorso nella Cancelleria del Tribunale competente. Da tale momento potrà considerarsi pendente il relativo procedimento. Il deposito del ricorso e la pendenza del procedimento possono essere verificati presso la competente Cancelleria.

La disposizione ha il fine di tutelare la stazione appaltante ed evitare che possano partecipare alle gare soggetti che versino in uno stato di crisi tale da comprometterne l'affidabilità economica e quindi mettere a rischio l'adempimento del contratto.

Posta la tassatività delle fattispecie previste nell'art. 38, comma 1, lett. a), non si configurano come causa di esclusione gli stati diversi dal fallimento, dalla liquidazione coatta e dal

concordato preventivo; pertanto la liquidazione ordinaria di un'impresa, ai sensi degli artt. 2448 e 2450 del codice civile non rientra tra le cause di esclusione ex art. 38, comma 1, lett. a) (Cons. St., Sez. IV, 21 agosto 2002, n. 4268).



L'amministrazione controllata nella previgente normativa era contemplata tra le cause di esclusione. La circostanza che tale fattispecie sia stata espunta non comporta l'assoluta irrilevanza di una tale situazione in cui può trovarsi l'impresa.

In proposito il giudice amministrativo ha precisato che:

- l'amministrazione controllata non è una vera e propria procedura concorsuale perché costituisce un esperimento interlocutorio, tramite il quale si cerca di recuperare alla vita economica attiva un'impresa che si trova in uno stato di crisi;
- il fatto che l'ordinamento prevede un intervento di salvaguardia per fini risanativi impedisce che essa preveda che l'impresa che si trova in uno stato di amministrazione controllata debba essere esclusa dalla partecipazione ad una gara pubblica;
- tuttavia, in un sistema di aggiudicazione ove sia prevista una valutazione complessiva anche della struttura esistente delle imprese partecipanti ad una gara pubblica, può essere presa in considerazione, ai fini dell'attribuzione del punteggio, la situazione organizzativa concreta scaturita da tale situazione di precarietà (Cons. St., Sez. V, 21 maggio 2010, n. 3222).

3.2.2 LE MISURE DI PREVENZIONE (ART. 38, COMMA 1, LETT. B)

Sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di gara pubblica ovvero non possono essere affidatari di subappalti o essere contraenti i soggetti nei cui confronti:

- è pendente un procedimento per l'applicazione di una delle misure di prevenzione di cui all'art. 3 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423;
- sussiste una delle cause ostative previste dall'art. 10 della legge 31 maggio 1965, n. 575.

Con riguardo alla prima ipotesi il Codice prevede espressamente che l'esclusione e il divieto operano se la pendenza del procedimento concerne le seguenti figure:

- il titolare o il direttore tecnico, se si tratta di impresa individuale;
- il socio o il direttore tecnico, se si tratta di società in nome collettivo;
- i soci accomandatari o il direttore tecnico, se si tratta di società in accomandita semplice;
- gli amministratori muniti di poteri di rappresentanza o il direttore tecnico, se si tratta di altro tipo di società.

L'esclusione della partecipazione o il divieto trovano applicazione qualora nei confronti delle figure indicate risulti operata dalle autorità competenti una valutazione di pericolosità sociale per la pubblica sicurezza e quindi venga avviato un procedimento per l'applicazione di una delle misure di prevenzione personali disciplinate all'art. 3 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423 consistenti:

- nella misura di prevenzione della sorveglianza speciale della pubblica sicurezza;
- nel divieto di soggiorno in uno o più comuni, diversi da quelli di residenza o di dimora abituale o in una o più Province;
- nell'obbligo di soggiorno nel comune di residenza o di dimora abituale.

La situazione di pendenza del procedimento di applicazione delle misure di prevenzione costituisce dunque un presupposto per l'esclusione. Tale situazione si configura quando sia avvenuta l'annotazione della richiesta di applicazione della misura medesima negli appositi registri istituiti presso le segreterie delle Procure della Repubblica e presso le Cancellerie dei Tribunali ai sensi dell'art. 34 della legge 19 marzo 1990, n. 55.

Ovviamente, ed a maggior ragione, l'esclusione

ed il divieto operano anche per i soggetti nei cui confronti il procedimento per l'applicazione di una misura di prevenzione si sia concluso con l'applicazione di una delle suddette misure.

Ed infatti la seconda ipotesi della disposizione contempla che l'esclusione e il divieto si applicano nei confronti dei soggetti che incorrono nelle cause ostative ai sensi dell'art. 10 della legge 31 maggio 1965, n. 575, il quale dispone che le persone, alle quali sia stata applicata con provvedimento definitivo una misura di prevenzione, non possano ottenere (e se già ottenute sono ritirate e/o cancellate) licenze, concessioni, autorizzazioni ed alle medesime è fatto divieto di concludere contratti di appalto, di cottimo fiduciario, di fornitura di opere, beni o servizi riguardanti la pubblica amministrazione e subcontratti, compresi i cottimi di qualsiasi tipo, i noli a caldo e le forniture con posa in opera.

3.2.3. LE SENTENZE DI CONDANNA PER REATI CHE INCIDONO SULLA MORALITÀ PROFESSIONALE O PER REATI DI PARTECIPAZIONE A UN'ORGANIZZAZIONE CRIMINALE, CORRUZIONE, FRODE E RICICLAGGIO (ART. 38, COMMA 1, LETT. C)

Sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di gara, ovvero non possono essere affidatari di subappalti o contraenti, i soggetti nei cui confronti è stata pronunciata sentenza di condanna passata in giudicato, o emesso decreto penale di condanna divenuto irrevocabile, oppure sentenza di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'art. 444 del codice di procedura penale, per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale. Il Codice prevede altresì che sia comunque causa di esclusione la condanna, con sentenza passata in giudicato, per uno o più reati di partecipazione a un'organizzazione criminale, corruzione, frode, riciclaggio, quali definiti

dagli atti comunitari citati all'art. 45, paragrafo 1, direttiva Ce 2004/18.

La disposizione prevede l'esclusione per reati che siano accertati in modo definitivo. Non possono costituire pertanto legittime cause di esclusione dell'operatore economico, la circostanza che nei confronti delle figure professionali, in precedenza indicate, vi sia un'indagine penale in corso, un procedimento pendente, una sentenza di condanna impugnata o i cui termini per l'impugnativa non siano ancora decorsi.



Vanno prese in considerazione anche le condanne per le quali il soggetto abbia beneficiato della non menzione, come si evince chiaramente dall'art. 38, comma 2, del Codice che, come si vedrà di seguito, stabilisce che il soggetto attesta il possesso dei requisiti mediante dichiarazione sostitutiva in conformità alle disposizioni del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000 n. 445, in cui indica anche le eventuali condanne per le quali abbia beneficiato della non menzione.

Occorre poi rilevare come il Codice, per quanto riguarda i reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale, rimetta alla valutazione discrezionale delle stazioni appaltanti l'individuazione delle fattispecie di reato che integrano l'ipotesi indicata. Il Codice dispone che comunque siano causa di esclusione alcune tipologie di reato espressamente indicate.

3.2.3.1. I reati che incidono sulla moralità professionale

La stazione appaltante, nell'ipotesi in cui riscontri che un concorrente abbia subito una condanna definitiva (nelle forme prima indicate, della sentenza passata in giudicata, decreto penale di condanna divenuto irrevocabile, oppure della

sentenza di applicazione della pena su richiesta), dovrà verificare, ai fini dell'ammissione alla procedura di gara dell'operatore economico, se si tratti di un reato grave, commesso in danno dello Stato o della Comunità che incida sulla moralità professionale. In tale caso la stazione appaltante dovrà escludere il concorrente.

Quando ricorre la fattispecie che impone l'esclusione? La verifica da parte della stazione appaltante è tutt'altro che semplice. Tuttavia si possono indicare alcuni passaggi operativi da compiere nonché alcuni criteri da utilizzare per condurre correttamente l'attività di valutazione. In via preliminare occorre segnalare che:

- a) una volta accertata la sussistenza di una condanna definitiva (nelle tipologie prima indicate), non scatta alcuna esclusione in via automatica;
- b) occorre invece procedere a verificare se il reato è commesso in danno dello Stato o della Comunità;
- c) occorre poi verificare ulteriormente se esso è per di più qualificabile in termini di gravità tale da incidere sulla moralità professionale;
- d) quale che sia la decisione finale adottata dalla stazione appaltante, essa deve essere congruamente ed adeguatamente motivata.

Con specifico riferimento al punto b) è innanzitutto importante individuare quali reati rientrino nella formulazione legislativa.

In proposito si deve segnalare che:

- 1) i reati rilevanti per l'applicazione della disposizione sono quelli compiuti sia nel territorio dello Stato italiano sia nel territorio dell'Unione Europea;
- 2) qualsiasi reato compiuto nell'ambito territoriale indicato può essere rilevante ai fini dell'applicazione della previsione contenuta nel codice (Cons. St., Sez. V, 12 giugno 2009, n. 3773; TAR Lombardia, Milano, Sez.

l, 18 maggio 2010, n. 1565);

- 3) quanto detto al punto 2), giustifica e rende legittima la scelta della stazione appaltante di richiedere nel bando che la dichiarazione indichi tutti i reati commessi ed accertati in via definitiva;
- 4) in tale caso la omessa dichiarazione di uno dei reati, ivi compresi quelli che beneficiano della non menzione, comporta l'esclusione dalla gara;
- 5) stante il quadro descritto nei punti precedenti, ciò che la stazione appaltante non può fare è richiedere la dichiarazione dei procedimenti penali in corso, atteso l'irrelevanza di tale dichiarazione ai fini dell'applicazione della disposizione che prevede l'esclusione per i soli reati accertati in via definitiva in sede giurisdizionale.

Una volta che la stazione appaltante abbia preso conoscenza delle dichiarazioni rese e si trovi in presenza di reati, diventa decisiva la valutazione di cui al punto c), ossia diventa decisivo accertare la gravità del reato e la conseguente incidenza del fatto sulla moralità professionale. Si tratta di una valutazione che deve essere fatta caso per caso.

Tuttavia è opportuno che la stazione appaltante utilizzi i seguenti criteri.

Ai fini dell'accertamento della gravità e della incidenza del reato sulla moralità professionale occorre fare riferimento:

- i) ai profili soggettivi (e cioè bisogna guardare alla condotta del soggetto, se ad esempio dolosa o colposa, ovvero alla sussistenza di recidiva);
- ii) al tempo in cui il reato è stato commesso e alle caratteristiche del fatto;
- iii) all'attinenza del reato rispetto all'oggetto del contratto e alle prestazioni in esso dedotte (detto in altri termini occorre verificare

se il reato è stato commesso nell'esercizio di un'attività professionale nello specifico settore degli appalti pubblici ovvero anche soltanto nell'esercizio di un'attività professionale);

iiii) alla natura e misura della pena.

Tanto detto, occorre precisare che, rispetto agli elementi indicati, la stazione appaltante dovrà procedere a verificare la rilevanza dei medesimi e la loro capacità di incidere sulla moralità professionale.

Ancorché non sia possibile in astratto determinare la suddetta rilevanza, tuttavia è ragionevole indicare le seguenti linee guida che possono fungere da utile parametro di riferimento.

In proposito è evidente che un rilievo dominante deve essere attribuito alla valutazione di cui al punto iii). Se, ad esempio, il reato è stato commesso nell'esercizio di un'attività professionale identica o simile a quella che viene dedotta nel contratto, a tale circostanza va attribuito un peso preponderante ai fini della qualificazione del reato medesimo in termini di gravità tale da incidere sulla moralità professionale. È dunque buona regola operativa quella di esaminare prioritariamente la fattispecie di reato, dichiarata dal concorrente, dal suddetto punto di vista, per poi procedere a svolgere le ulteriori valutazioni sulla base degli altri elementi, onde verificare se questi ultimi possono confermare la qualificazione del reato in termini di gravità tale da incidere sulla moralità professionale. Viceversa, ove risulti escluso che il reato sia stato commesso nell'esercizio di un'attività professionale attinente all'oggetto del contratto ovvero anche soltanto nell'esercizio di un'attività professionale, dovranno assumere quantomeno pari rilievo l'analisi degli elementi indicati negli altri punti. Pur dovendo la stazione appaltante decidere, come detto, caso per caso, può essere utile, in

aggiunta a quanto illustrato in precedenza, consultare l'elencazione delle fattispecie di reati che possono integrare i presupposti della disposizione formulata dall'AVCP.



Rispetto all'attività di verifica occorre tenere presente che :

- a) l'elencazione dell'AVCP ha un mero valore sintomatico e non esonera la stazione appaltante dalla verifica della rilevanza del reato in concreto;*
- b) l'elencazione, per espressa indicazione dell'AVCP, ha mero valore esemplificativo e dunque la presenza in concreto di fattispecie di reato non ricompre nell'elenco, parimenti non esonera la stazione appaltante dallo svolgere la verifica in concreto della rilevanza del reato sulla moralità del soggetto.*

Per un'applicazione delle linee guida in precedenza indicate è utile rinviare al seguente caso e alla conseguente decisione del giudice amministrativo.



In una procedura di gara per l'affidamento del servizio di ristorazione un partecipante viene escluso a seguito della verifica dell'esistenza di una condanna per violazione delle norme sulla disciplina igienica della produzione e della vendita di sostanze alimentari.

Il soggetto escluso ha censurato l'operato della stazione appaltante sull'assunto che il reato non potesse considerarsi grave in considerazione della pena comminata consistente in un'ammenda pari al minimo edittale.

Il giudice amministrativo, ha ritenuto prive di pregio le argomentazioni del ricorrente, posto che la violazione in questione costituiva di per sé, in relazione all'oggetto del contratto per il quale era stata indetta la gara, grave reato che incideva sulla moralità professionale (Cons. St., Sez. VI, 04 giugno 2010, n. 3560).

Dal caso indicato trova indubbia conferma la centralità dell'accertamento della sussistenza

dell'elemento di cui al precedente punto iii). Anzi in presenza di un reato commesso nell'esercizio di un'attività professionale, specie se attinente all'oggetto del contratto, gli altri elementi appaiono, alla luce della richiamata giurisprudenza, recessivi.



Se un soggetto è stato condannato per un reato che è stato successivamente depenalizzato, come deve comportarsi la stazione appaltante? In casi del genere l'avvenuta depenalizzazione impedisce di considerare il reato all'epoca commesso come rilevante ai fini dell'accertamento della mancanza di moralità professionale. La stazione appaltante pertanto errerebbe nel procedere all'esclusione sulla base di un reato ormai depenalizzato (Cons. St., Sez. VI, 13 maggio 2009, n. 2964).

3.2.3.2. I reati nominati

Come sopra anticipato, la disposizione in esame prevede poi che costituiscano comunque causa di esclusione le condanne per uno o più reati di partecipazione a un'organizzazione criminale, corruzione, frode, riciclaggio, quali definiti dagli atti comunitari citati all'art. 45, paragrafo 1, direttiva Ce 2004/18.

Evidentemente per tali reati il legislatore ha già espresso una valutazione in ordine alla loro gravità ed incidenza sulla moralità professionale, ed ha ritenuto pertanto che la commissione dei medesimi debba comportare necessariamente l'esclusione dalle gare dei soggetti che hanno subito in relazione ai medesimi una condanna. La condanna per uno dei predetti reati, dunque, costituisce obbligatoria ed automatica causa di esclusione, essendo preclusa alle stazioni appaltanti qualsiasi valutazione discrezionale in merito (Cons. St., Sez. V, 12 giugno 2009, n. 3773; TAR Sicilia, Catania, Sez. IV, 25 febbraio 2010, n. 395).

La ragione dell'indicazione delle fattispecie come definite negli atti comunitari si spiega in considerazione della circostanza che alle gare comunitarie partecipano anche operatori non italiani, sicché il tipo di reati va individuato non solo con riferimento all'ordinamento italiano.

A tale riguardo potrà essere utile per le stazioni appaltanti la comparazione delle fattispecie definite dagli atti comunitari con le fattispecie definite dal codice penale italiano, svolta dall'AVCP nella citata Determinazione 12 gennaio 2010, n. 1.

Va infine ricordato che anche nell'ordinamento interno sussistono alcune tipologie di reato che comportano come conseguenze l'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione. Anche per l'individuazione di tali reati può essere utile l'elenco contenuto nella citata Determinazione della AVCP.

3.2.3.3. *I soggetti nei cui confronti opera il divieto o l'esclusione*

Il Codice prevede che l'esclusione e il divieto operano se la sentenza o il decreto sono stati emessi nei confronti:

- degli amministratori muniti di potere di rappresentanza o del direttore tecnico, se si tratta di altro tipo di società o consorzio;
- del titolare o del direttore tecnico, se si tratta di impresa individuale;
- del socio o del direttore tecnico, se si tratta di società in nome collettivo;
- dei soci accomandatari o del direttore tecnico, se si tratta di società in accomandita semplice;
- dei soggetti cessati dalle predette cariche nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, se l'impresa non dimostri di aver adottato atti o misure di completa dissociazione della condotta penalmente sanzionata.

Con riferimento al primo punto, la giurispru-

denza ha chiarito come sussista per ciascuna persona fisica, dotata di poteri di rappresentanza, l'obbligo di dimostrare i requisiti di moralità, stante la necessità di dover garantire l'affidabilità dell'intera impresa che entrerà in rapporto con l'amministrazione (Cons. St., Sez. V, 16 febbraio 2010, n. 870). Ne discende, ad esempio, che l'obbligo in questione grava anche su coloro che, nell'ambito della struttura e dell'organizzazione dell'operatore economico ed in virtù di una previsione statutaria, esercitano il potere di rappresentanza in funzione vicaria (Cons. St., Sez. V, 23 giugno 2010, n. 3972).



Sulla rilevanza delle condanne dei soggetti cessati dalla carica nei tre anni precedenti

Con riguardo all'onere per il concorrente di dimostrare di aver adottato atti o misure di completa dissociazione della condotta penalmente sanzionata dei soggetti che, seppure cessati dalla carica, hanno avuto poteri di rappresentanza nei tre anni precedenti la data di pubblicazione del bando, va detto che la dissociazione non è un istituto giuridico codificato e pertanto può aver luogo in svariate forme. È certo tuttavia, come osservato in giurisprudenza, che la dissociazione deve essersi realizzata in modo univoco e completo (Cons. St., Sez. V, 11 settembre 2007, n. 4804).

Gli atti e le misure di dissociazione potrebbero consistere, a titolo meramente esemplificativo, nella estromissione del soggetto dalle cariche sociali, con la prova concreta che non vi sono collaborazioni in corso, o nel licenziamento con conseguente avvio di azione risarcitoria, ovvero nella denuncia penale (Determinazione AVCP 12 gennaio 2010, n. 1).

È pacifico che, al fine di interrompere il nesso di identificazione tra operatore economico e condannato, non è sufficiente la sola circostanza che il primo abbia cessato di avvalersi della collaborazione lavorativa del secondo. Per fare qualche esempio concreto, il giudice amministrativo ha osservato:

- l'irrelevanza della dissociazione in presenza di azioni dissociative poste in essere in epoca di molto successiva alla conoscenza della condanna penale (Cons. St., Sez. V, 26 ottobre 2006, n. 6402);
- il mero valore sintomatico, ai fini della prova della dis-

sociazione, dell'azione di responsabilità nei confronti del direttore tecnico se a quest'ultimo l'impresa abbia conferito un incarico di sopralluogo, peraltro nell'ambito della procedura di gara nella quale occorreva fornire la prova della dissociazione, non può che deporre in senso negativo ai fini della prova medesima e ciò a prescindere dalla rilevanza dell'incarico affidato (Cons. St., Sez. V, 30 novembre 2007, n. 6140).

3.2.3.4. La riabilitazione e l'estinzione del reato

Il Codice sempre all'art. 38 prevede, poi, che reati salva in ogni caso l'applicazione dell'art. 178 del codice penale, che riguarda l'ipotesi della riabilitazione, e dell'art. 445, comma 2, del codice di procedura penale, che riguarda l'ipotesi della estinzione del reato.

Ai sensi dell'art. 178 c.p. la riabilitazione estingue le pene accessorie ed ogni altro effetto penale della condanna, salvo che la legge disponga altrimenti.

Ai sensi dell'art. 445, comma 2, c.p.p. il reato è estinto, ove sia stata irrogata una pena detentiva non superiore a due anni, soli o congiunti a pena pecuniaria, se nel termine di cinque anni, quando la sentenza concerne un delitto, ovvero di due anni, quando la sentenza concerne una contravvenzione, l'imputato non commette un delitto ovvero una contravvenzione della stessa indole. In questo caso si estingue ogni effetto penale e, se è stata applicata una pena pecuniaria o una sanzione sostitutiva, l'applicazione non è comunque di ostacolo alla concessione di una successiva sospensione condizionale della pena.

In buona sostanza l'art. 38 sancisce in modo espresso l'irrelevanza di quelle condanne per le quali sia intervenuta l'estinzione o la riabilitazione.

Oltre alle suddette fattispecie di salvaguardia, ai fini della esclusione o del divieto ex art. 38 del Codice, sia l'AVCP (Determinazione 12 gennaio

2010, n. 1) sia la giurisprudenza ritengono che la condanna deve considerarsi irrilevante anche in caso di:

- depenalizzazione del reato;
- di estinzione del reato a seguito di decreto penale di condanna ex art. 460, comma 5, c.p.p. (Cons. St., Sez. V, 23 luglio 2009, n. 4594).

Ed infatti, ai sensi dell'art. 460, comma 5, c.p.p., il reato, nel caso di decreto penale di condanna è estinto se nel termine di cinque anni, quando il decreto concerne un delitto, ovvero di due anni, quando il decreto concerne una contravvenzione, l'imputato non commette un delitto ovvero una contravvenzione della stessa indole. In questo caso si estingue ogni effetto penale e la condanna non è comunque di ostacolo alla concessione di una successiva sospensione condizionale della pena.



Operativamente, affinché si concretizzino le ipotesi della riabilitazione e della estinzione, che operano di diritto, è necessario comunque che sia stato avviato un procedimento giurisdizionale e che il giudice dell'esecuzione, accerti la sussistenza dei presupposti richiesti dalla norma e dichiari la causa di estinzione con una pronuncia giudiziale.

In tal senso di recente il giudice amministrativo ha richiamato il condiviso orientamento giurisprudenziale secondo cui, nei casi di decreto penale di condanna, la successiva estinzione del reato, ai sensi dell'art. 460, co. 5, c.p., pur operando ope legis, in presenza dei presupposti stabiliti da tale norma, richiede pur sempre che l'esistenza di tali presupposti sia accertata con una pronuncia del giudice dell'esecuzione su istanza dell'interessato. Ne consegue che, in difetto di una tale pronuncia giudiziale, la condanna per un reato che incide sull'affidabilità morale e professionale di colui nei cui confronti è pronunciata, costituisce una causa di esclusione dalla gara (Cons. St., Sez. VI, 5 luglio 2010, n. 4243).

3.2.4. VIOLAZIONE DEL DIVIETO DI INTERESTAZIONE FIDU-

CIARIA (ART. 38, COMMA 1, LETT. D)

Sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di gara ovvero non possono essere affidatari di subappalti o contraenti i soggetti che hanno violato il divieto di intestazione fiduciaria posto all'art. 17 della legge 19 marzo 1990, n. 55.



L'art. 17, comma 3, della legge 19 marzo 1990, n. 55 dispone che con Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri sono definite disposizioni per il controllo sulle composizioni azionarie dei soggetti aggiudicatari di opere pubbliche, ivi compresi i concessionari, e sui relativi mutamenti societari e che con lo stesso decreto sono comunque vietate intestazioni ad interposte persone, di cui deve essere comunque prevista la cessazione entro un termine predeterminato, salvo le intestazioni a società fiduciarie autorizzate ai sensi della legge 23 novembre 1939, n. 1966, a condizione che queste ultime provvedano, entro trenta giorni dalla richiesta effettuata dai soggetti aggiudicatari, a comunicare alle amministrazioni interessate l'identità dei fiduciari.

La legge 23 novembre 1939, n. 1966, reca la disciplina delle società fiduciarie e di revisione. Ai sensi dell'art. 1 della predetta legge le società fiduciarie e di revisione sono quelle società che, comunque denominate, si propongono, sotto forma di impresa, di assumere l'amministrazione dei beni per conto di terzi, l'organizzazione e la revisione contabile di aziende e la rappresentanza dei portatori di azioni e di obbligazioni.

Con DPCM 11 maggio 1991 n. 187 è stato adottato il Regolamento per il controllo delle composizioni azionarie dei soggetti aggiudicatari di opere pubbliche e per il divieto delle intestazioni fiduciarie, previsto dall'art. 17, comma 3, della legge 19 marzo 1990, n. 55, sulla prevenzione della delinquenza di tipo mafioso. Tale Regolamento prevede diversi oneri in capo ai soggetti aggiudicatari e alle amministrazioni appaltanti. In particolare:

- ai sensi dell'art. 1, commi 1 e 2, le società per azioni, in accomandita per azioni, a responsabilità limitata, le società cooperative per azioni o a responsabilità limitata, le società consortili per azioni o a responsabilità limitata aggiudicatrici di opere pubbliche, ivi comprese le concessionarie e le subappaltatrici, devono comunicare all'amministrazione committente o concedente prima della stipula del contratto o della convenzione, la propria composizione societaria, l'es-

sistenza di diritti reali di godimento o di garanzia sulle azioni «con diritto di voto» sulla base delle risultanze del libro dei soci, delle comunicazioni ricevute e di qualsiasi altro dato a propria disposizione, nonché l'indicazione dei soggetti muniti di procura irrevocabile che abbiano esercitato il voto nelle assemblee societarie nell'ultimo anno o che ne abbiano comunque diritto. Qualora il soggetto aggiudicatario, concessionario o subappaltatore sia un consorzio, esso è tenuto a comunicare i predetti dati, riferiti alle singole società consorziate che comunque partecipino alla progettazione ed all'esecuzione dell'opera;

- ai sensi dell'art. 1, commi 3 e 4, sia l'amministrazione committente o concedente sia le imprese ed i consorzi sono tenuti a conservare per cinque anni dal collaudo dell'opera i predetti dati, tenendoli a disposizione dell'autorità giudiziaria o degli organi cui la legge attribuisce poteri di accesso, di accertamento o di verifica per la prevenzione e la lotta contro la delinquenza mafiosa;
- ai sensi dell'art. 2, comma 1, le amministrazioni committenti o concedenti chiedono, in corso d'opera, alle società di cui all'art. 1 del decreto se siano intervenute variazioni nella composizione societaria di entità superiore al 2% rispetto a quanto comunicato ed i risultati della verifica sono comunicati al Ministero dei lavori pubblici (oggi Ministero delle Infrastrutture);
- ai sensi dell'art. 4, comma 1, era previsto che entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore del Decreto sarebbero dovute cessare le intestazioni fiduciarie, comunque assunte, di azioni o quote delle società previste dall'art. 1.

Il divieto di intestazione fiduciaria ha lo scopo di evitare che le amministrazioni appaltanti non abbiano il controllo del reale soggetto che si aggiudica un appalto e di contrastare il rischio di infiltrazioni occulte delle organizzazioni mafiose. Pertanto, ad eccezione del caso di intestazioni fiduciarie a società fiduciarie autorizzate ai sensi della legge 23 novembre 1939, n. 1966 - e si ribadisce a condizione che queste ultime provvedano, entro trenta giorni dalla richiesta effettuata dai soggetti aggiudicatari, a comunicare alle amministrazioni interessate l'identità dei fiduciari - l'accertamento di una situazione di

intestazione fiduciaria in capo ad un soggetto costituisce causa di esclusione dalla procedura di gara oltre che ne preclude la possibilità di risultare affidatari di contratti o subappalti.

Mentre la disposizione era già operante nel settore degli appalti di lavori (ed infatti le citate leggi fanno espresso riferimento ai soggetti aggiudicatari di lavori), la stessa costituisce una novità per gli affidamenti relativi agli appalti di servizi e forniture. Stante la espressa previsione di cui all'art. 38, comma 1, lett. d) non può essere messa in dubbio l'operatività del divieto anche ai fini della partecipazione a gare d'appalto e relativi affidamenti aventi ad oggetto servizi e forniture sebbene, come detto, nella legge 1990 n. 55 si faccia esclusivo riferimento agli aggiudicatari di appalti di lavori (in tal senso Determinazione AVCP 12 gennaio 2010, n. 1).

Del resto anche prima dell'entrata in vigore del Codice, la giurisprudenza - con riferimento ad un appalto concorso avente ad oggetto la concessione di un servizio con annessa realizzazione di lavori, rispetto al quale l'aggiudicatario revocato invocava la non applicabilità del divieto stante la preponderanza dei servizi rispetto ai lavori - ha puntualizzato come le regole della trasparenza societaria contenute nella legge 19 marzo 1990 n. 55, concretizzano la tutela di interessi di rango costituzionale e manifestano la tendenza ad una razionale espansione anche al di fuori dei limiti letterali delle formule linguistiche utilizzate. Tali regole mirano a prevenire gravi pericoli di infiltrazione della criminalità organizzata e presidiano la salvaguardia di interessi essenziali dell'ordinamento. Pertanto la normativa antimafia, di cui al capo secondo della legge 19 marzo 1990, n. 55 (sotto cui sono rubricati gli articoli 17 e 18), si applica non soltanto ai soli contratti di appalto per la realizzazione di opere pubbliche, ma a tutti i contratti

mediante i quali l'amministrazione si assicura l'esecuzione di lavori e la fornitura di beni e servizi (Cons. St., Sez. V, 22 luglio 2002, n. 4010).

3.2.5. LE GRAVI INFRAZIONI ALLE NORME IN MATERIA DI SICUREZZA E DI OGNI ALTRO OBBLIGO DERIVANTE DAI RAPPORTI DI LAVORO (ART. 38, COMMA 1, LETT. E)

Ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. e), sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di gara ovvero non possono essere affidatari di subappalti o essere contraenti i soggetti che hanno commesso gravi infrazioni, debitamente accertate, alle norme in materia di sicurezza e ad ogni altro obbligo derivante dai rapporti di lavoro, risultanti dai dati in possesso dell'Osservatorio.

Deve senz'altro ritenersi che il riferimento alle infrazioni relative ad ogni altro obbligo derivante dai rapporti di lavoro vada riferito ad ogni violazione diversa da quelle riguardanti gli obblighi contributivi ed assistenziali. E ciò non perché il mancato rispetto di tali obblighi non sia rilevante, ma perché, proprio per la loro importanza, costituisce autonoma causa di esclusione disciplinata alla successiva lettera i) dell'art. 38.

Ai fini dell'individuazione delle infrazioni, occorrerà senz'altro fare riferimento agli obblighi derivanti dal Testo Unico in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro di cui al D.Lgs. 9 aprile 2008, n. 81, e successive modifiche, come precisato dall'AVCP nella citata Determinazione 12 gennaio 2010, n. 1.

Potrà poi essere utile fare riferimento:

- all'elenco delle "disposizioni in materia di tutela delle condizioni di lavoro la cui violazione è causa ostativa al rilascio del DURC" (documento unico di regolarità contributiva di cui si dirà nel proseguo), contenuto nell'allegato A del Decreto del Ministro del lavoro e della

previdenza sociale (oggi Ministro del lavoro, salute e politiche sociali) del 24 ottobre 2007 sul DURC;

- all'elenco delle "gravi violazioni ai fini dell'adozione del provvedimento di sospensione dell'attività imprenditoriale", contenuto nell'Allegato I del D.Lgs. 9 aprile 2008, n. 81.

Occorre puntualizzare che le fattispecie ivi indicate costituiscono un elenco meramente esemplificativo delle violazioni in materia di sicurezza e di ogni altro obbligo derivante dai rapporti di lavoro.

I presupposti affinché operi l'esclusione o il divieto sono:

- a) la gravità dell'infrazione;
- b) la circostanza che la medesima sia debitamente accertata;
- c) il fatto che l'infrazione risulti dai dati in possesso dell'Osservatorio.



In relazione ad alcuni dei requisiti di cui all'art. 38, comma 1, del Codice, quale quello di cui alla lett. e), ovvero quello di cui alla lett. h) e alla lett. m-bis, viene precisato che l'elemento preclusivo alla partecipazione risulta "dai dati in possesso dell'Osservatorio" o "dal Casellario informatico".

Il Casellario informatico delle imprese qualificate è stato istituito presso l'Osservatorio a norma dell'art. 27 del D.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34. Il Casellario assolve ad una funzione pubblicitaria consentendo alle stazioni appaltanti di acquisire notizie sulle imprese. I dati in esso contenuti sono infatti resi pubblici a cura dell'Osservatorio.

Inizialmente il Casellario conteneva notizie riguardanti soltanto le imprese esecutrici di lavori pubblici. Non sussisteva infatti per il settore dei servizi e delle forniture un analogo sistema unitario di raccolta e pubblicizzazione di dati che consentisse alle stazioni appaltanti di effettuare le medesime verifiche nei confronti dei fornitori e dei prestatori di servizi.

L'AVCP ha ritenuto che tale carenza impedisse di fatto la concreta operatività dell'art. 38, comma 1, lettere e) ed h), del Codice. Pertanto, al fine di razionalizzare il sistema e, soprattutto, al fine di consentire la parità di

trattamento di tutti gli operatori economici, ha ampliato l'ambito di applicazione del Casellario anche ai settori dei servizi e delle forniture con Determinazione 10 gennaio 2008, n. 1.

Il terzo decreto correttivo (D.Lgs. 11 settembre 2008, n. 152) ha poi novellato l'art. 7 del Codice, disponendo, al comma 10, l'istituzione del casellario informatico dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, e demandandone la disciplina e le modalità di funzionamento il Regolamento di attuazione.

La giurisprudenza ha affermato poi che dall'intero sistema del codice, anche prima del terzo correttivo, si desumerebbe l'operatività del casellario informatico riguarda anche per i servizi e le forniture. Sicché, il terzo correttivo ha una portata esplicativa di un principio già desumibile dal Codice nella sua precedente formulazione. Infatti l'art. 38, comma 1, lett. e), h), m-bis, prevede cause di esclusione per comprovare le quali vanno utilizzati i dati in possesso dell'Osservatorio, ovvero del casellario. Si tratta di cause di esclusione comuni a servizi, lavori, forniture. Il Codice dà dunque per presupposto, essendo le cause di esclusione di immediata applicazione, che sia attivato lo strumento attuativo, vale a dire il casellario, anche per servizi e forniture (Cons. St. Sez. VI, 4 agosto 2009, n. 4906).

Ai fini della verifica della sussistenza del presupposto della gravità dell'infrazione, la stazione appaltante, dovrà operativamente:

- 1) seguire gli stessi criteri indicati in precedenza con riferimento all'accertamento della gravità del reato;
- 2) motivare adeguatamente la determinazione finale assunta.

Per quanto riguarda la verifica della sussistenza del presupposto di cui al punto b), secondo quanto indicato dall'AVCP nel parere già citato in precedenza in questo paragrafo, l'infrazione potrà considerarsi definitivamente accertata:

- laddove l'infrazione integri anche una fattispecie di reato, quando si sia in presenza di una sentenza o decreto penale di condanna passati in giudicato;
- laddove l'infrazione integri unicamente un illecito amministrativo, quando il provvedimento amministrativo, a mezzo del quale

la medesima è stata accertata, sia divenuto inoppugnabile (tale può dirsi il provvedimento avverso il quale non può essere esperita azione in sede giurisdizionale o in sede di ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, ovvero, se detta azione è stata esperita, sia intervenuta una pronuncia passata in giudicato o la decisione sul Ricorso straordinario). Tuttavia si segnala che se anche l'AVCP indica quando l'accertamento delle infrazioni possa considerarsi definitivo, la norma parla di infrazione debitamente accertata. Senz'altro dunque le infrazioni definitivamente accertate dovranno considerarsi anche debitamente accertate, ma unitamente a queste, anche infrazioni non definitivamente accertate potrebbero considerarsi cause di esclusione dalle procedure di gara se il loro accertamento sia avvenuto in maniera debita.



Nell'ipotesi in cui l'infrazione integri una fattispecie di reato accertata in via definitiva, la stazione appaltante dovrà procedere nel modo seguente:

- a) verificare se il reato è tale da integrare la causa di esclusione di cui all'art. 38, lett. c), (reato grave commesso in danno dello Stato o della Comunità tale da incidere sulla moralità professionale),
- b) una volta accertata la sussistenza del suddetto motivo di esclusione, ne consegue che la causa di esclusione di cui si sta parlando può dirsi realizzata in modo automatico;
- c) ciò non esonera la stazione appaltante dal verificare se l'infrazione relativa alle norme sulla sicurezza e ad ogni altro obbligo derivante dal rapporto di lavoro, sia tale da giustificare l'esclusione indipendentemente dal reato commesso ed accertato in via definitiva;
- d) in caso di esito positivo dell'accertamento di cui al punto c), è necessario procedere all'esclusione del concorrente, motivando il relativo atto sia sull'esistenza del presupposto di cui all'art. 38, comma 1, lett. c), sia sull'esistenza del presupposto di cui all'art. 38, comma 1, lett. e);
- e) la motivazione di cui al punto d), può assumere la

seguente forma: l'impresa x è esclusa per la sussistenza del presupposto di cui all'art. 38, comma 1, lett. c), ed in ogni caso anche per la sussistenza del presupposto di cui all'art. 38, comma 1, lett. e).

Infine, con riguardo alla circostanza che l'infrazione sia risultante dai dati in possesso dell'Osservatorio, l'AVCP ritiene che tale risultanza non sia elemento imprescindibile ai fini della valutazione dell'infrazione.

3.2.6. LA GRAVE NEGLIGENZA O MALAFEDE NELL'ESECUZIONE DELLE PRESTAZIONI O GRAVE ERRORE NELL'ESERCIZIO DELL'ATTIVITÀ PROFESSIONALE (ART. 38, COMMA 1, LETT. F)

Ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. f), sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di gara ovvero non possono essere affidatari di subappalti o contraenti i soggetti che, secondo motivata valutazione della stazione appaltante, hanno commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara; o che hanno commesso un errore grave nell'esercizio della loro attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante.

La disposizione contempla due fattispecie, in passato previste l'una nell'ambito degli appalti di lavori, l'altra nell'ambito degli appalti di servizi e forniture.

La giurisprudenza ha osservato come l'esigenza che si intende soddisfare con la predetta causa di esclusione sia quella di salvaguardare l'elemento fiduciario che deve sussistere tra stazione appaltante e contraente, che viene scalfito in presenza di un giudizio formulato dall'amministrazione circa la grave negligenza dell'aspirante partecipante (Cons. St., Sez. V, 27 gennaio 2010, n. 296).

3.2.6.1. *La grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante*

La prima fattispecie riguarda l'esclusione per il soggetto che, a giudizio della stazione appaltante, abbia tenuto un comportamento gravemente colposo (di grave negligenza) o intenzionalmente doloso (di malafede) nell'esecuzione di prestazioni già affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara.

La valutazione concerne dunque comportamenti tenuti nell'ambito di un appalto precedentemente affidato a quel soggetto dalla medesima stazione appaltante.



Grave negligenza nell'esecuzione di un appalto affidato dalla società in house

Come deve comportarsi la stazione appaltante nell'ipotesi in cui il comportamento gravemente colposo o intenzionalmente doloso sia stato tenuto da un soggetto nell'esecuzione di un precedente appalto aggiudicato dalla società in house della stazione appaltante? In proposito stante il rapporto che lega la società in house e l'azionista pubblico, in virtù del quale la prima è considerata alla stregua di un organo del secondo è evidente come il comportamento dell'impresa rilevi come causa di esclusione anche in relazione alle gare bandite dalla stazione appaltante che possiede la società in house.

Affinché possa configurarsi la fattispecie non è sufficiente la sola circostanza che le prestazioni dedotte in contratto non siano state eseguite a regola d'arte, ma occorre una violazione del dovere di diligenza caratterizzata da dolo o colpa grave.



La giurisprudenza ha avuto modo di chiarire la differenza tra l'inadempimento che configura una grave negligenza ex art. 38, comma 1, lett. f), e l'inadempimento che comporta la risoluzione del contratto ex art. 1453

del codice civile precisando che:

- *per la risoluzione del contratto ex art. 1453 c.c. la gravità dell'inadempimento deve essere valutata in relazione all'interesse all'esecuzione dedotto nel contratto;*
- *nell'ipotesi di cui all'art. 38, comma 1, lett. f) del Codice invece, la gravità ha una rilevanza, per così dire, esterna, nel senso che deve essere idonea ad influire sull'interesse (pubblico) dell'amministrazione a stipulare un nuovo contratto con l'impresa privata, ma non a liberarsi dal precedente rapporto, come nel caso della risoluzione.*

Ne consegue che la gravità della generica negligenza o dell'inadempimento a specifiche obbligazioni contrattuali non va commisurata all'idoneità della medesima a pregiudicare la realizzazione dello specifico interesse dedotto nella causa del contratto irregolarmente eseguito; ma va commisurata al pregiudizio arrecato alla fiducia, all'affidamento che la stazione appaltante deve poter riporre, ex ante, nell'impresa cui decide di affidare l'esecuzione di un nuovo rapporto contrattuale. Pertanto, la valutazione assume un aspetto più soggettivo (di affidabilità) che oggettivo (il pregiudizio al concreto interesse all'esecuzione della specifica prestazione rimasta inadempita) (TAR Molise, Campobasso, 23 giugno 2010, n. 236).

3.2.6.2. *L'errore grave nell'esercizio dell'attività professionale*

La seconda fattispecie riguarda l'esclusione per il soggetto che ha commesso un errore grave nell'esercizio della propria attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante.

Si tratta di comportamenti tenuti dall'operatore economico durante la propria attività imprenditoriale, indipendentemente dalla circostanza che l'errore grave sia stato commesso nei confronti della stazione appaltante o di altri contraenti. Ciò in considerazione del fatto che l'errore grave costituisce un elemento sintomatico dell'inaffidabilità ed incapacità professionale che può influire sulla capacità del soggetto ad eseguire prestazioni idonee a soddisfare gli interessi pubblici che la stazione appaltante intende perseguire con l'affidamento dell'appalto (in tal senso Determinazione AVCP 12 gennaio

2010, n. 1).

3.2.6.3. *L'accertamento e il giudizio di valutazione da parte della stazione appaltante*

Ai fini della verifica della sussistenza di una causa di esclusione ex art. 38, comma 1, lett. f), valgono per la stazione appaltante le seguenti regole:

- la sussistenza di tali situazioni ostative può essere desunta da qualsiasi mezzo di prova;
- il provvedimento di esclusione deve essere motivato congruamente.

In sostanza, a differenza di altre ipotesi di esclusione previste dallo stesso art. 38 comma 1, che richiedono espressamente il definitivo accertamento (lett. g) o il passaggio in giudicato della sentenza (lett. c), nella fattispecie prevista nella lett. f), è sufficiente che vi sia un'adeguata prova dell'inadempimento e che lo stesso rilevi sul piano della menomazione dell'affidabilità dell'impresa privata nei confronti della medesima amministrazione (Cons. St., Sez. V, 27 gennaio 2010, n. 296).

L'accertamento dell'errore grave potrà quindi risultare, ad esempio, da fatti certificati in sede amministrativa o giurisdizionale, da fatti attestati da altre stazioni appaltanti, o da fatti di cui la stazione appaltante è venuta comunque a conoscenza con altre modalità (in tal senso Determinazione AVCP 12 gennaio 2010, n. 1).

Pertanto la disposizione in esame non fornisce alcuna indicazione sull'arco temporale in cui la preclusione opera. Detto in altri termini, una volta che sia stata commessa una grave negligenza nell'esecuzione di un precedente appalto o un errore professionale grave, per quanto tempo è destinata ad operare la preclusione relativa alla partecipazione alle gare? Nel silenzio del legislatore si può ricordare come vi sia un orientamento dell'AVCP che, ancorché risalente

al 2005 e formulato in relazione alla fattispecie di cui all'art. 75, lett. f), del D.P.R. n. 554 del 1999, ritiene di applicare il termine annuale previsto per la causa di esclusione relativa alla falsa dichiarazione (Determinazione AVCP 2 marzo 2005, n. 1).



Una società era stata esclusa da una procedura di gara ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. f), del Codice in quanto la stazione appaltante aveva risolto per gravi inadempienze e ritardi dell'appaltatore un precedente ed analogo contratto d'appalto.

La società ha proposto ricorso sull'assunto, tra gli altri, che la risoluzione del precedente contratto era da addebitarsi ad esclusiva responsabilità della stazione appaltante, che aveva posto in essere ripetute violazioni dei patti negoziali tanto da indurre la società a richiedere la risoluzione del contratto e a notificare domanda di arbitrato al fine di far accertare la responsabilità del committente e conseguire il pagamento di quanto ancora dovuto.

Il TAR ha annullato l'esclusione della società dalla gara di appalto sull'assunto che non fosse legittima l'esclusione dalla gara nel caso in cui l'atto relativo all'accertamento delle pregresse violazioni verificatesi in sede di esecuzione di precedenti contratti, fosse oggetto di contestazione, ritenendo che la domanda di arbitrato notificata dalla società era sufficiente ad integrare tale contestazione. Secondo il giudice, pur nella diversa formulazione letterale delle disposizioni di cui all'art. 38, comma 1, lett. g) e lett. i) - che, ai fini della esclusione dalla partecipazione alle gare di appalto, richiede espressamente che le violazioni commesse dai concorrenti, rispettivamente in materia di imposte e tasse ed in materia contributiva, siano "definitivamente accertate" - anche con riferimento alla lett. f), dell'art. 38, comma 1, non sarebbe sufficiente la sussistenza di una pregressa grave negligenza o malafede o errore grave accertati da parte della stazione appaltante.

La sentenza è stata appellata dall'amministrazione ed il Consiglio di Stato non ha condiviso le argomentazioni svolte dal giudice di prime cure. Il Consiglio di Stato:

- ha ricordato come la portata della disposizione in esame fosse stata già chiarita in giurisprudenza la quale, già nella vigenza dell'art. 75, comma 1, lett. f) del D.P.R. 21 dicembre 1990, n. 554, ora sostituito dall'art. 38 del D. Lgs. 163 del 2006, stabiliva che

la norma non presuppone il definitivo accertamento del comportamento doloso o gravemente colposo, essendo sufficiente la valutazione fatta dalla stessa amministrazione col richiamo per relationem all'atto con cui, in altro rapporto contrattuale di appalto, la stessa amministrazione aveva provveduto alla risoluzione per inadempimenti contrattuali;

- *ha affermato come la predetta conclusione sia motivata dal fatto che la esclusione di che trattasi non ha carattere sanzionatorio, essendo viceversa prevista a presidio dell'elemento fiduciario destinato a connotare, sin dal momento genetico, i rapporti contrattuali di appalto pubblico;*
- *ha ritenuto che non assuma alcun rilievo, ai fini in controversia, la contestazione da parte della impresa della valutazione amministrativa posto che l'esigenza soddisfatta dalla richiamata previsione nel delineare la causa di esclusione è appunto quella di salvaguardare l'elemento fiduciario, scalfito in presenza di un giudizio formulato dall'amministrazione circa la grave negligenza dell'aspirante partecipante;*
- *ha ritenuto che la predetta linea interpretativa trovi decisivo conforto da un punto di vista esegetico posto che lo stesso art. 38, primo comma, richiede espressamente il definitivo accertamento (lett. g) o il passaggio in giudicato della sentenza (lett. c) laddove individua altre cause di esclusione e quindi alla stregua di una interpretazione a contrario, deve ritenersi quindi sufficiente l'accertamento in sede amministrativa della causa di esclusione invocata nel caso di specie.*

Il giudice ha quindi concluso per l'accoglimento dell'appello (Cons. St., Sez. V, 27 gennaio 2010, n. 296).

3.2.7. LE VIOLAZIONI RISPETTO AGLI OBBLIGHI RELATIVI AL PAGAMENTO DELLE IMPOSTE E TASSE (ART. 38, COMMA 1, LETT. G)

Ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. g), sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di gara ovvero non possono essere affidatari di subappalti o contraenti i soggetti che hanno commesso violazioni, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti.

3.2.7.1. La definitività dell'accertamento

A differenza della precedente normativa nel-

l'ambito degli appalti di servizi e forniture, il Codice prevede che la preclusione operi con riguardo alle irregolarità fiscali definitivamente accertate.

L'accertamento potrà considerarsi definitivo quando consegue ad una decisione giurisdizionale oppure ad un provvedimento amministrativo di accertamento tributario divenuto inopugnabile (quando cioè siano scaduti i termini per impugnarlo).

Pertanto dovrà comunque considerarsi in regola l'operatore economico che:

- ha proposto un ricorso giurisdizionale o amministrativo avverso gli atti di accertamento tributario o fiscale;
- ha usufruito di un condono fiscale o previdenziale;
- ha raggiunto un accordo transattivo per la rateizzazione o la riduzione del debito.

3.2.7.2. La valutazione della violazione da parte della stazione appaltante

Con riguardo all'attività di valutazione che deve operare la stazione appaltante occorre svolgere due considerazioni.

La prima considerazione riguarda la circostanza che in tale ipotesi il Codice non prevede espressamente che la violazione debba essere grave, come fa per altri tipi di violazioni e, pertanto, a rigore, deve ritenersi che una volta accertata una violazione fiscale alla stazione appaltante non residui alcun margine di discrezionalità nel valutare la gravità o la esiguità della violazione, dovendo procedere con l'esclusione.

In tal senso infatti è l'orientamento prevalente del giudice amministrativo secondo il quale stante il tenore della disposizione di cui all'art. 38, comma 1, lett. g), sia logico che ogni violazione, anche di importo esiguo, sia da ritenersi rilevante ai fini della configurazione dell'ipo-

tesi ivi contemplata senza che sia consentito all'Amministrazione appaltante e tanto meno al concorrente valutarne la rilevanza e la buona o mala fede del contribuente; tale esclusione, infatti, è stata evidentemente valutata in ragione dello scopo di garantire non solo l'affidabilità dell'offerta, nell'esecuzione del contratto, ma anche la correttezza e la serietà del concorrente (Cons. St., Sez. V, 15 ottobre 2009, n. 6325). Diversamente operando, si avrebbe il conferimento all'amministrazione di un potere discrezionale di apprezzamento della gravità dell'infrazione anche in aree in cui è positivamente esclusa (TAR Toscana, Firenze, Sez. I, 10 giugno 2010, n. 1803). Insomma il Legislatore ha inteso attribuire all'Amministrazione il potere di valutare l'entità dell'infrazione, ai fini della sussistenza del requisito di affidabilità, soltanto nelle ipotesi caratterizzate dalla gravità, mentre nelle altre la sussistenza dell'infrazione è di per sé sufficiente ad impedire la partecipazione alla procedura (TAR Campania, Napoli, Sez. I, 11 gennaio 2010, n. 51).

Tuttavia non può non segnalarsi come vi sia un orientamento, da ritenersi minoritario, secondo il quale invece le violazioni fiscali definitivamente accertate non integrano una fattispecie di esclusione automatica dell'impresa concorrente che le ha commesse, a prescindere dalla loro valutazione in concreto. Ciò in considerazione del fatto che la valutazione con significato rigidamente preclusivo di qualsivoglia inadempimento tributario si tradurrebbe nel corrispondente pregiudizio per il principio di libera concorrenza. Secondo tale orientamento, ciascuna delle fattispecie contemplate dall'art. 38, indipendentemente dalla circostanza che prevedano la gravità o meno della violazione che configura la causa di esclusione, deve essere valutata alla stregua del canone teleologico, che esclude

che, in presenza di violazioni di scarso rilievo, sia inciso il generalissimo principio di concorrenza, quale principio fondante dell'ordinamento comunitario; soltanto l'esistenza, quindi, di una globale situazione, quale risultato finale dell'apprezzamento da compiersi con l'applicazione del principio di proporzionalità è idonea a far scattare l'esclusione (TAR Lombardia, Brescia, Sez. II, 10 giugno 2010, n. 2305).

La seconda considerazione riguarda la circostanza che il rapporto tra il fisco e i contribuenti è di tipo continuativo e che le irregolarità possono essere sanate sia attraverso l'esatto adempimento delle obbligazioni inerenti le imposte e tasse dovute sia a seguito del raggiungimento di accordi transattivi. Il requisito del rispetto degli obblighi fiscali deve considerarsi dinamico e la sua sussistenza va accertata al momento della scadenza del termine per la presentazione della domanda di partecipazione nel caso di procedure ristrette o al momento della presentazione dell'offerta nel caso di procedure aperte. Pertanto, se dovesse risultare che l'operatore economico a tali date non era in regola con il pagamento di imposte e tasse a seguito di una violazione definitivamente accertata lo stesso dovrà essere escluso dalla partecipazione alla gara (Determinazione AVCP 12 gennaio 2010, n. 1). Il requisito deve inoltre sussistere per tutta la durata della gara fino all'aggiudicazione affinché il soggetto eventualmente aggiudicatario possa sottoscrivere il contratto.



La durata dell'efficacia ostativa alla partecipazione alle gare d'appalto (o alla stipula del contratto o affidamento in subappalto), relativa alle violazioni rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse, si protrarrà fintantoché l'operatore economico non rego-

larizzi la propria posizione.

Ciò tuttavia non significa che una regolarizzazione successiva alla presentazione della domanda di partecipazione o di presentazione dell'offerta (rispettivamente nelle procedure ristrette o aperte) possa evitare l'esclusione dalla gara. Ed infatti:

- *da una parte la regolarizzazione successiva non sana la posizione dell'operatore economico, che dovrà pertanto essere escluso per mancanza del requisito;*
- *dall'altra parte la regolarizzazione consentirà all'operatore economico di partecipare a gare successive.*

3.2.8. LE FALSE DICHIARAZIONI IN MERITO AI REQUISITI E ALLE CONDIZIONI RILEVANTI PER LA PARTECIPAZIONE ALLE PROCEDURE DI GARA E PER L'AFFIDAMENTO DEI SUBAPPALTI (ART. 38, COMMA 1, LETT. H)

Ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. h), sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di gara ovvero non possono essere affidatari di subappalti o contraenti i soggetti che, nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, hanno reso false dichiarazioni in merito ai requisiti e alle condizioni rilevanti per la partecipazione alle procedure di gara e per l'affidamento dei subappalti, risultanti dai dati in possesso dell'Osservatorio e dunque presenti nel Casellario informatico.

Se in occasione di una procedura di gara la stazione appaltante accerta la non corrispondenza tra le dichiarazioni rese da un operatore economico e la successiva documentazione acquisita ai fini della verifica, fermo restando la comminazione dell'esclusione nella specifica gara, essa ha l'obbligo di segnalare il fatto all'AVCP.

3.2.8.1. L'ambito oggettivo dell'obbligo di segnalazione all'AVCP

Con riguardo all'ambito oggettivo di segnalazione, la giurisprudenza, anche di recente, ha ricordato che la segnalazione all'AVCP va fatta non solo nel caso di false dichiarazioni dei requisiti di

ordine speciale (capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa) in sede di controllo secondo la espressa previsione dell'art. 48 del Codice, ma anche in caso di false dichiarazioni relative ai requisiti di ordine generale, secondo quanto più volte statuito dal Consiglio di Stato: Cons. St., Sez. VI, 4 agosto 2009, n. 4906; Cons. St., Sez. IV, 7 settembre 2004, n. 5792; Cons. St., Sez. V, 12 febbraio 2007, n. 554.



Naturalmente una falsa dichiarazione può emergere anche dalla non corrispondenza tra quanto dichiarato dal concorrente e la documentazione allegata. In questo caso ove la stazione appaltante abbia accertato, previa richiesta di chiarimenti all'impresa, che si tratta di falsa dichiarazione dovrà procedere con l'esclusione dalla gara e la segnalazione del fatto all'AVCP.

3.2.8.2. Obbligo di segnalazione e conseguente procedimento per l'annotazione nel casellario informatico

A seguito della segnalazione l'AVCP dovrà procedere alla puntuale e completa annotazione nel Casellario Informatico. A seguito della segnalazione si apre dunque dinanzi all'AVCP il relativo procedimento. Trattandosi di procedimento di competenza di un'amministrazione diversa da quella che inoltra la segnalazione, si rinvia per approfondimenti relativi alle modalità di svolgimento del procedimento medesimo al punto 10 della Determinazione AVCP 12 gennaio 2010, n. 1.

È tuttavia opportuno sottolineare con riferimento all'operatività della stazione appaltante quanto segue:

- a) l'importanza dell'assolvimento dell'obbligo di segnalazione dal momento che l'inadempimento non rende possibile l'annotazione nel Casellario informatico e tale mancata an-

notazione potrebbe consentire la partecipazione ad altre gare di un concorrente che si trova in una situazione impeditiva, con conseguente responsabilità della stazione appaltante che non ha assolto l'obbligo previsto;

b) la necessità che la segnalazione sia il più possibile precisa e puntuale, dal momento che l'AVCP non procede all'annotazione:

- allorché consti l'inesistenza in punto di fatto dell'asserita falsa dichiarazione;
- allorché riscontri l'inconferenza e la non pertinenza del contenuto della segnalazione effettuata dalla stazione appaltante.

3.2.8.3. *La decorrenza del termine della preclusione alla partecipazione alle gare*

Il Regolamento di attuazione del Codice prevede espressamente, all'art. 8, comma 2, lett. s), che il termine annuale della preclusione decorre dalla data di iscrizione nel Casellario informatico della notizia in ordine alla falsa dichiarazione resa dall'operatore economico.

3.2.9. LE GRAVI VIOLAZIONI ALLE NORME IN MATERIA DI CONTRIBUTI PREVIDENZIALI E ASSISTENZIALI (ART. 38, COMMA 1, LETT. I)

Ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. i), sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di gara ovvero non possono essere affidatari di subappalti o contraenti i soggetti che hanno commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, dalle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali, secondo la legislazione italiana o dello Stato in cui sono stabiliti.

Per effetto di tale disposizione i soggetti che intendono partecipare alle gare, per poi ottenere l'affidamento (o il sub affidamento) degli appalti, devono essere in possesso del requisito della così detta "correntezza contributiva" è cioè essere in regola con le periodiche scadenze

delle obbligazioni previdenziali e assistenziali. La regolarità contributiva dei concorrenti deve sussistere al momento della partecipazione alla gara e deve permanere fino al momento dell'aggiudicazione, essendo palese l'esigenza per la stazione appaltante di verificare l'affidabilità del soggetto partecipante alla gara fino alla conclusione della stessa.

3.2.9.1. *Il D.U.R.C.*

Innanzitutto va ricordato che, in seguito dell'entrata in vigore della disciplina di cui agli artt. 2, del D.L. n. 210 del 2002, come modificato dalla legge di conversione 22 novembre 2002 n. 266 e 3, comma 8, lett. b-bis), del D.Lgs. n. 494 del 1996, è stato istituito il Documento Unico di Regolarità Contributiva (D.U.R.C.). Quest'ultimo è un certificato che attesta l'assolvimento da parte delle imprese degli obblighi legislativi e contrattuali nei confronti di INPS, INAIL e Casse edili.

Più in particolare, in attuazione di quanto disposto all'art. 1, comma 1176, della legge 27 dicembre 2006, n. 296, con il Decreto del Ministro del lavoro e della previdenza sociale 24 ottobre 2007, sono state definite le modalità di rilascio ed i contenuti analitici del D.U.R.C.

Mentre in passato le irregolarità contributive costituivano causa ostativa al rilascio del D.U.R.C. indipendentemente dalla loro entità o dal loro accertamento definitivo, il D.M. 24 ottobre 2007 ha previsto, tra l'altro, che:

- ai fini specifici della partecipazione a gare di appalto, viene fissata una soglia di gravità delle violazioni, ritenendosi le violazioni al di sotto di tale soglia non ostative al rilascio del D.U.R.C.. In particolare non si considera grave lo scostamento inferiore o pari al 5% tra le somme dovute e quelle versate con riferimento a ciascun periodo di paga o di con-

tribuzione o, comunque, uno scostamento inferiore a 100 euro, fermo restando l'obbligo di versamento del predetto importo entro i trenta giorni successivi al rilascio del D.U.R.C. (cfr. art. 8, co. 3, D.M. 24 ottobre 2007);

- la pendenza di qualsivoglia contenzioso amministrativo impedisce di ritenere il soggetto in posizione irregolare e pertanto, fino alla decisione che respinge il ricorso, può essere dichiarata la regolarità contributiva (cfr. art. 8, co. 2, lett. a), D.M. 24 ottobre 2007).



L'art. 2, comma 1, del D.L. 25 settembre 2002 n. 210 (convertito con modificazioni dalla legge 22 novembre 2002 n. 266), ha stabilito che le imprese risultate affidatarie di un appalto pubblico sono tenute a presentare in sede di stipula del contratto alla stazione appaltante la certificazione relativa alla regolarità contributiva a pena di revoca dell'affidamento.

La giurisprudenza ha ritenuto che stante la inderogabilità ed imperatività della disciplina in questione, nel caso in cui un bando di gara non preveda l'obbligo per l'impresa che risulti aggiudicataria di presentare alla stazione appaltante la certificazione relativa alla regolarità contributiva, il medesimo bando deve intendersi integrato dalla prescrizione di tale obbligo di cui al citato art. 2, D.L. 25 settembre 2002, n. 210 (Cons. St., Sez. IV, 12 marzo 2009, n. 1458).

Il procedimento di rilascio del D.U.R.C. è stato recentemente semplificato. Ai sensi dell'art. 16-bis, comma 10, del D.L. 29 novembre 2008, n. 185, convertito dalla legge 28 gennaio 2009, n. 2, le stazioni appaltanti pubbliche acquisiscono d'ufficio, anche attraverso strumenti informatici, il D.U.R.C. dagli istituti o dagli enti abilitati al rilascio in tutti i casi in cui è richiesto dalla legge.

3.2.9.2. L'accertamento della gravità della violazione

Ai fini della sussistenza del divieto occorre che la

violazione sia grave e definitivamente accertata. Quando può dirsi sussistente tale situazione? Sul punto si è aperto un ampio dibattito e si sono formati orientamenti giurisprudenziali diversi ed addirittura contrastanti.

A) Secondo un primo orientamento un D.U.R.C. che segnala la non regolarità contributiva (superiore ovviamente alle soglie di tolleranza indicate nel paragrafo precedente) è prova della gravità e definitività della violazione, cui consegue automaticamente l'esclusione del concorrente, dal momento che la competenza a verificare la regolarità contributiva spetta agli enti previdenziali con conseguente esonero della stazione appaltante dall'effettuare verifiche in proposito;

B) secondo un altro orientamento giurisprudenziale anche in presenza di un D.U.R.C. che segnala la non regolarità contributiva (ovviamente superiore alle soglie di tolleranza) spetta comunque alla stazione appaltante accertare se tale irregolarità sia grave e soltanto all'esito positivo di tale accertamento essa dovrà procedere all'esclusione.

Se si segue quest'ultimo orientamento ne consegue che:

- se la stazione appaltante ritiene non grave la violazione, il concorrente, pur in possesso di un D.U.R.C. che segnala una posizione di non regolarità contributiva, non deve essere escluso dalla gara;
- se, per ipotesi, il suddetto concorrente risultasse aggiudicatario, in ogni caso sussisterebbe per il medesimo l'obbligo di regolarizzare la posizione e presentare un D.U.R.C. regolare ex art. 2, comma 1, del D.L. 25 settembre 2002, n. 210, nonché ex art. 38, comma 3, per la sottoscrizione del contratto;
- il mancato assolvimento di tale onere

comporta l'annullamento dell'aggiudicazione.

Se si segue il primo orientamento tutti i ricordati passaggi operativi non hanno motivo di essere compiuti, in quanto il concorrente va escluso dalla gara e dunque non potrà mai risultare aggiudicatario.

In presenza del contrasto giurisprudenziale di cui si è detto, non è facile per la stazione appaltante determinarsi in un senso o nell'altro e dunque evitare contestazioni da parte dei concorrenti. In via generale sembra prudente aderire all'orientamento maggioritario che viene seguito anche dall'AVCP (Determinazione 12 gennaio 2010, n.1, punto 11).



A maggiore chiarimento degli orientamenti giurisprudenziali indicati è da segnalare che il primo orientamento, come detto, è maggioritario ed esprime i seguenti principi:

- la regolarità va accertata in capo al mero partecipante (che in ipotesi può essere affidatario) (Cons. St., Sez. IV, 12 marzo 2009, n. 1458);
- a seguito dell'entrata in vigore della disciplina sul certificato di regolarità contributiva la verifica della regolarità contributiva dei concorrenti è demandata agli istituti di previdenza, le cui certificazioni si impongono alle stazioni appaltanti, che non possono sindacare il contenuto (Cons. St., Sez. V, 23 gennaio 2008, n. 147);
- il D.U.R.C. assume la valenza di una dichiarazione di scienza, da inquadrarsi nella categoria degli atti di certificazione o di attestazione redatti da un pubblico ufficiale, assistita da pubblica fede ai sensi dell'art. 2700 del codice civile e facente pertanto prova fino a querela di falso. (Cons. St., Sez. IV, 12 marzo 2009, n. 1458).

Il secondo orientamento, che deve ritenersi minoritario, esprime le seguenti posizioni:

- l'art. 38 del Codice disciplina in modo differente la regolarità contributiva richiesta al partecipante alla gara e la regolarità contributiva richiesta all'aggiudicatario al fine della stipula del contratto (Cons. St., Sez. VI, 4 agosto 2009, n. 4906);
- il concorrente, infatti, può essere escluso solo in presenza di gravi violazioni, definitivamente accertate, sulle

cui gravità si deve pronunciare la stazione appaltante (Cons. St., Sez. VI, 4 agosto 2009, n. 4906);

- viceversa, al fine della stipula del contratto, il concorrente risultato affidatario deve presentare la certificazione di regolarità contributiva ai sensi dell'art. 2 del D.L. n. 210 del 2002, come previsto dall'art. 38, comma 3, del Codice (Cons. St., Sez. VI, 4 agosto 2009, n. 4906);
- dopo il D.M. del 2007, una declaratoria di non regolarità contributiva è grave indizio, ai fini dell'art. 38, co. 1, lett. i), del Codice, che sia stata commessa una violazione grave e definitivamente accertata (Cons. St., Sez. VI, 4 agosto 2009, n. 4906);
- in ogni caso resta escluso ogni automatismo, non essendo la stazione appaltante vincolata a valutare la gravità con gli stessi parametri utilizzati dal D.M., 24 ottobre 2007, che non costituisce atto attuativo del Codice (Cons. St., Sez. VI, 4 agosto 2009, n. 4906);
- è ammissibile il sindacato giurisdizionale del D.U.R.C., il cui carattere di dichiarazione di scienza, non è di ostacolo alla valutazione delle conseguenze che la stazione appaltante abbia tratto dal suo contenuto ai fini dell'aggiudicazione (Cons. St., Sez. V, 11 maggio 2009, n. 2874).

3.2.9.3. La durata di validità del D.U.R.C.

Le diverse prescrizioni normative in materia di D.U.R.C., che assolve a diverse finalità, ne prevedono differenti termini di validità. Per il settore degli appalti pubblici di lavori è espressamente previsto che la certificazione di regolarità contributiva abbia una validità trimestrale. L'AVCP ha ritenuto che la stessa validità trimestrale vada riconosciuta nell'intero settore degli appalti, siano essi di lavori, servizi o forniture (Determinazione AVCP 12 gennaio 2010, n. 1).

3.2.10. LA TUTELA DEI DISABILI (ART. 38, COMMA 1, LETT. I)

Ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. I), sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di gara ovvero non possono essere affidatari di subappalti o contraenti i soggetti che non presentino la certificazione di cui all'art. 17 della legge 12 marzo 1999, n. 68, salvo il disposto

del comma 2.

La legge n. 68 del 1999 reca disposizioni per il diritto al lavoro dei disabili. L'art. 17, come di recente modificato dall'art. 40, comma 5, del D. L. 25 giugno 2008, convertito in legge dall'art. 1, comma 1, legge 6 agosto 2008, n. 133, prevede espressamente che le imprese, sia pubbliche sia private, qualora partecipino a bandi per appalti pubblici o intrattengano rapporti convenzionali o di concessione con pubbliche amministrazioni, sono tenute a presentare preventivamente alle stesse la dichiarazione del legale rappresentante che attesti di essere in regola con le norme che disciplinano il diritto al lavoro dei disabili, pena l'esclusione.

In giurisprudenza è stato affermato come il citato art. 17 esprima una disposizione imperativa di ordine pubblico. La sua applicazione prescinde dunque dall'inserimento o meno dell'obbligo in essa previsto in una qualche clausola del bando. Pertanto, ove quest'ultimo non contenga alcun riferimento agli obblighi derivanti dalla norma legislativa anzidetta, esso dovrà intendersi integrato dalla disposizione in questione (Cons. St., Sez. VI, 26 febbraio 2010, n. 1135; Cons. St., Sez. V, 24 gennaio 2007, n. 256). In ogni caso è buona regola per la stazione appaltante, onde evitare qualunque contestazione, inserire la clausola in questione nel bando ovvero nei documenti di gara.



Il contenuto della dichiarazione sostitutiva

Gli operatori economici devono presentare, a pena di esclusione, la certificazione di cui all'art. 17 della legge n. 69 del 1999, attestante il rispetto della normativa sul diritto al lavoro dei disabili. Non può essere considerata funzionalmente equipollente alla predetta certificazione una generica dichiarazione sostitutiva attestante in modo onnicomprensivo l'ottemperanza alla disciplina

contributiva, previdenziale e di tutela della sicurezza del lavoro (TAR Lazio, Roma, Sez. III quater, 9 settembre 2010, n. 32198).

3.2.11. LE SANZIONI CHE COMPORTANO IL DIVIETO DI CONTRARRE CON LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE (ART. 38, COMMA 1, LETT. M)

Ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. m), sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di gara ovvero non possono essere affidatari di subappalti o contraenti i soggetti nei cui confronti è stata applicata la sanzione interdittiva di cui all'art. 9, comma 2, lettera c), del D.Lgs. 8 giugno 2001 n. 231 o altra sanzione che comporta il divieto di contrarre con la pubblica amministrazione compresi i provvedimenti interdittivi di cui all'art. 36-bis, comma 1, del D.L. 4 luglio 2006, n. 223, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 agosto 2006 n. 248.

Al riguardo il Codice:

- fa espresso riferimento alla sanzione interdittiva che può essere comminata agli enti forniti di personalità giuridica, alle società e alle associazioni anche prive di personalità giuridica, per reati commessi dai propri dipendenti nel loro interesse o vantaggio, consistente nel divieto di contrarre con la pubblica amministrazione, salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio, ai sensi dell'art. 9, comma 2, lettera c), del D.Lgs. 8 giugno 2001 n. 231;
- fa espresso riferimento alla sanzione interdittiva consistente nel divieto di contrattare con le pubbliche amministrazioni o di partecipare a gare d'appalto in caso di assunzione di mano d'opera in nero o di violazione delle norme in materia di sicurezza, ai sensi dell'art. 36-bis, comma 1, del D.L. 4 luglio 2006, n. 223 (in realtà tale articolo è stato abrogato dall'art. 304 del D.Lgs. 9 aprile 2008, n. 81, ma la

disposizione è comunque vigente perché è stata trasposta nell'art. 14 del D.Lgs. 9 aprile 2008, n. 81, di recente modificato dall'art. 11, comma 1, lett. a) del D.Lgs. 3 agosto 2009, n. 106);

- prevede una disposizione di chiusura che sancisce il divieto per qualsiasi altra ipotesi di sanzione consistente nel divieto di contrarre con la pubblica amministrazione.

Quelle richiamate sono tutte norme imperative di ordine pubblico donde la conseguenza che l'esclusione dalla gara e il divieto a sottoscrivere il contratto di appalto o di subappalto sussistono anche in assenza di una clausola del bando o dei documenti di gara che preveda espressamente tale esclusione.

3.2.12. LA SOSPENSIONE O LA DECADENZA DELL'ATTESTAZIONE SOA (ART. 38, COMMA 1, LETT. M-BIS) E SUA RILEVANZA ANCHE NEGLI APPALTI DI SERVIZI E FORNITURE

Ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. m-bis), sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di gara ovvero non possono essere affidatari di subappalti o contraenti i soggetti nei cui confronti sia stata applicata la sospensione o la decadenza dell'attestazione SOA per aver prodotto falsa documentazione o dichiarazioni mendaci, risultanti dal casellario informatico.

Il secondo decreto correttivo del Codice ha introdotto tale nuova causa di esclusione.

Va in primo luogo premesso che le imprese, che intendono partecipare a gare di appalto per l'affidamento di lavori pubblici di importo superiore ad euro 150.000,00, possono dimostrare il possesso dei requisiti di qualificazione soltanto attraverso l'attestazione SOA. Per i lavori pubblici esiste infatti un sistema unico di qualificazione che esonera le singole stazioni appaltanti dallo svolgere singole verifiche. È quindi evi-

dente che in caso di sospensione o decadenza dall'attestazione SOA l'operatore economico sarà comunque escluso dalla gara per difetto dei requisiti di qualificazione.

Tanto premesso va osservato che l'ambito operativo della disposizione in esame ha una portata più ampia, in considerazione del fatto che, nel caso in cui la sospensione o la decadenza dell'attestazione SOA sia causata dall'aver prodotto falsa documentazione o dichiarazioni mendaci, si viene a determinare una causa di esclusione per mancanza di un requisito soggettivo di ordine generale. Donde la conseguenza che il divieto di partecipare alle procedure di gara e divenire contraenti della stazione appaltante opererà anche in quelle gare in cui, ai fini della qualificazione, non necessita l'attestazione SOA e quindi le gare aventi ad oggetti appalti di servizi e forniture o appalti di lavori di importo inferiore ad euro 150.000,00 o appalti misti in cui la componente di lavori abbia un valore inferiore alla predetta soglia.

La preclusione decorre dal momento in cui il provvedimento di decadenza o di sospensione dell'attestato SOA viene inserito nel casellario informatico a cura dell'AVCP (AVCP, Determinazione AVCP 12 gennaio 2010, n. 1).

Nel caso in cui venga accertata la non imputabilità del falso all'operatore economico, allo stesso sarà consentito di ottenere una nuova attestazione. In tal caso nel casellario risulterà oltre all'annotazione in merito alla sospensione o decadenza dell'attestato SOA anche l'informazione sul rilascio della nuova attestazione (Determinazione AVCP 15 novembre 2006, n. 6 e Determinazione AVCP 12 gennaio 2010, n. 1).

3.2.13. L'OMESSA DENUNCIA, DA PARTE DELLE VITTIME, DEI REATI DI CONCUSSIONE ED ESTORSIONE AGGRAVATI DALLO STAMPO MAFIOSO (ART. 38,

COMMA 1, LETT. M-TER)

Ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. m-ter), sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di gara ovvero non possono essere affidatari di subappalti o contraenti i soggetti di cui alla lettera b) degli articoli in questione che, anche in assenza nei confronti dei medesimi di un procedimento per l'applicazione di una misura di prevenzione o di una causa ostativa ivi previste, pur essendo stati vittime dei reati previsti e puniti dagli articoli 317 e 629 del codice penale aggravati ai sensi dell'art. 7 del D.L. 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, non risultino aver denunciato i fatti all'autorità giudiziaria, salvo che ricorrano i casi previsti dall'art. 4, primo comma, della legge 24 novembre 1981, n. 689.

3.2.13.1. Ambito oggettivo

La disposizione contempla una nuova causa di esclusione introdotta dalla legge 15 luglio 2009, n. 94, contenente disposizioni in materia di sicurezza pubblica. Da un punto di vista oggettivo costituisce causa di esclusione l'omessa denuncia, da parte delle vittime dei reati di concussione (art. 317 c.p.) o di estorsione (art. 629 c.p.), aggravati dallo stampo mafioso, dei relativi fatti all'autorità giudiziaria.

3.2.13.2. Ambito soggettivo

Da un punto di vista soggettivo le persone fisiche rispetto ai quali va verificata l'omessa denuncia ai fini dell'eventuale esclusione del concorrente, sono:

- il titolare o il direttore tecnico, se si tratta di impresa individuale;
- il socio o il direttore tecnico se si tratta di società in nome collettivo;
- i soci accomandatari o il direttore tecnico se si

tratta di società in accomandita semplice;

- gli amministratori muniti di poteri di rappresentanza o il direttore tecnico, se si tratta di altro tipo di società.

3.2.13.3. Cause esimenti

La causa di esclusione non opera ove ricorrano i casi previsti dall'art. 4, primo comma, della legge 24 novembre 1981, n. 689 e quindi se il soggetto ha omesso la denuncia nell'adempimento di un dovere o nell'esercizio di una facoltà legittima ovvero in stato di necessità o di legittima difesa.

3.2.13.4. L'accertamento della condotta omissiva

Il Codice prevede espressamente che la condotta omissiva della denuncia deve emergere dagli indizi a base della richiesta di rinvio a giudizio formulata nei confronti dell'imputato nei tre anni antecedenti alla pubblicazione del bando. Sarà cura del procuratore della Repubblica precedente comunicare la condotta omissiva, unitamente alle generalità del soggetto che l'ha tenuta, all'AVCP, tenuta a curare la pubblicazione della comunicazione sul sito dell'Osservatorio.

È evidente pertanto che:

- è compito dei procuratori della Repubblica verificare se sussista una causa esimente che legittima l'omessa denuncia, ed in caso negativo, comunicare all'AVCP il nominativo dell'operatore economico operante nel settore dei lavori, servizi e forniture, che in quanto tale potenzialmente potrebbe partecipare a gare d'appalto. La comunicazione andrà effettuata indipendentemente dal tempo in cui si sono svolti i fatti;
- è compito dell'AVCP pubblicare i relativi dati sul sito dell'Osservatorio;
- è compito della stazione appaltante, in sede di verifica delle dichiarazioni rese dai soggetti,

consultare il Casellario informatico e, in caso di annotazione, controllare il decorso o meno rispetto al bando del periodo di tempo in cui opera la preclusione. Anche se il Codice non lo prevede, l'AVCP ha disposto che sarà data informazione della pubblicazione al soggetto interessato: ciò al fine di evitare che l'operatore economico incorra in una falsa dichiarazione in merito al possesso del requisito (AVCP, Determinazione n. 1 del 12 gennaio 2010).

3.2.13.5. La durata della preclusione

La preclusione opera per la durata di tre anni antecedenti alla pubblicazione del bando di gara. Al riguardo va precisato che il periodo di preclusione decorre dalla data di richiesta di rinvio a giudizio e quindi indipendentemente da quando il comportamento omissivo è stato posto in essere e da quando l'AVCP ha pubblicato la notizia. Ovviamente laddove in questi tre anni il processo penale si concluda con una sentenza di assoluzione o di non luogo a procedere verrà meno il presupposto della causa di esclusione (in tal senso Determinazione AVCP 12 gennaio 2010, n. 1).

3.2.14. LE IMPRESE IN SITUAZIONI DI CONTROLLO O IN UNA QUALSIASI RELAZIONE CHE COMPORTANO LA RIFERIBILITÀ DELLE OFFERTE AD UN UNICO CENTRO DECISIONALE (ART. 38, COMMA 1, LETT. M-QUATER)

Ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. m-quater), sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di gara ovvero non possono essere affidatari di subappalti o contraenti i soggetti che si trovino, rispetto ad un altro partecipante alla medesima procedura di affidamento, in una situazione di controllo di cui all'art. 2359 del codice civile o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, se la situazione di controllo o la relazione comporti

che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale.

Come anticipato è stata abrogata la disposizione di cui all'art. 34, comma 2, che sanciva il divieto di partecipazione ad una medesima gara delle imprese che siano fra di loro in una situazione di controllo di cui all'art. 2359 del c.c. La preclusione opera solo se tale situazione, o qualsiasi altra relazione anche di fatto tra due imprese, comporti che le offerte siano imputabili ad un unico centro decisionale, onde evitare che venga violato il principio di *par condicio*, che impone che ogni concorrente possa avere una sola *chance* di partecipare alla gara.

Pertanto gli operatori economici devono dichiarare alternativamente:

- a) di non essere in una situazione di controllo formale o sostanziale con alcun partecipante alla medesima procedura;
- b) di essere in una situazione di controllo, ma di aver formulato autonomamente l'offerta, con indicazione del concorrente con cui sussiste tale situazione.

In tale ultimo caso la dichiarazione dovrà essere corredata dai documenti utili a dimostrare che la situazione di controllo non ha influito sulla formulazione dell'offerta, che dovranno essere inseriti in separata busta chiusa.

La stazione appaltante esclude i concorrenti per i quali accerta che le relative offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale, sulla base di univoci elementi. La verifica e l'eventuale esclusione sono disposte dopo l'apertura delle buste contenenti l'offerta economica.

Mentre in passato sussisteva una sorta di presunzione, ovvero bastava la prova del collegamento formale o sostanziale per escludere i concorrenti, la nuova disposizione comporta che la stazione appaltante sia tenuta a fare una verifica ulteriore. Non è più, infatti, sufficiente



la prova del collegamento tra due concorrenti, ma occorre verificare se tale collegamento abbia comportato che offerte diverse provengano, in effetti, da un unico centro decisionale. È evidente pertanto che l'accertamento andrà svolto caso per caso e anche gli indici individuati in giurisprudenza, vanno applicati tenendo conto delle caratteristiche del caso concreto. Ad ogni buon conto la giurisprudenza ha individuato la sussistenza di tali indici quando:

- vi siano affinità riscontrate nella redazione degli atti di gara sia per veste grafica, sia per la generale composizione dei plichi, sia nel caso in cui siano commessi gli stessi errori di battitura;
- vi sia identità o somiglianza delle modalità di rilascio delle polizze fideiussorie;
- i legali rappresentanti abbiano le stesse residenze anagrafiche;
- vi siano intrecci tra soci, amministratori e direttori tecnici.



L'Autorità garante della Concorrenza e del Mercato in un recente parere fornito alla Consip su un bando di gara per la fornitura di servizi di telefonia mobile, ha colto l'occasione, al fine di evitare l'insorgere di comportamenti anticoncorrenziali nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica, per esortare la stazione appaltante "a prestare la massima attenzione affinché sia effettivamente garantita la non riconducibilità delle offerte prese in considerazione ad un unico centro decisionale (AGCM parere AS665, 13 gennaio 2010).

3.3. La dimostrazione e la verifica del possesso dei requisiti

Ai sensi dell'art. 38, comma 2, del Codice l'operatore economico attesta il possesso dei requisiti mediante dichiarazione sostitutiva in conformità alle disposizioni del D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445.

Sui contenuti delle autocertificazioni

Dall'esame dei requisiti di ordine generale contemplati all'art. 38 del Codice si potrà facilmente notare come:

- *da una parte vi siano requisiti e correlate cause di esclusione, il cui accertamento è di tipo oggettivo, e non implica alcuna valutazione o apprezzamento discrezionale da parte della stazione appaltante (ad es. lo stato di fallimento, la pendenza di un procedimento avente ad oggetto l'irrogazione di misure di prevenzione);*
- *dall'altra parte vi sono requisiti e correlate cause di esclusione, il cui accertamento implica una valutazione da parte della stazione appaltante (ad es. la condanna per reati gravi incidenti sulla moralità professionale; la grave negligenza nell'esecuzione di precedenti contratti; le gravi infrazioni alle norme in materia di sicurezza; le violazioni gravi in materia di contributi previdenziali e assistenziali).*

Con riferimento ai requisiti per i quali occorre compiere una valutazione da parte della stazione appaltante si è posto il problema, che tuttavia non ha avuto un'univoca soluzione, di come debba essere formulata la dichiarazione del concorrente, in ordine al possesso dei requisiti.

Di recente la giurisprudenza ha affermato come il problema non vada affrontato in astratto, in quanto occorre avere riguardo alla legge speciale di gara (bando e disciplinare) e dunque verificare il contenuto della dichiarazione richiesta dal bando.

In proposito si può osservare quanto segue:

- a) *nel caso in cui il bando richieda, genericamente, che il concorrente dichiarare di non trovarsi in una delle situazioni che sono causa di esclusione ai sensi dell'art. 38 del Codice, esso di fatto legittima il medesimo, che ad esempio abbia riportato condanne penali, o commesso violazioni in materia contributiva, a compiere una valutazione di gravità/non gravità, con la conseguenza che la dichiarazione: (i) non potrà considerarsi falsa; (ii) non potrà pertanto costituire motivo di esclusione, per il solo fatto dell'omissione formale consistente nel non avere dichiarato tutte le condanne penali o tutte le violazioni contributive (che il concorrente ha ritenuto non gravi); (iii) di conseguenza il concorrente andrà escluso solo ove la stazione appaltante ritenga che le condanne o le violazioni di cui si discute siano gravi e definitivamente accertate (Cons. St., Sez. VI, 4 agosto 2009, n. 4906; Cons. St., Sez. V, 8 settembre 2008, n. 4244; Cons. St., Sez. V, 7 ottobre 2008 n. 4897; Cons. St., Sez. V, 22 febbraio 2007, n. 945).*
- b) *Nel caso in cui il bando sia preciso, e non si limiti a chiedere una generica dichiarazione di insussistenza delle cause di esclusione di cui all'art. 38 del Codice, ma specifichi che, ad esempio, vadano dichiarate tutte le condanne penali, o tutte le violazioni contributive,*

ed il concorrente non ottemperi alla richiesta, costituirà causa di esclusione: (i) non solo quella sostanziale dell'essere stata commessa una grave violazione; (ii), ma anche quella, formale, di aver omesso una dichiarazione prescritta dal bando (Cons. St., Sez. VI, 4 agosto 2009, n. 4906). Partendo dall'indiscussa circostanza che la valutazione della gravità delle violazioni spetta comunque alla stazione appaltante, al fine di semplificarne l'operato è opportuno, sulla scorta di quanto suggerito dall'AVCP (Determinazione AVCP 12 gennaio 2010, n. 1), non limitarsi a richiedere agli operatori economici partecipanti di dichiarare, in autocertificazione, l'inesistenza di condanne incidenti sulla moralità professionale, ovvero di dichiarare di non trovarsi in alcuna delle condizioni di cui alla lett. c) dell'art. 38, comma 1, del Codice, ma prescrivere nella lex specialis che la dichiarazione relativa al possesso dei requisiti autocertificabili, in merito alla lett. c), contenga l'attestazione circa l'assenza di sentenze di condanna ovvero, se presenti, l'elencazione di tutti i precedenti penali.

Come anticipato sopra, il Codice prevede che:

- relativamente al requisito di cui alla lett. c), inerente l'assenza di condanne il soggetto indichi anche le eventuali condanne per le quali abbia beneficiato della non menzione;
- relativamente al requisito di cui alla lettera m-quater), nel caso di situazioni di controllo, oltre alla dichiarazione, il possesso del requisito dovrà essere attestato anche con la produzione di documenti utili a dimostrare che la situazione di controllo non ha influito sulla formulazione dell'offerta;
- relativamente al requisito di cui alla lett. i), sulla regolarità contributiva, resta fermo, per l'affidatario, l'obbligo di presentare la certificazione di regolarità contributiva di cui all'art. 2, del D.L. 25 settembre 2002, n. 210, convertito dalla legge 22 novembre 2002, n. 266 e di cui all'art. 3, comma 8, del D.Lgs. 14 agosto 1996, n. 494 e successive modificazioni e integrazioni.

Peraltro tale ultima disposizione va coordinata

con quanto di recente stabilito dall'art. 16-bis, comma 10, del D.L. 29 novembre 2008, n. 185, convertito dalla legge 28 gennaio 2009, n. 2, che impone alle stazioni appaltanti pubbliche di acquisire d'ufficio, anche attraverso strumenti informatici, il D.U.R.C.

Il Codice prevede, poi, che, ai fini degli accertamenti relativi alle cause di esclusione di cui all'art. 38, si applica l'art. 43 del decreto del già citato D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, che stabilisce che le amministrazioni pubbliche e i gestori di pubblici servizi non possono richiedere atti o certificati concernenti stati, qualità personali e fatti che siano attestati in documenti già in loro possesso o che comunque esse stesse siano tenute a certificare. Al di fuori dei casi in cui ne sono in possesso per le ragioni predette tali soggetti sono tenuti ad acquisirli d'ufficio.

In sede di verifica delle dichiarazioni di cui ai commi 1 e 2 dell'art. 38 del Codice le stazioni appaltanti chiedono al competente ufficio del casellario giudiziale, relativamente ai candidati o ai concorrenti, i certificati del casellario giudiziale di cui all'art. 21 del D.P.R. 14 novembre 2002, n. 313, oppure le visure di cui all'art. 33, comma 1, del medesimo decreto n. 313 del 2002.

Il Codice prevede poi che, al fine degli accertamenti nei confronti degli operatori economici non stabiliti in Italia, le stazioni appaltanti chiedono se del caso agli stessi di fornire i necessari documenti probatori e possono altresì chiedere la cooperazione delle autorità competenti. Se nessun documento o certificato è rilasciato da altro Stato dell'Unione Europea, costituisce prova sufficiente una dichiarazione giurata, ovvero, negli Stati membri in cui non esiste siffatta dichiarazione, una dichiarazione resa dall'interessato innanzi a un'autorità giudiziaria o amministrativa competente, a un notaio o a un organismo professionale qualificato a riceverla

del Paese di origine o di provenienza.

Come già ricordato l'AVCP, con Determinazione 10 gennaio 2008, n. 1, ha esteso l'operatività del Casellario informatico anche agli appalti di servizi e forniture e pertanto anche tale strumento sarà utile per le verifiche da svolgere.

La predetta Determinazione ha quindi previsto l'obbligo per le stazioni appaltanti di comunicare all'AVCP, secondo le modalità ed i termini ivi indicati, affinché ne venga fatta annotazione nel Casellario:

- le esclusioni dalle gare di servizi e forniture, ivi comprese quelle disposte per l'ipotesi di falsa dichiarazione;
- le notizie relative agli operatori economici che non hanno comportato l'esclusione, relativamente a violazioni, anche non gravi, in materia di sicurezza e a ogni altro obbligo derivante dai rapporti di lavoro, di cui la stazione appaltante sia venuta a conoscenza nel corso della gara;
- i fatti riguardanti la fase di esecuzione dei contratti di servizi e forniture, da annotare nel Casellario.

La mancata o tardiva comunicazione all'AVCP dei predetti dati sarà sanzionata ai sensi dell'art. 6, comma 11, del Codice, con un'ammenda pecuniaria.



Nelle sezioni di forniture e servizi del Casellario informatico sono inseriti i seguenti dati:

- stato di liquidazione o cessazione di attività;
- procedure concorsuali pendenti;
- episodi di grave negligenza, malafede o errore grave nell'esecuzione dei contratti ovvero gravi inadempienze contrattuali, anche in riferimento all'osservanza delle norme in materia di sicurezza e degli obblighi derivanti da rapporto di lavoro, comunicate dai soggetti competenti;
- sentenza di condanna passata in giudicato o decreto penale di condanna divenuto irrevocabile, oppure sentenza di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'art. 444 del codice di procedura penale, per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale; condanna,

con sentenza passata in giudicato, per uno o più reati di partecipazione a un'organizzazione criminale, corruzione, frode, riciclaggio, quali definiti dagli atti comunitari citati all'art. 45, paragrafo 1, direttiva Ce 2004/18. Dette condanne devono risultare emesse nei confronti: del titolare o del direttore tecnico se si tratta di impresa individuale; del socio o del direttore tecnico, se si tratta di società in nome collettivo; dei soci accomandatari o del direttore tecnico se si tratta di società in accomandita semplice; degli amministratori muniti di potere di rappresentanza o del direttore tecnico se si tratta di altro tipo di società o consorzio. In ogni caso dette condanne riguardano anche i soggetti cessati dalla carica nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, qualora l'impresa non dimostri di aver adottato atti o misure di completa dissociazione della condotta penalmente sanzionata; resta salva in ogni caso l'applicazione dell'art. 178 del codice penale e dell'art. 445, comma 2, del codice di procedura penale;

- notizie relative a violazioni definitivamente accertate rispetto agli obblighi relativi al pagamento di imposte e tasse secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti;
- provvedimenti di esclusione dalle gare, ai sensi delle vigenti disposizioni in materia, adottati dalle amministrazioni aggiudicatrici, enti aggiudicatori, soggetti aggiudicatori e stazioni appaltanti;
- falsità nelle dichiarazioni rese in merito ai requisiti e alle condizioni rilevanti per la partecipazione alle procedure di gara e di qualificazione;
- certificazione di qualità aziendale rilasciata dagli Organismi di certificazione;
- dichiarazioni relative agli avvalimenti di cui all'art. 49, secondo comma, del Codice;
- per i contratti di servizi e forniture superiori a 150 mila euro, i dati relativi alle comunicazioni di amministrazioni aggiudicatrici, enti aggiudicatori, soggetti aggiudicatori e stazioni appaltanti previsti dall'art. 7, commi 8 e 9 del Codice;
- tutte le altre notizie riguardanti gli operatori economici, che sono dall'Osservatorio ritenute utili ai fini della tenuta del Casellario, tra cui tutte le violazioni in materia di sicurezza e a ogni altro obbligo derivante dai rapporti di lavoro di cui l'Osservatorio venga a conoscenza anche indipendentemente dalla gravità della violazione e dal soggetto od organismo, istituzionalmente deputati alla relativa attività di vigilanza, che la comunicano.

In ogni caso la verifica del possesso dei requisiti impone alla stazione appaltante l'apertura di un sub procedimento nel quale è assicurata la garanzia della partecipazione dell'interessato.

4. I requisiti di idoneità professionale: definizione e finalità

I requisiti di idoneità professionale provano la competenza del concorrente dal punto di vista tecnico-professionale attraverso la sua iscrizione a determinati registri o albi.

Attraverso la richiesta di un requisito di idoneità professionale, quale ad esempio l'iscrizione alla Camera di Commercio per una specifica attività che è oggetto dell'appalto, la stazione appaltante persegue il chiaro fine di selezionare operatori economici che abbiano una peculiare esperienza nel settore dell'appalto che intende affidare.



La prescrizione della lex specialis della gara, con la quale si richiede ai concorrenti, ai fini della partecipazione, l'iscrizione alla Camera di Commercio per un'attività conforme a quella da appaltare è da ritenersi finalizzata, secondo la giurisprudenza, a selezionare imprese che abbiano una esperienza specifica nel settore di interesse per la stazione appaltante. Pertanto clausole di questo tenore vanno interpretate nel senso che l'impresa non deve limitarsi a dimostrare l'esistenza nell'oggetto sociale dell'attività in questione, ma il suo effettivo svolgimento (Cons. St., Sez. VI, 20 aprile 2009, n. 2380). Ed invero l'oggetto sociale, ancorché segni il campo delle attività che un'impresa può astrattamente svolgere, non equivale ad attestare, in alcun modo, l'esercizio in concreto di una data attività. (Cons. St., V, 19 febbraio 2003, n. 925, T.A.R. Valle d'Aosta 13 febbraio 2008, n. 12).

Da quanto detto discende che - salvo voler privare la clausola di significato - nessun rilievo possa attribuirsi all'oggetto sociale dell'impresa, il quale abilita quest'ultima a svolgere quella determinata attività, ma nulla dice sull'effettivo svolgimento della stessa (Cons. St., Sez. V, 19 febbraio 2003, n. 925).

4.1. L'idoneità professionale per gli operatori economici italiani o residenti in Italia

L'art. 39 del Codice prevede che la stazione appaltante possa chiedere agli operatori economici, se di nazionalità italiana o agli operatori economici di altro Stato membro, ma residenti in Italia, di provare la loro iscrizione 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.

La dimostrazione del possesso dei requisiti professionali da parte dell'operatore economico e la connessa verifica da parte della stazione appaltante si svolgono con le stesse modalità previste per i requisiti di ordine generale, atteso che vi è un espresso rinvio alla disposizione di cui all'art. 38, comma 3, del Codice.

Per alcuni appalti, aventi ad oggetto specifiche attività e prestazioni, vi possono essere previsioni normative che stabiliscono che tali prestazioni possano essere svolte solo da soggetti qualificati iscritti in determinati albi professionali. In tale evenienza la stazione appaltante deve chiedere, quale requisito di partecipazione, la specifica iscrizione al relativo albo.



Nell'ambito di un appalto di servizi misto, avente ad oggetto sia l'affidamento dei servizi di pulizia sia lo smaltimento rifiuti da eseguirsi presso aree esterne, deve ritenersi illegittima la clausola del bando che preveda, quale requisito essenziale, ai fini della partecipazione alla gara, la sola iscrizione delle imprese concorrenti al registro delle pulizie. Ciò in quanto i servizi aventi ad oggetto attività di pulizia da svolgersi in ambienti esterni sono da ricondursi alla categoria "gestione dei rifiuti", settore per il quale, ai sensi dell'art. 212 del D.Lgs. n. 152 del 2006, c.d. Codice ambientale, l'iscrizione all'Albo è requisito per lo svolgimento delle attività di raccolta e trasporto di rifiuti non pericolosi, di raccolta e trasporto di rifiuti pericolosi, e costituisce titolo per l'e-

servizio delle attività di raccolta e di trasporto dei rifiuti. (TAR Puglia, Lecce, Sez. I, 19 novembre 2009, n. 2799, in termini Cons. St., Sez. V, 19 giugno 2006, n. 3584).

Tuttavia, quando l'appalto non ha ad oggetto prestazioni, per il cui espletamento è necessaria l'iscrizione ad un albo, la stazione appaltante può richiedere la suddetta iscrizione a condizione che la richiesta non risulti sproporzionata ed abnorme rispetto all'oggetto della gara e alle finalità perseguite dalla stazione appaltante. Se si viola tale criterio la richiesta risulta illegittima in quanto si tradurrebbe in una ingiustificata restrizione della platea dei possibili concorrenti e conseguentemente in una altrettanto ingiustificata limitazione dell'interesse pubblico alla selezione della migliore offerta che il settore di mercato interessato possa esprimere (Cons. St., Sez. V, 23 dicembre 2008, n. 6534).



È illegittimo un bando di gara per l'affidamento dei servizi di parcheggi pubblici senza custodia e pulizia dei servizi igienici, nonché il relativo disciplinare, nella parte in cui prescrivono, quale requisito di ammissione alla procedura, l'iscrizione all'albo dei soggetti abilitati all'attività di liquidazione ed accertamento dei tributi e delle entrate delle province e dei comuni istituito presso il Ministero dell'economia e delle finanze. Va escluso, infatti, che, nel caso di specie, vi sia un'attività concernente l'accertamento, la liquidazione e la riscossione di entrate comunali, per la quale l'art. 52 del D.Lgs. 15 dicembre 1997, n. 446 richiede che, qualora non esercitata direttamente dall'ente locale, sia affidata a soggetti iscritti all'albo. La semplice esazione delle tariffe di sosta costituisce ricavo di gestione e non riscossione di entrate comunali (Cons. St., Sez. V, 23 dicembre 2008, n. 6534).

4.2. L'idoneità professionale per gli operatori economici non residenti in Italia

L'art. 39 del Codice prevede che, nel caso in

cui partecipi alla gara un operatore economico di un altro Stato membro, non residente in Italia, la stazione appaltante possa chiedere al medesimo di provare la sua iscrizione, secondo le modalità vigenti nello Stato di residenza, in uno dei registri professionali o commerciali di cui all'allegato XI B per gli appalti pubblici di forniture e di cui all'allegato XI C per gli appalti pubblici di servizi (tali allegati indicano i registri professionali e le dichiarazioni e certificati corrispondenti di ogni Stato membro, rispettivamente nell'ambito degli appalti di forniture e di servizi).

La dimostrazione del possesso dei requisiti professionali da parte dell'operatore economico residente in un altro Stato membro potrà essere attestata mediante una dichiarazione giurata o secondo le modalità vigenti nello Stato membro nel quale l'operatore economico è stabilito.

Nell'ambito delle procedure di aggiudicazione di appalti di forniture, qualora l'operatore economico appartenga ad uno Stato non indicato nel citato allegato XI B, lo stesso, ai fini della dimostrazione del possesso del requisito professionale, dovrà attestare, sotto la propria responsabilità, che il certificato prodotto è stato rilasciato da uno dei registri professionali o commerciali istituiti nel Paese in cui risiede.

Nell'ambito delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, se l'operatore economico deve essere in possesso di una particolare autorizzazione ovvero appartenere a una particolare organizzazione per poter prestare nel proprio Paese d'origine il servizio in questione, la stazione appaltante può chiedere al medesimo di provare il possesso di tale autorizzazione ovvero l'appartenenza all'organizzazione di cui trattasi.

4.3. L'idoneità professionale negli appalti sot-

to soglia

Per i servizi e forniture sotto soglia il Codice, all'art. 124, comma 7, demanda la disciplina dei requisiti di partecipazione, compresa l'idoneità professionale, al Regolamento, secondo criteri di semplificazione rispetto alle norme dettate dal Codice medesimo.

In ogni caso il suddetto Regolamento prevede, all'art. 327, comma 1, che gli operatori economici devono possedere tra l'altro i requisiti di idoneità professionale di cui all'art. 39 del Codice.

Dunque, come per i requisiti di ordine generale, si è optato per mantenere la stessa disciplina sia per gli appalti sopra soglia comunitaria sia per gli appalti sotto soglia comunitaria.

5. I requisiti di capacità economica e finanziaria

Il Codice, all'art. 41, disciplina i requisiti di capacità economica e finanziaria di cui i concorrenti devono risultare in possesso al fine della partecipazione alla gara. Tali requisiti costituiscono la prova della solidità economico-finanziaria del concorrente e dunque della sua capacità di eseguire le prestazioni oggetto dell'appalto, anche eventualmente sostenendone anticipatamente i costi per l'esecuzione.

Il Codice, peraltro, non fornisce un'elencazione tassativa dei suddetti requisiti, ma si limita a formulare alcune indicazioni relative ai fatti che possono dare prova della capacità in questione. In particolare, ai sensi dell'art. 41, comma 1, la dimostrazione della capacità finanziaria ed economica delle imprese concorrenti può essere fornita mediante uno o più dei seguenti documenti:

a) dichiarazione di almeno due istituti bancari o intermediari autorizzati ai sensi del D.Lgs 1 settembre 1993, n. 385;

b) bilanci o estratti dei bilanci dell'impresa, ovvero dichiarazione sottoscritta in conformità alle disposizioni del decreto del D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445;

c) dichiarazione, sottoscritta in conformità alle disposizioni del suddetto decreto, concernente il fatturato globale d'impresa e l'importo relativo ai servizi o forniture nel settore oggetto della gara, realizzati negli ultimi tre esercizi.

Viene dunque riservata alla stazione appaltante un'ampia discrezionalità sia in merito alla scelta dei criteri, potendo utilizzare quelli indicati dal Codice (in tutto o in parte) ovvero indicarne altri che, a proprio giudizio, risultino nei singoli casi utili ed efficaci al fine dell'indagine sulla solidità economico-finanziaria dei partecipanti alla procedura di gara.

Sul punto va peraltro evidenziato come quelli indicati dal Codice risultino essere, almeno in via generale, i criteri che maggiormente garantiscono alla stazione appaltante l'esito positivo dell'indagine in questione.

Dal punto di vista operativo è opportuno che la stazione appaltante:

a) richieda la dimostrazione della capacità economico-finanziaria mediante uno o più dei documenti indicati dal Codice;

b) richieda in aggiunta ulteriori documenti idonei a provare la suddetta capacità, autonomamente individuati, qualora si rendano necessari in relazione all'oggetto e alle finalità della gara e che non dovranno comunque risultare irragionevoli, illogici o contraddittori (Cons. St., Sez. IV, 19 luglio 2004, n. 5174);

c) in ogni caso precisi nel bando l'oggetto della propria richiesta, ai sensi dell'art. 41, comma 2, del Codice.

Nelle ipotesi sub a) e b) la stazione appaltante potrà, oltre a richiedere documentazione utile a

trarre indicazioni circa l'esistenza della capacità economico-finanziaria del concorrente, indicare una vera e propria soglia di sbarramento alla partecipazione alla gara; come ad esempio nel caso di richiesta di un determinato fatturato al di sotto del quale la partecipazione medesima è preclusa.

I concorrenti dovranno fornire alla stazione appaltante la documentazione richiesta ai fini della valutazione della propria affidabilità economico-finanziaria. Nel caso in cui la richiesta riguardi le dichiarazioni degli istituti bancari ovvero degli intermediari autorizzati, esse dovranno essere fornite già al momento della partecipazione. Nel caso in cui la richiesta riguardi i bilanci o il fatturato e al momento della partecipazione il concorrente comprovi il possesso dei requisiti mediante autocertificazione, dovrà esibire in caso di aggiudicazione la documentazione probatoria a conferma delle autocertificazioni rese.

5.1. I criteri indicati dal Codice: approfondimenti e casi concreti

Con riguardo a quanto disposto dall'art. 41, comma 1, lett. a), ossia con riguardo alle dichiarazioni di almeno due istituti bancari o due intermediari autorizzati, si è sovente posto il problema di capire quale sia il contenuto che le dichiarazioni debbono avere per potere essere ritenute conformi alla disposizione che ad esse fa riferimento.

A giudizio della giurisprudenza:

- non è necessario che le dichiarazioni contengano elementi riguardanti la consistenza economico-finanziaria delle imprese;
- è sufficiente anche il solo riferimento alla qualità del rapporto in atto tra gli istituti bancari o gli intermediari autorizzati e le imprese (Cons. St., Sez. V, 23 giugno 2008, n. 3108);
- costituisce, rispetto alla qualità del rapporto

in atto, dimostrazione positiva della capacità economica e finanziaria dell'impresa la correttezza e la puntualità negli adempimenti assunti con gli istituti bancari ovvero con gli intermediari autorizzati;

- del pari costituisce dimostrazione positiva della capacità in questione l'assenza di situazioni passive con i suddetti soggetti.

Con riferimento alla richiesta di bilanci o estratti dei bilanci dell'impresa, l'art. 41, comma 2, dispone che tali documenti non possano essere richiesti a prestatori di servizi o di forniture stabiliti in Stati membri che non prevedono la pubblicazione del bilancio.

Infine, con riguardo alla richiesta del fatturato globale e dell'importo relativo ai servizi o forniture nel settore oggetto della gara, realizzati negli ultimi tre esercizi, con eventuale indicazione di un ammontare del fatturato al di sotto del quale è preclusa la partecipazione, occorre che la stazione appaltante proceda con grande attenzione nel fissare la suddetta soglia.

In proposito va evidenziato quanto segue:

- a) fermo restando la facoltà della stazione appaltante di determinare l'ammontare del fatturato globale ovvero di determinare quello relativo ai servizi e alle forniture nel settore oggetto della gara, la facoltà medesima non deve essere esercitata in modo tale da risultare illogica, irragionevole e sproporzionata ovvero non deve essere esercitata in modo tale da ledere il principio di concorrenza limitando la partecipazione degli operatori economici;
- b) al fine di determinarsi correttamente, la stazione appaltante dovrà, nel fissare il requisito in questione, avere riguardo al valore dell'appalto ed alle specifiche peculiarità dell'oggetto della gara.

Sebbene la valutazione di cui al punto b) deb-

ba essere fatta caso per caso, si possono sulla scorta delle indicazioni giurisprudenziali e della posizione dell'AVCP indicare alcuni criteri utili per compiere la medesima.

In proposito occorre allora segnalare che:

- la richiesta di un fatturato nel triennio precedente pari al doppio rispetto all'importo posto a base di gara è stata ritenuta ragionevole e proporzionata;
- la richiesta di un fatturato, sempre nell'arco temporale di cui sopra, pari a dieci volte l'importo posto a base di gara è stata ritenuta irragionevole e sproporzionata.

Alla luce di quanto detto è dunque buona regola cui attenersi, quella di richiedere un fatturato non superiore al doppio del valore dell'appalto. Tuttavia, se in ragione della peculiarità dell'oggetto, la stazione appaltante ritiene di dovere superare tale limite è opportuno operare nel modo seguente:

- determinare una corretta correlazione tra la peculiarità dell'oggetto dell'appalto e la soglia da fissare, evitando comunque un eccessivo superamento della soglia del doppio del fatturato.

Va infine evidenziato che, ai sensi dell'art. 41, comma 3, il concorrente non in grado, per giustificati motivi, ivi compreso quello concernente la costituzione o l'inizio dell'attività da meno di tre anni, di presentare le referenze richieste, può provare la propria capacità economica e finanziaria mediante qualsiasi altro documento considerato idoneo dalla stazione appaltante.

In via preliminare è opportuno precisare come in ogni caso il concorrente debba fornire adeguata motivazione della suddetta impossibilità. Ciò in quanto è precluso al concorrente, che non sia in possesso di uno dei requisiti chiesti dalla stazione appaltante, di sostituire il requisito medesimo con altro di propria scelta. Detto

in altri termini la disposizione intende consentire unicamente la dimostrazione del requisito richiesto attraverso una documentazione diversa da quella indicata dalla stazione appaltante (Cons. St., Sez. V, 25 febbraio 2009, n. 1132).



Un concorrente ha impugnato gli atti di una gara a procedura ristretta per la fornitura "chiavi in mano" di arredi, attrezzature ed apparecchiature, censurando:

- sia la mancata esclusione dell'ATI aggiudicataria che non possedendo il requisito del fatturato prescritto (per oltre due milioni di euro) relativamente a tutti gli anni presi in considerazione ha dimostrato con certificazioni bancarie la propria capacità economico-finanziaria;
- sia l'illegittimità della clausola del bando, che consentiva ai concorrenti, che non possiedono i requisiti prescritti (con specifico riguardo al fatturato negli anni 2003-2005) di provare con altri documenti la propria capacità economico-finanziaria.

Il TAR ha respinto il ricorso ritenendo che la stazione appaltante potesse prevedere modalità alternative di prova dei requisiti chiesti, stante quanto disposto dall'art. 41, comma 3 del Codice.

La concorrente ha proposto appello ed il Consiglio di Stato ha ritenuto che:

- non possa predicarsi l'equivalenza delle diverse modalità con le quali è possibile dimostrare le referenze economico-finanziarie, ai sensi dell'art. 41 del Codice, tutte le volte che, per una precisa scelta della stazione appaltante, una forma di referenza appaia la più coerente rispetto all'oggetto del contratto e divenga, a questa stregua, requisito specifico in relazione alla peculiarità del medesimo;
- la previsione di un importante fatturato in materia di forniture sanitarie (quale previsto nella vicenda in esame) costituisce obiettivamente un requisito di elevata specialità rispetto al quale non è possibile individuare succedanei, senza tradire la finalità della *lex specialis*;
- se l'individuazione del fatturato è conseguenza di una specificazione ad opera dell'Amministrazione, non si vede come il requisito così previsto possa essere commutato con una referenza obiettivamente diversa (e preordinata a dimostrare un requisito non coincidente o quanto meno parzialmente neutrale rispetto alla finalità esplicitamente perseguita con la procedura ad evidenza pubblica);
- è agevole, pertanto, rilevare come la previsione del terzo comma dell'art. 41 non possa essere interpretata

quale clausola generale di commutazione dei requisiti, tutte le volte che un soggetto non li possieda;

- *la formula normativa intende semplicemente consentire che chi vanti il possesso dei requisiti ai sensi della specifica previsione di gara (ad esempio: un determinato fatturato nel triennio), ma non sia in grado di dimostrarli con i documenti indicati nella lex specialis della gara possa essere facultato, ove sussistano giustificati motivi, a produrre una documentazione alternativa;*
- *l'unica eccezione che soffre la regola del possesso dei requisiti riguarda il caso, pure espressamente disciplinato, dell'inizio di attività inferiore al triennio. Se così non fosse, si creerebbe nei fatti un'incongrua e illecita barriera all'ingresso di nuove imprese nel mercato.*

Sulla base delle predette argomentazioni il giudice ha pertanto accolto l'appello (Cons. St., Sez. V, 25 febbraio 2009, n. 1132).

5.2. La capacità economica e finanziaria negli appalti sotto soglia

Per i servizi e forniture sotto soglia il Codice, all'art. 124, comma 7, ha previsto che i requisiti di partecipazione, compresa la capacità economica e finanziaria, sono disciplinati dal Regolamento di attuazione secondo criteri di semplificazione rispetto alle norme dettate dal Codice medesimo.

Il Regolamento non ha individuato criteri semplificati rispetto a quelli indicati dall'art. 41 del Codice. L'art. 327, comma 2, demanda a ciascuna stazione appaltante di provvedere, in relazione ad ogni singolo contratto, all'individuazione, secondo criteri di semplificazione rispetto alle disposizioni dell'art. 41 del Codice, dei requisiti di capacità economica e finanziaria necessari alla partecipazione alle procedure di acquisizione di servizi e forniture sotto soglia in ragione della natura e dell'importo del contratto.

6. La capacità tecnica e professionale

Il Codice all'art. 42 prevede che negli appalti di servizi e forniture la dimostrazione delle capacità tecniche dei concorrenti possa essere fornita

in uno o più dei modi ivi indicati, a seconda della natura, della quantità o dell'importanza e dell'uso delle forniture o dei servizi.



L'elencazione dei modi con cui può essere chiesta la dimostrazione della capacità tecnica dei concorrenti ai sensi dell'art. 42 è la seguente:

- a) presentazione dell'elenco dei principali servizi o delle principali forniture prestati negli ultimi tre anni con l'indicazione degli importi, delle date e dei destinatari, pubblici o privati, dei servizi o forniture stessi; se trattasi di servizi e forniture prestati a favore di amministrazioni o enti pubblici, esse sono provate da certificati rilasciati e vistati dalle amministrazioni o dagli enti medesimi; se trattasi di servizi e forniture prestati a privati, l'effettuazione effettiva della prestazione è dichiarata da questi o, in mancanza, dallo stesso concorrente;*
- b) indicazione dei tecnici e degli organi tecnici, facenti direttamente capo, o meno, al concorrente e, in particolare, di quelli incaricati dei controlli di qualità;*
- c) descrizione delle attrezzature tecniche tale da consentire una loro precisa individuazione e rintracciabilità, delle misure adottate dal fornitore o dal prestatore del servizio per garantire la qualità, nonché degli strumenti di studio o di ricerca di cui dispone;*
- d) controllo, effettuato dalla stazione appaltante o, nel caso di concorrente non stabilito in Italia, per incarico della stazione appaltante, da un organismo ufficiale competente del Paese in cui è stabilito il concorrente, purché tale organismo acconsenta, allorché i prodotti da fornire o il servizio da prestare siano complessi o debbano rispondere, eccezionalmente, a uno scopo determinato; il controllo verte sulla capacità di produzione e, se necessario, di studio e di ricerca del concorrente e sulle misure utilizzate da quest'ultimo per il controllo della qualità;*
- e) indicazione dei titoli di studio e professionali dei prestatori di servizi o dei dirigenti dell'impresa concorrente e, in particolare, dei soggetti concretamente responsabili della prestazione di servizi;*
- f) indicazione, per gli appalti di servizi e unicamente nei casi appropriati, stabiliti dal regolamento, delle misure di gestione ambientale che l'operatore potrà applicare durante la realizzazione dell'appalto;*
- g) per gli appalti di servizi, indicazione del numero medio annuo di dipendenti del concorrente e il numero di dirigenti impiegati negli ultimi tre anni;*

- h) per gli appalti di servizi, dichiarazione indicante l'attrezzatura, il materiale e l'equipaggiamento tecnico di cui il prestatore di servizi disporrà per eseguire l'appalto;*
- i) indicazione della quota di appalto che il concorrente intenda, eventualmente, subappaltare;*
- l) nel caso di forniture, produzione di campioni, descrizioni o fotografie dei beni da fornire, la cui autenticità sia certificata a richiesta della stazione appaltante;*
- m) nel caso di forniture, produzione di certificato rilasciato dagli istituti o servizi ufficiali incaricati del controllo qualità, di riconosciuta competenza, i quali attestino la conformità dei beni con riferimento a determinati requisiti o norme.*

La stazione appaltante dovrà scegliere quali dei su indicati requisiti chiedere nella specifica gara, in considerazione appunto della natura, della quantità o dell'importanza e dell'uso delle forniture o dei servizi. La scelta da parte della stazione appaltante deve essere svolta tenendo conto:

- del fatto che i requisiti chiesti non possono eccedere l'oggetto dell'appalto;
- dell'esigenza di protezione dei segreti tecnici e commerciali.

Tanto detto è opportuno sottolineare come la disposizione in questione non precluda alle stazioni appaltanti la possibilità di chiedere requisiti ulteriori purché connessi all'oggetto dell'appalto. Pertanto la stazione appaltante, nell'esercizio della sua discrezionalità tecnica, può fissare requisiti di partecipazione ad una gara d'appalto diversi, ulteriori o più restrittivi di quelli legali, salvo il limite del rispetto della logica e ragionevolezza di quanto richiesto e della loro pertinenza e congruità all'oggetto dell'appalto e alle finalità perseguite (Cons. St., Sez. VI, 15 giugno 2010, n. 3740; Cons. St., Sez. IV, 15 settembre 2006, n. 5377; Cons. St., Sez. VI, 22 maggio 2006, n. 2959).

Dal quadro normativo che si è descritto, anche

sulla base dell'orientamento giurisprudenziale, emerge come in relazione ai requisiti in questione la stazione appaltante disponga di due livelli di discrezionalità tecnica:

- il primo si esercita nella scelta di uno o più dei requisiti elencati nel citato art. 42 e nell'individuazione della sua entità (ad esempio l'ammontare dei servizi analoghi svolti nel triennio pregresso);
- il secondo si esercita nell'individuare requisiti che non hanno una base normativa espressa (e dunque prevedere requisiti ulteriori rispetto a quelli elencati all'art. 42).

È evidente come l'esercizio della discrezionalità tecnica di quest'ultimo livello richieda particolare cura ed attenzione, non potendo la stazione appaltante utilizzare uno schema normativo di riferimento. In ogni caso quale che sia il livello in cui ci si muova è necessario evitare di incorrere nella violazione dei principi di ragionevolezza, proporzionalità, logicità e tutela della concorrenza sotto il duplice profilo della *par condicio* e della garanzia della massima partecipazione. Fermo restando dunque la generale facoltà per la stazione appaltante di fissare, attraverso l'esercizio di una discrezionalità tecnica più o meno ampia, i requisiti di partecipazione riguardanti la capacità tecnico-professionale e fermo restando che la valutazione della scelta in termini di ragionevolezza, logicità, proporzionalità e non lesività della concorrenza va effettuata caso per caso, tuttavia si possono indicare alcuni criteri utili per compiere la scelta medesima:

- vi deve sempre essere correlazione tra la richiesta del requisito e le caratteristiche e specifiche peculiarità dell'oggetto della gara;
 - vi deve sempre essere correlazione tra l'entità del requisito richiesto e il valore dell'appalto.
- Al fine di intendere il significato della richiamata correlazione può essere utile indicare alcune

situazioni paradigmatiche:

- è irragionevole chiedere la dimostrazione di un grado di competenza tecnica esorbitante rispetto a quella ordinariamente necessaria ad esplicare l'attività oggetto dell'appalto, come accade ad esempio quando in relazione alla mera gestione di un parcheggio si richieda anche di possedere la capacità professionale relativa al così detto "scassamento", ossia al servizio di prelievo e trasporto delle monete;
- è ragionevole la richiesta di specifici requisiti che garantiscano la qualità del prodotto (omologazione IMQ) e l'efficienza dei processi aziendali in relazione ad un appalto così detto specialistico, come quello ad esempio volto ad acquisire la fornitura di due ispettometri di massa.

Dagli esempi fatti si può trarre un criterio generale e di massima che la stazione appaltante può utilizzare.

Di fronte al problema della individuazione dei requisiti da richiedere ai concorrenti è opportuno:

- a) verificare in via preliminare se l'oggetto dell'appalto abbia un contenuto ordinario ovvero un contenuto specialistico;
- b) se l'oggetto dell'appalto ha un contenuto ordinario è buona regola rimanere nell'ambito dei criteri indicati dal legislatore;
- c) soltanto se l'oggetto dell'appalto ha un contenuto specialistico, può essere utile procedere ad individuare ulteriori requisiti;
- d) in ogni caso va rispettata la proporzionalità tra entità del requisito e valore dell'appalto.

I requisiti devono ovviamente essere resi noti ai concorrenti con la loro indicazione nel bando di gara o nella lettera di invito.

Tali requisiti possono essere provati in sede di gara mediante dichiarazione sottoscritta in conformità alle disposizioni del D.P.R. 28 dicembre

2000, n. 445. Il concorrente aggiudicatario dovrà poi fornire la documentazione probatoria, a conferma di quanto dichiarato in sede di gara. Con il secondo decreto correttivo al Codice è stato poi aggiunta la disposizione che prevede espressamente che, al fine di assicurare la massima estensione dei principi comunitari e delle regole di concorrenza negli appalti di servizi o di servizi pubblici locali, la stazione appaltante considera, in ogni caso, rispettati i requisiti tecnici prescritti anche ove la disponibilità dei mezzi tecnici necessari ed idonei all'espletamento del servizio sia assicurata mediante contratti di locazione finanziaria con soggetti terzi.



Relativamente alla possibilità di chiedere come requisito tecnico l'aver svolto un'unica fornitura nei confronti di un unico soggetto per un determinato ammontare minimo.

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, con riguardo ad un bando relativo alla fornitura di circa 12 milioni di litri di gasolio, nel quale tra i requisiti di partecipazione alla gara vi era quello di "aver realizzato nel triennio 2004-2006 almeno una singola fornitura (nei confronti di un unico committente), espletata nell'arco di non più di 12 mesi, per un quantitativo pari o superiore a 6 milioni di litri di gasolio", ha espresso un parere nel quale ha ritenuto che tale richiesta "sia idonea a ridurre ingiustificatamente il novero delle imprese partecipanti rispetto alle finalità di selezionare un fornitore affidabile, in termini di sicurezza e continuità degli approvvigionamenti". L'AGCM infatti ritiene che un soggetto che abbia fornito in più contratti lo stesso quantitativo di gasolio, in caso di aggiudicazione passerebbe a rifornire un unico committente per una grossa fornitura e quindi si troverebbe ad avere una semplificazione della propria attività, con ciò diventando una controparte più affidabile.

L'AGCM ritiene quindi che:

- da una parte la richiesta di tale requisito integra quelle previsioni che possono favorire alcuni operatori economici a discapito di altri, contrariamente alla segnalazione dell'AGCM AS187 del 1999;
- dall'altra parte tale richiesta è contraria all'auspicio espresso dall'AGCM nella segnalazione AS251 del

2003, in merito al fatto che i requisiti di accesso alle gare siano tali da offrire nuove e maggiori opportunità di partecipazione alle imprese presenti nel settore (AGCM parere AS479 del 7 ottobre 2008).

6.1. La capacità tecnica e professionale negli appalti sotto soglia

Come già detto per i servizi e forniture sotto soglia il Codice all'art. 124, comma 7, ha previsto che i requisiti di partecipazione, compresi quindi anche i requisiti di capacità tecnica e professionale, sono disciplinati dal Regolamento secondo criteri di semplificazione rispetto alle norme dettate dal Codice medesimo.

Il Regolamento non ha individuato una elencazione di criteri semplificati rispetto a quelli indicati dall'art. 42 del Codice. L'art. 327, comma 2, del Regolamento, al pari dei requisiti di capacità economico e finanziaria, demanda a ciascuna stazione appaltante di provvedere in relazione ad ogni singolo contratto all'individuazione, secondo criteri di semplificazione rispetto alle disposizioni dell'art. 42 del Codice, dei requisiti di capacità tecnica e professionale necessari alla partecipazione alle procedure di acquisizione di servizi e forniture sotto soglia in ragione della natura e dell'importo del contratto.

Anche in questo caso viene quindi lasciata alla discrezionalità delle stazioni appaltanti l'individuazione di requisiti di capacità tecnica e professionale semplificati per gli affidamenti sotto soglia comunitaria.

7. La così detta integrazione documentale

L'art. 46 del Codice stabilisce che nei limiti previsti dagli articoli da 38 a 45, le stazioni appaltanti invitano, se necessario, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati.

7.1. Lo scopo della disposizione

La disposizione in questione è volta ad assicurare il rispetto del principio della massima partecipazione alle procedure di gara, attraverso il potere-dovere della stazione appaltante di chiedere e quindi di consentire ai concorrenti di regolarizzare carenze nel contenuto di certificati, documenti e dichiarazioni presentati per la dimostrazione del possesso dei requisiti di partecipazione ovvero di fornire chiarimenti in relazione al contenuto medesimo.

7.2. Condizioni e regole per l'applicazione della disposizione

In considerazione del fatto che il principio della massima partecipazione deve essere comunque temperato con quello, parimenti importante, della *par condicio* tra i concorrenti, il completamento o i chiarimenti in ordine ai certificati, documenti e dichiarazioni presentati da un concorrente è consentito entro ben determinati limiti. È importante dunque sapere che:

- a) la disposizione in esame non può essere invocata per supplire all'omessa presentazione di certificati, documenti e dichiarazioni richieste dalla stazione appaltante a pena di esclusione;
- b) essa consente dunque la mera regolarizzazione di documenti presentati, attraverso integrazioni o chiarimenti di quanto già in essi contenuto donde la necessità che il documento sia comunque idoneo a fornire un principio di prova (Cons. St., Sez. V, 16 marzo 2010, n. 1513; Cons. St., Sez. V, 22 febbraio 2010, n. 1038; TAR Piemonte, Torino, Sez. I, 8 giugno 2010, n. 2722);
- c) la regolarizzazione può riguardare solo certificati, documenti e dichiarazioni inerenti i requisiti di partecipazione di cui agli artt. da 38 a 45 e dunque non elementi essenziali o

aspetti sostanziali dell'offerta, che non può essere completata o modificata in nessun modo una volta scaduto il termine di presentazione (Cons. St., Sez. VI, 11 maggio 2007, n. 2302)

d) la regolarizzazione, anche con riguardo ad aspetti formali, non può essere consentita in presenza di chiare ed inequivoche clausole della *lex specialis* di gara. La stessa infatti si ritiene legittima in presenza di clausole dubbie od equivoche che hanno indotto in errore il concorrente (Cons. St., Sez. V, 28 maggio 2009, n. 3320).

Le questioni di maggiore interesse si pongono con riferimento al punto b). In proposito è opportuno precisare come l'integrazione, nella duplice forma del completamento ovvero del chiarimento, presuppone che il documento da integrare presenti perlomeno gli elementi essenziali che ne consentono il riconoscimento come atto esistente ed avente un contenuto pertinente rispetto all'uso per il quale è stato formato. Solo in questo caso infatti può dirsi realizzato il principio di prova cui la giurisprudenza fa riferimento. E così, a titolo di esempio, una polizza fideiussoria, nella quale il beneficiario della garanzia (ovvero la stazione appaltante) è indicato nel corpo del documento ora in un modo ora in un altro (ad esempio Comune X e Provincia X), può, ove nel documento medesimo si faccia però riferimento alla gara d'appalto, dirsi esistente e pertinente e dunque integrabile nella forma del completamento (con una dichiarazione del fideiussore). Non superano il test di esistenza e di pertinenza invece i seguenti casi paradigmatici: a) l'omessa sottoscrizione dell'offerta in ogni pagina in quanto non consente la riconducibilità della medesima al partecipante; b) la mancata allegazione della fotocopia del documento di identità per la me-

desima ragione; c) la mancata sottoscrizione di una dichiarazione bancaria da parte del soggetto che emette la stessa.



Come deve comportarsi la stazione appaltante allorché, in relazione ad un appalto misto di lavori e servizi, il disciplinare di gara prevede che il subappalto sia ammesso per i lavori della categoria prevalente in misura non superiore al 30%, così come stabilisce l'art. 118 del Codice, ed il concorrente presenti una dichiarazione in cui afferma che subappalterà il 50% dei lavori? È possibile accettare un'integrazione documentale a mezzo della quale il concorrente precisi che la quota di subappalto è pari al 30%? In un caso simile, posto che il limite discende direttamente dalla previsione legislativa, peraltro correttamente richiamata nel disciplinare, ammettere l'integrazione significherebbe consentire la sostituzione di un documento con un altro.



Un caso in cui è possibile ammettere l'integrazione documentale in caso di omessa produzione delle dichiarazioni.

Va escluso dalla gara il concorrente, che non abbia presentato le dichiarazioni previste dall'art. 38, comma 1, lettere m-bis), m-ter) e m-quater) del Codice, che sebbene previste obbligatoriamente dalla previsione legislativa, non siano state indicate nella lex specialis? O invece è possibile ammettere l'integrazione documentale?

In proposito la mancata richiesta nella lex specialis della suddetta documentazione costituisce una omissione della stazione appaltante che ingenera un affidamento nel concorrente circa la non necessità di produrre le dichiarazioni di cui all'art. 38, comma 1, lettere m-bis), m-ter) e m-quater). Pertanto, in virtù del predetto affidamento, non è consentito alla stazione appaltante escludere automaticamente il concorrente traslando a carico del medesimo gli effetti negativi di un errore nella formulazione del bando. Piuttosto è da ritenere ammessa l'integrazione documentale.

La regola che si deve applicare nel caso ipotizzato è dunque la seguente: le omissioni contenute nel bando circa la documentazione che il concorrente deve allegare a corredo della domanda di partecipazione o di presentazione dell'offerta non impediscono l'integrazione, ancorché la produzione della documentazione in questione sia prevista per legge.

Quanto detto vale anche con riferimento alle ipotesi in cui le clausole del bando, che richiedono la produzione di documenti e dichiarazioni, siano equivoche o poco chiare.

Sul punto vi è un consolidato orientamento giurisprudenziale (Cons. St., Sez. V, 28 maggio 2009, n. 3320; Cons. St., Sez. V, 17 ottobre 2008, n. 5064; TAR Lazio, Roma, Sez. III-quater, 22 dicembre 2008, n. 12198).

8. L'avvalimento

8.1. Le caratteristiche

L'art. 49 del Codice consente agli operatori economici, singoli o consorziati o raggruppati, in relazione ad una specifica gara, di soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico-finanziario e tecnico-organizzativo, avvalendosi dei requisiti di un altro soggetto.

L'impresa sprovvista dei necessari e imprescindibili requisiti previsti dal bando di gara può legittimamente ricorrere alle capacità di altri soggetti esistenti sul mercato qualificandosi mediante questi ultimi nel procedimento di gara ed assicurandone l'utilizzo nell'eventuale esecuzione dell'atto negoziale.

L'istituto in argomento, di derivazione comunitaria ed introdotto nell'ordinamento nazionale per la prima volta con il Codice, prevede, in aggiunta alle figure dei consorzi, dei raggruppamenti e dei subappaltatori, l'esistenza di un'ulteriore modalità di partecipazione per le imprese, con il fine di permettere un ampliamento del novero dei potenziali concorrenti, anche di ridotte dimensioni aziendali, nelle gare d'appal-

to. Gli attori di tale fattispecie sono l'impresa concorrente, detta avvalente, e l'impresa che mette a disposizione le proprie capacità, detta ausiliaria o avvalsa.

Il ricorso all'avvalimento costituisce, inoltre, facoltà di carattere generale, che trova applicazione anche in mancanza di una relativa specifica previsione in sede di bando di gara.



L'avvalimento tra imprese appartenenti ad un gruppo

In sede comunitaria la prima forma di ricorso all'avvalimento è stata ammessa per le imprese appartenenti ad un gruppo facente capo ad un'unica holding attraverso il ricorso ai requisiti di capacità di uno dei soggetti del gruppo medesimo. Successivamente l'operatività dell'istituto è stata estesa al di là del suddetto fenomeno.

Peraltro l'avvalimento che intercorre tra imprese appartenenti ad un gruppo societario non esonera la partecipante alla gara dalla presentazione della dichiarazione sulla effettiva disponibilità dei mezzi dell'impresa avvalsa riferita allo specifico appalto e all'eventuale esecuzione dell'atto negoziale, non essendo sufficiente la mera dimostrazione del legame di gruppo.

L'azienda ausiliaria in una procedura di gara, pena l'esclusione dalla stessa e la non ammissione dell'impresa avvalente, in linea generale:

- può fornire i propri requisiti ad una sola impresa partecipante (comma 8);
- non può, in ogni caso, prendere parte alla stessa come concorrente (comma 8).

Tuttavia la stazione appaltante ha la facoltà di prevedere nel bando che, in relazione alla natura dell'appalto, qualora siano richiesti requisiti tecnici connessi con il possesso di particolari attrezzature possedute da un ristrettissimo ambito di imprese operanti sul mercato, queste ultime possano prestare l'avvalimento nei confronti di più di un concorrente, sino ad un massimo

indicato nel bando, impegnandosi a fornire la particolare attrezzatura tecnica alle stesse condizioni all'aggiudicataria.



L'avvalimento ed il raggruppamento

Qualora in un raggruppamento temporaneo d'impresa una delle associate si avvalga dei requisiti di un'azienda facente parte del raggruppamento, il divieto di concorrenza dell'ausiliaria nei confronti dell'impresa priva dei requisiti non assume rilevanza, atteso che la ratio dell'art. 49, comma 8, è da rintracciarsi nella necessità di evitare che l'impresa ausiliaria sia autonoma e diretta concorrente anche dell'avvalente, e quindi che siano entrambe presentatrici di autonome e contrapposte offerte; situazione non rilevabile allorquando avvalente ed ausiliaria facciano parte di uno stesso raggruppamento, e quindi presentino un'unica offerta facendo capo ad un medesimo centro di interessi.

L'art. 45, commi 4 e 5, stabilisce che tra avvalente e ausiliaria si configuri una responsabilità solidale nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto. Inoltre essi estendono gli obblighi della normativa antimafia, in funzione del valore dell'appalto, anche all'ausiliaria.



Il comma 6 ed il divieto di frazionamento

L'art. 46, comma 6, il quale impone il divieto di utilizzo frazionato per il concorrente dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi di cui all'art. 40 (attestazioni SOA), è da riferirsi esclusivamente al settore dei lavori pubblici. Per le forniture ed i servizi, in assenza di specifica previsione del Codice, nulla osta che il concorrente per uno dei requisiti di cui intende avvalersi, ad esempio la capacità economica, ricorra a più imprese ausiliarie.

A seguito dell'esecuzione del contratto, inoltre, all'impresa avvalente è rilasciato il certificato di

esecuzione e all'ausiliaria è riconosciuto il ruolo di subappaltatrice nei limiti dei requisiti prestati (comma 10).



L'oggetto dell'avvalimento

L'art. 49 circoscrive l'ambito di avvalimento, alternativamente o congiuntamente, alla capacità economica-finanziaria di cui all'art. 41 ed alla capacità tecnica e professionale di cui all'art. 42, escludendo la possibilità di avvalersi dei requisiti soggettivi o delle certificazioni di qualità, considerate requisiti diversi da quelli di carattere tecnico.



L'avvalimento e il raggruppamento e i requisiti necessari

Un'impresa, Beta, contestava il provvedimento con cui una stazione appaltante disponeva l'ammissione alla gara del costituendo raggruppamento Alfa per violazione del comma 8 dell'art. 49 del Codice.

L'impresa Beta sosteneva l'illegittimità della dichiarazione, resa dalla mandataria di Alfa, di avvalersi, ai sensi dell'art. 49, di un requisito, previsto dal bando di gara, posseduto dalla mandante Gamma e quindi detenuto da un'impresa facente parte dello stesso raggruppamento.

L'AVCP con parere di precontenzioso 11 marzo 2009, n. 34, nel riconoscere il corretto operato dell'amministrazione, evidenziava come un operatore economico può fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con quest'ultimi e "in tal caso deve dimostrare alla amministrazione aggiudicatrice che disporrà dei mezzi necessari, ad esempio mediante presentazione dell'impegno a tal fine di questi soggetti. Alle stesse condizioni un raggruppamento di operatori economici di cui all'art. 4 può fare affidamento sulle capacità dei partecipanti al raggruppamento o di altri soggetti".

L'AVCP segnalava che si rendeva necessario per la stazione appaltante:

- verificare che il requisito oggetto di avvalimento fosse giuridicamente e materialmente frazionabile;
- accertare che il requisito medesimo fosse posseduto dall'impresa avvalsa in misura sufficiente, rispetto alle specifiche prescrizioni del bando, a consentire sia la sua

partecipazione alla gara come concorrente in RTI, sia la partecipazione alla stessa gara dell'impresa avvalente nell'ambito del medesimo RTI, incorrendo altrimenti in un uso artificiale e fittizio di un unico requisito.

- fornire, anche nel caso di avvalimento nel contesto di un raggruppamento, specificatamente la prova dell'effettiva disponibilità, da parte di un'impresa del raggruppamento medesimo, delle capacità di cui è carente l'altro raggruppato, non ritenendo sufficiente il mero e ordinario mandato collettivo per la costituzione dell'associazione temporanea.

8.2. Le modalità di utilizzo

I concorrenti che si avvalgano di imprese ausiliarie sono tenuti a produrre per la qualificazione alla procedura di gara documentazione a sostegno dell'intenzione di avvalersi di una o più società ausiliaria. Detta documentazione:

- è soggetta alle norme penali e del Codice (art. 38 lett. h) in materia di false dichiarazioni, e la stazione appaltante, se nel corso della procedura riscontra dichiarazioni mendaci, provvede ad escludere il concorrente, ad incamerare la garanzia provvisoria ed a segnalare il fatto all'AVCP per l'applicazione delle sanzioni previste dall'art. 6 comma 11;
- è trasmessa all'AVCP per le attività inerenti l'azione di competenza (vigilanza e per la pubblicità sul Casellario informatico presso l'Osservatorio).

La documentazione, ai sensi del comma 2, deve essere tassativamente così composta:

- dichiarazione, verificabile ai sensi dell'art. 48, attestante l'avvalimento degli specifici requisiti di cui ci si avvale e indicazione dell'impresa ausiliaria (lett. a);
- dichiarazioni circa il possesso dei requisiti generali di cui all'art. 38 da parte del concorrente medesimo e dell'impresa ausiliaria (lett. b) e c);
- dichiarazione dell'impresa ausiliaria con cui

questa attesta che non partecipa alla gara in proprio o associata o consorziata ai sensi dell'art. 34 (lett. e);

- dichiarazione dell'impresa ausiliaria con cui quest'ultima si obbliga verso il concorrente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente (lett. d);
- contratto, in originale o copia autentica, in virtù del quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto e, in caso di avvalimento nei confronti di un'impresa che appartiene al medesimo gruppo, in luogo del contratto, alternativamente, una dichiarazione sostitutiva attestante il legame giuridico ed economico esistente nel gruppo, dal quale discendono i medesimi obblighi previsti in materia di normativa antimafia (lett. f e g).

Tra la documentazione da presentare integralmente all'atto della formulazione della domanda di partecipazione o dell'offerta, rispettivamente in caso di procedura ristretta o aperta, appare necessario circoscrivere i confini della corretta applicazione della lettera f) del comma 2, relativa alla produzione in copia autentica o in originale del contratto di avvalimento tra l'impresa avvalente e l'ausiliaria. In ogni caso è sempre opportuno che la stazione appaltante richieda, a pena di esclusione, la produzione del contratto.

In particolare dall'atto negoziale deve risultare chiaramente riscontrabile l'oggetto dell'accordo tra le parti ed i requisiti, appositamente specificati (si pensi ad esempio all'elenco di macchinari in caso di appalti di forniture per cui si richiede una produzione specifica o ad una serie di centrali di acquisto nel caso di un appalto

di servizi di ristorazione), messi a disposizione dell'impresa sprovvista degli stessi.

In particolare non soddisfa le suddette condizioni un soggetto che si limiti a dichiarare che si impegna a mettere a disposizione del concorrente i propri requisiti senza alcuna specificazione.

Il tema centrale sulla portata delle disposizioni di cui al comma 2 lett. f) è, dunque, rappresentato dalla prova dell'esistenza del contratto tra le parti e a tal fine la stazione appaltante è tenuta ad acquisire piena certezza relativamente alla disponibilità dei requisiti tecnici e organizzativi ed economico-finanziari apportati dal concorrente mediante l'avvalimento.

Da ciò discende che l'organo di gara dinanzi all'intenzione di un concorrente di ricorrere all'avvalimento dovrà necessariamente, in aggiunta alle altre operazioni di gara, riscontrare che:

(1) l'impresa ausiliaria:

- possieda i requisiti morali per partecipare alla procedura;
- abbia la disponibilità dei requisiti di cui il concorrente si avvale. A tal fine le verifiche ex art. 48, a comprova dei requisiti autocertificati sulle capacità prese in prestito, sono svolte sull'impresa ausiliaria per il tramite del concorrente alla procedura, il quale in caso di mancata/incompleta o mendace prova ne risponde in solido con l'ausiliaria;
- sia in regola con la normativa antimafia, richiedendo in base al valore dell'appalto, come per le altre concorrenti, un certificato della Camera di Commercio completo del nulla osta previsto;
- non partecipi alla gara singolarmente o in associazione con altri soggetti e non fornisca i propri requisiti ad altri concor-

renti, anche se di diversa natura, e che qualora la stessa abbia rapporti di collegamento con altre imprese partecipanti dimostri preventivamente che questi non consentono comunque di conoscere il contenuto delle offerte in aderenza al comma 2 dell'art. 38;

(2) il concorrente:

- abbia la effettiva disponibilità dei requisiti dell'ausiliaria nel corso della procedura di gara ed in caso di esecuzione e che gli stessi siano puntualmente dettagliati;
- abbia instaurato un vincolo contrattuale, di qualsiasi natura o forma, con l'ausiliaria.

All'esito positivo delle stesse, al concorrente è concessa l'ammissione al confronto concorrenziale nella procedura di gara.

8.3. Differenze con il subappalto

Il comma 10 dell'art. 49, come detto, prevede che all'impresa ausiliaria in un rapporto di avvalimento non è riconosciuto il ruolo di esecutrice del contratto, bensì quello di subappaltatrice nei limiti dei requisiti prestati.

La disposizione in argomento necessita dunque di un collegamento con l'art. 118 (di cui si dirà nel volume 3°) disciplinante la figura del subappalto nei contratti pubblici, il quale prevede numerosi vincoli e condizioni che ne limitano l'impiego, tra i quali si evidenziano:

- limite fino ad un massimo del 30% del valore complessivo dell'appalto;
- dichiarazione espressa in sede di presentazione dell'offerta della facoltà di subappaltare parte della prestazione ad un soggetto terzo;
- rilascio di specifica autorizzazione da parte della stazione appaltante a seguito di deposito del contratto di subappalto entro un termine perentorio prima dell'avvio dell'esecuzione;

- responsabilità comunque diretta e unica dell'impresa nei confronti della stazione appaltante;
- tracciabilità dei pagamenti tra impresa principale e subappaltatore e verifica della congruità dei prezzi praticati tra questi ultimi, anche con riferimento all'impiego di eventuale manodopera.

Primo e problematico aspetto è rappresentato dalla circostanza che con il subappalto il concorrente affida direttamente lo svolgimento di parte dell'appalto ad un soggetto terzo (che impiega sia mezzi economici che tecnici), il quale non assume responsabilità solidale nei confronti della stazione appaltante, mentre, di contro, nel caso di avalimento anche l'impresa ausiliaria, che si limita a fornire i mezzi (economici o tecnici) che saranno utilizzati dal concorrente, risponde in solido con quest'ultimo.

L'istituto dell'avalimento non trova un limite ancorato al valore dell'atto negoziale, come nel caso del subappalto, essendo vincolato esclusivamente all'effettivo possesso dei requisiti in capo all'impresa ausiliaria e non è soggetto ad autorizzazione, atteso che, in caso di rispondenza alle capacità richieste dal bando, si viene a configurare una autorizzazione obbligata nei confronti del concorrente.

Legittimamente un'impresa ausiliaria potrebbe svolgere, pertanto, l'intera prestazione prevista dal contratto, qualificandosi ai sensi dell'art. 49 comma 10 come subappaltatrice, senza l'applicazione dell'art. 118.

9. Le vicende dei partecipanti: presupposti e limiti dei mutamenti dei soggetti in corso di gara

Qualora nel corso della procedura di gara i candidati o i concorrenti, siano essi singoli, associati o consorziati, effettuino operazioni di locazione dell'azienda o di un ramo di essa oppure operazioni straordinarie di impresa previste dal codice civile, quali la cessione, la trasformazione, la fusione e la scissione, l'art. 51 del Codice prevede che i cessionari (destinatari della cessione), gli affittuari (destinatari della locazione), i soggetti risultanti dalla trasformazione, fusione o scissione siano ammessi alla procedura di selezione previo accertamento dei requisiti di ordine generale (art. 38) e speciale (artt. 39 e ss.), ed in base agli ulteriori criteri selettivi nel caso di utilizzo della c.d. forcilla (art. 62), di questi ultimi e dei precedenti concorrenti in ragione della cessione, della locazione, della fusione, della scissione e della trasformazione.

La norma in argomento consente la modificazione soggettiva delle imprese durante la fase di scelta del contraente a condizione che a seguito della vicenda intervenuta gli operatori economici posseggano, comunque, il possesso dei requisiti soggettivi necessari per "contrattare" con l'amministrazione e dei requisiti di affidabilità e capacità economica e tecnica posti dalla stazione appaltante come condizioni di partecipazione in funzione dell'appalto da aggiudicare.



Le operazioni straordinarie di impresa

La cessione aziendale: la cessione di azienda identifica il trasferimento di un complesso aziendale da un soggetto giuridico e/o economico ad un altro, contro pagamento di un corrispettivo in denaro oppure contro assegnazione di quote o azioni.

È possibile distinguere:

- cessione per vendita - il trasferimento di un'azienda viene regolato con il pagamento di un prezzo in denaro. Oggetto

della cessione può essere un'azienda individuale, un'azienda collettiva (società di persone e o di capitali) o un ramo aziendale;

- cessione per apporto - l'azienda, individuale o societaria o un ramo aziendale, viene conferita in una società esistente o di nuova costituzione, contro assegnazione di quote sociali o di azioni della società cessionaria;
- cessione di quote aziendali - modalità alternativa per realizzare operazioni di trasferimento di azienda e può riguardare la totalità delle quote o l'intero pacchetto azionario, quote sociali o pacchetti azionari non coincidenti con la totalità del capitale sociale. L'azienda oggetto di trasferimento non subisce modifiche operative-strutturali e giuridiche ma esclusivamente una trasformazione della compagine sociale.

La trasformazione: la trasformazione societaria è l'istituto mediante il quale una società muta la propria forma giuridica e si assoggetta alle regole di funzionamento previste per il nuovo assetto legale. La trasformazione è applicabile a tutti i tipi di società.

Con la trasformazione non si realizza la nascita di un nuovo soggetto giuridico, ma una modificazione di quello già esistente. Si annoverano due tipologie di trasformazione: la trasformazione omogenea (da società di persone in altra società di persone o da società di capitali in altra società di capitali) e la trasformazione eterogenea (da società di capitali in società di persone o da società di persone in società di capitali). Non si considera trasformazione il passaggio da ditta individuale a società (conferimento) ed il passaggio da società a ditta individuale per liquidazione.

La fusione: con la fusione si attua la combinazione di due o più complessi aziendali, inizialmente distinti, che si fondono perdendo la propria originaria individualità economica e giuridica. Le forme di fusione sono distinte in fusione per unione (A e B diventano una nuova società C) e fusione per incorporazione (A diventa B, società già esistente). Possono fondersi le società di persone e di capitali e non possono fondersi società e ditte individuali o società in liquidazione.

La scissione: la scissione è l'operazione di frazionamento di una società (scissa), la quale trasferisce tutto il proprio patrimonio, o una sua parte, ad una o più società (beneficiarie), già esistenti o di nuova costituzione, le cui quote o azioni vengono assegnate ai soci della società scissa in cambio di quelle già possedute. Le forme di scissione si distinguono, come segue:

- 1) totale o integrale (o propria): la società scissa trasferisce l'intero patrimonio alle società beneficiarie e cessa di esistere;
- 2) parziale (o impropria): la società scissa trasferisce parte del suo patrimonio ad una o più società beneficiarie e continua ad esistere con un patrimonio netto inferiore;
- 3) per incorporazione: quando la società beneficiaria è già esistente al momento della scissione;
- 4) tramite costituzione di società nuove: se le beneficiarie sono costituite appositamente in occasione della scissione.

Le modificazioni societarie previste, previo il possesso dei requisiti necessari, possono intervenire nell'intero procedimento di gara, decorrente dalla pubblicazione del bando sino alla aggiudicazione definitiva e tra quest'ultima e la stipulazione del contratto, fermo restando che le vicende soggettive relative alla fase di esecuzione sono disciplinate dall'art. 116 del Codice (di cui dirà nel volume 3°).



Le vicende soggettive e la partecipazione alla gara

In caso di partecipazione di raggruppamenti o consorzi si rende necessario distinguere le vicende soggettive dalla composizione degli stessi durante la fase di scelta del contraente, ovvero della modifica dei soggetti fa-

centi parte del raggruppamento o del consorzio senza che sia intervenuta una delle fattispecie previste dall'art. 51, atteso che quest'ultima fattispecie è espressamente negata dal Codice all'art. 37 comma 9 (secondo periodo), il quale prevede che è vietata qualsiasi modificazione alla composizione dei raggruppamenti temporanei e dei consorzi ordinari di concorrenti rispetto a quella risultante dall'impegno presentato in sede di offerta (e conseguentemente anche in sede di domanda di partecipazione in caso di procedura ristretta). Le eccezioni previste dai commi 18 e 19 dell'articolo stesso hanno, inoltre, quale ambito oggettivo, l'esecuzione dell'atto negoziale e non la fase di aggiudicazione.

Pur in assenza di dettagliate disposizioni del Codice, diviene fondamentale il procedimento e le modalità con cui viene attuata la verifica dei requisiti in capo al soggetto partecipante alla procedura di gara e il momento in cui i sog-

getti interessati segnalano l'intervenuta vicenda soggettiva rispetto alla fase di partecipazione, presentazione dell'offerta, dell'aggiudicazione e della stipulazione.

Gli operatori economici sono tenuti a dare formale e tempestiva comunicazione alla stazione appaltante delle locazioni, cessioni, fusioni, scissioni, e trasformazioni con l'onere dei nuovi soggetti di presentare la documentazione, in originale o in copia conforme, a dimostrazione dell'avvenuta operazione, incorrendo in caso di mancata o intempestiva produzione dei documenti nel rischio di esclusione dalla procedura di gara.

La stazione appaltante, venuta a conoscenza della vicenda soggettiva dell'offerente, dovrà richiedere ai nuovi concorrenti:

- la dichiarazione resa ai sensi dell'art. 38 del Codice, per ciascuno dei soggetti previsti in base alla forma giuridica dell'impresa;
- il certificato integrale di iscrizione alla Camera di Commercio in corso di validità per il riscontro della composizione azionaria e societaria e della normativa antimafia;
- la dichiarazione relativa al possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnica previsti dalla documentazione di gara.

Il procedimento di verifica dell'insieme dei requisiti segue le stesse modalità di riscontro con cui si è proceduto alla verifica dei partecipanti all'atto dell'attivazione della procedura, compresa la facoltà di richiedere integrazioni o chiarimenti ex art. 46 del Codice, e si conclude, in caso di possesso dei requisiti dei precedenti e dei nuovi concorrenti (atteso l'obbligo per la stazione appaltante di accertamento anche in ragione della cessione, locazione, fusione, scissione e trasformazione), con l'ammissione del nuovo o modificato operatore economico.

Le attività di cui sopra devono essere attuate in

qualsiasi stadio della procedura, rapportate alla specifica fase in cui interviene la modificazione societaria, ripercorrendo, comunque le operazioni già svolte (ad esempio ammissione alla gara, verifica dei requisiti ex art. 48, ecc.) che hanno avuto attinenza con i requisiti di partecipazione.

Il nuovo o modificato soggetto conserva, comunque, gli effetti già acquisiti dal precedente partecipante nel corso della gara, quali la domanda di partecipazione, la garanzia provvisoria e l'impegno al rilascio della definitiva, il contenuto economico e/o tecnico e le condizioni di aggiudicazione.



La verifica dei requisiti in capo alla cedente ed alla cessionaria

L'impresa A, in qualità di cessionaria di un ramo di azienda dalla società B, lamentava l'illegittimità dell'esclusione da una procedura ristretta, disposta dalla commissione giudicatrice per incompleta documentazione del possesso dei requisiti di ordine generale e speciale richiesti, a pena di esclusione, dal bando di gara e per essersi limitata a confermare il possesso dei requisiti previsti dal bando e già dichiarati in sede di presentazione della domanda di partecipazione alla gara, seppure riferiti all'impresa cedente, e per mancanza di una delle due previste referenze bancarie.

L'impresa cedente B partecipava, in sede di prequalifica, alla procedura ristretta per l'affidamento di un servizio informando già in tale sede della futura cessione del ramo d'azienda che avveniva in data successiva alla presentazione della domanda di partecipazione, 10 luglio 2009, nei confronti della propria controllata cessionaria A. In data 31 luglio 2009 la stazione appaltante invitava B a presentare offerta, riconoscendole di fatto il possesso dei requisiti necessari.

In data 8 settembre 2009, cedente e cessionaria del ramo d'azienda comunicavano alla stazione appaltante l'avvenuto conferimento, allegando altresì l'atto di cessione, dal quale si evinceva l'avvenuto trasferimento in capo alla cessionaria di "tutte le certificazioni e iscrizioni, tutti i requisiti di capacità tecnica, economica, finanziaria, organizzativa ed ogni altro elemento e capacità previsto dalla vigente normativa come requisito o elemento

di valutazione per partecipare e rimanere aggiudicatari in procedure di affidamento di gare, servizi, forniture e opere da parte di enti pubblici". La cessionaria, provvedeva, inoltre, sempre in data 8 settembre 2009 a rendere le dichiarazioni ai sensi dell'art. 38.

A seguito dell'esclusione, la cessionaria A chiedeva un parere all'AVCP per conoscere se:

- una società cessionaria del ramo di azienda comprensivo di tutte le attività e dei servizi svolti in favore di enti pubblici avesse titolo a subentrare, quale cessionaria, nella titolarità della posizione e dei diritti acquisiti dalla cedente del ramo in una procedura di gara bandita da una amministrazione aggiudicatrice;
- l'amministrazione aggiudicatrice, prima di disporre l'esclusione dalla procedura di gara in ragione della mancata dimostrazione da parte della cessionaria dei requisiti, avrebbe dovuto svolgere accertamenti circa la titolarità dei requisiti stessi e, in ogni caso, a chiedere preventivamente alla cessionaria chiarimenti e documentazione integrativa.

L'AVCP con parere di precontenzioso 25 marzo 2010, n. 62 evidenziava innanzitutto come la stazione appaltante:

- ha l'obbligo di verifica dell'idoneità della società cessionaria, una volta intervenuta la comunicazione di avvenuta cessione;
- non può non ammettere il nuovo soggetto giuridico, dovendo consentirgli di avvalersi dei requisiti in possesso della precedente compagine societaria, salvo il potere di verificarne la sussistenza in capo al soggetto subentrante;
- ha la facoltà di utilizzare l'istituto della integrazione documentale ogni volta che il concorrente non abbia integralmente omesso la produzione documentale prevista dalla lex specialis.

Di conseguenza l'AVCP riconosceva non corretto l'operato della stazione appaltante che si era limitata, tra l'altro, a verificare l'esistenza dei requisiti previsti per l'ammissione alla gara nei riguardi dell'impresa cedente senza ritenersi acquisiti, in osservanza del principio della necessaria continuità e/o permanenza del possesso degli stessi, da parte del cessionario sulla base della documentazione prodotta (ferma restando comunque la necessità di verifica). In particolare dall'atto di cessione, era possibile constatare il possesso dei requisiti richiesti dal bando in capo alla cessionaria B, che vedeva fatti propri tutti i requisiti della cedente A, tra i quali anche le referenze bancarie (AVCP, parere di precontenzioso 25 marzo 2010, n. 62).

10. Partecipazione alle gare e prevenzione delle strategie anticoncorrenziali

Al momento della predisposizione degli atti di

gara, si rende opportuno per la stazione appaltante procedere ad una preventiva valutazione delle possibili strategie che gli operatori economici possono realizzare, in relazione allo specifico appalto, con l'obiettivo di alterare a proprio vantaggio il confronto concorrenziale. Si tratta di un fenomeno che determina per la stazione appaltante inevitabili ripercussioni negative in termini di condizioni economiche e qualitative dell'appalto.

Tali strategie, dal punto di vista delle imprese, mirano a conseguire, attraverso un prezzo di gara più alto o una qualità inferiore, un vantaggio economico che non si realizzerebbe in assenza della collusione e del patto anticoncorrenziale.

I comportamenti tesi ad alterare le regole del confronto competitivo si basano spesso su accordi stabili tra le imprese per l'aggiudicazione dell'appalto e la ripartizione dei profitti aggiuntivi, derivanti dal maggior prezzo conseguito.

I mezzi attraverso cui realizzare comportamenti anticoncorrenziali risultano molteplici:

- offerte di comodo;
- mancata presentazione delle offerte;
- rotazione delle offerte;
- spartizione del mercato su aree geografiche.

Come detto la stazione appaltante, per limitare i comportamenti collusivi che alterano le condizioni di concorrenza e conseguentemente ottenere il servizio o la fornitura al minor prezzo possibile in aderenza alle specifiche tecniche, deve preliminarmente:

1) conoscere le condizioni del mercato di riferimento e più puntualmente:

- il numero di imprese operanti dal momento che un numero ridotto di operatori agevola gli accordi in argomento;
- le condizioni di accesso al mercato atteso che nei settori merceologici con barriere

all'ingresso molto elevate le imprese già operanti sono protette dalle pressioni concorrenziali dei potenziali nuovi soggetti spesso in virtù di precedenti accordi anti-concorrenziali;

2) verificare le caratteristiche del prodotto o del servizio in relazione al punto precedente:

- tipologia del prodotto o del servizio (qualora i processi produttivi non si diversifichino tra gli operatori economici, presentandosi identici o simili, le imprese possono accordarsi preventivamente su una struttura comune del prezzo; di contro l'esistenza di prodotti o servizi sostituibili scoraggia accordi collusivi per la difficoltà di controllo dell'intero mercato);
- condizioni tecnologiche (la scarsità o l'assenza di innovazioni di prodotto o di servizio consente alle imprese di stabilire e mantenere accordi collusivi nel tempo);

3) monitorare l'andamento dei prezzi e dei costi sul mercato di riferimento;

4) assumere informazioni sulle aggiudicazioni di altre stazioni appaltanti per analoghi prodotti o servizi;

5) considerare lo storico delle proprie aggiudicazioni nello specifico settore merceologico (acquisti periodici o ripetitivi permettono di verificare l'andamento dei prezzi ottenuti ed i soggetti che hanno aggiudicato l'appalto, come, ad esempio, verificare se l'offerta migliore è presentata sempre dallo stesso soggetto, oppure se alcune imprese hanno partecipato a tutte le gare senza averle mai aggiudicate, ecc.).

Note le condizioni sopra dette, la stazione appaltante garantisce condizioni effettive di concorrenza, tese a limitare accordi collusivi, principalmente attraverso:

- la previsione di requisiti di partecipazione che consentano, ove l'oggetto dell'appalto lo permetta, anche alle imprese medie e piccole di formulare l'offerta;
- la limitazione della partecipazione in associazione temporanea da parte di due o più imprese che singolarmente, sia in caso di R.T.I. orizzontale sia in caso di R.T.I. verticale, sarebbero in grado di soddisfare i requisiti finanziari e tecnici per poter partecipare alla gara;
- una tempistica di gara che consenta di disporre di un adeguato periodo per la formulazione e presentazione delle offerte;
- la possibilità di non procedere all'aggiudicazione in presenza di una sola offerta valida o di non aggiudicare l'appalto per motivi di congruità del prezzo.

Le operazioni di gara: la scelta del miglior offerente

Le operazioni di gara: la scelta del miglior offerente (Ilario Sorrentino)

1. Introduzione

La stazione appaltante, una volta definiti tutti gli elementi dell'appalto, redatti i documenti costituenti la *lex specialis* della gara, espletati i previsti adempimenti in tema di pubblicità della procedura e individuati i requisiti che i concorrenti devono possedere per essere ammessi al confronto concorrenziale, dà avvio alla fase di individuazione del miglior offerente, che costituisce il momento centrale dell'intero procedimento di gara indipendentemente dalla tipologia di acquisto scelta (procedura aperta, ristretta, negoziata, ecc.).

Tale fase ha inizio operativamente con la presentazione delle offerte da parte dei concorrenti, entro il termine perentorio di scadenza per la presentazione delle stesse, si incentra sul confronto tra gli operatori economici secondo le prescrizioni del bando di gara o dell'invito ad offrire e si conclude con il provvedimento di aggiudicazione, suddiviso inoltre in aggiudicazione provvisoria e aggiudicazione definitiva. L'art. 11, commi 2, 3 e 4, del Codice costituisce la norma base del procedimento che definisce, anche mediante rinvii ad altre parti del Codice, i passaggi fondamentali che ogni stazione appaltante, in ogni procedura, è tenuta a porre in essere.

2. Gli organi deputati a svolgere le operazioni di gara.

La selezione dell'operatore economico, che sarà tenuto all'esecuzione dell'appalto, si basa sul confronto tra le offerte pervenute, alternativamente, secondo i due metodi tipici:

- 1) l'aggiudicazione al prezzo più basso, con esclusiva valutazione quantitativa dell'elemento economico;
- 2) l'aggiudicazione all'offerta economicamente più vantaggiosa, con valutazione congiunta

degli elementi economici e tecnici.

La sezione V del Codice "*Criteri di selezione delle offerte e verifica delle offerte anormalmente basse*" disciplina, dall'art. 81 all'art. 89, le modalità necessarie per il confronto concorrenziale tra gli operatori e la verifica di affidabilità delle proposte, individuando, per il caso di aggiudicazione secondo il principio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, gli organi deputati allo svolgimento delle operazioni di valutazione delle offerte. Con riguardo a tale ultimo profilo nulla viene disposto nel caso in cui il criterio di aggiudicazione prescelto sia quello del prezzo più basso.

Occorre dunque chiarire e completare il quadro, individuando gli organi deputati allo svolgimento delle operazioni in tale ultimo caso.

2.1. Il criterio del prezzo più basso e le operazioni di gara

Il Codice, nel caso in cui la stazione appaltante utilizzi quale metodo di selezione delle offerte il criterio del prezzo più basso, non prescrive, come detto, quale organo debba pervenire all'individuazione della migliore offerta. Non è individuato, pertanto, quale o quali soggetti assumono la responsabilità di svolgere le operazioni di gara e la compilazione della graduatoria finale. In assenza di specifiche disposizioni tale fase è affidata alternativamente:

- al responsabile del procedimento, il quale, nominato con la determinazione a contrarre e reso noto ai concorrenti con il bando di gara, ai sensi dell'art. 10, svolge tutti i compiti relativi alle procedure di affidamento che non siano specificatamente attribuiti ad altri organi;
- al Seggio di gara, ai sensi del Regolamento di contabilità generale dello Stato, R.D. 23 maggio 1924, n. 827, il quale all'art. 82 comma 1

prevede che l'aggiudicazione delle procedure di gara sia disposta dal presidente del Seggio, da due testimoni (esclusivamente con mere funzioni ausiliarie) e dall'ufficiale rogante, che redige il verbale della seduta.

La presidenza del Seggio viene affidata, di norma, al dirigente dell'unità organizzativa a cui è affidato l'intero procedimento di scelta del contraente, senza, in tal caso, procedere ad alcun atto di nomina. Le funzioni possono comunque essere svolte da un funzionario delegato in virtù di specifico atto.

Sia il responsabile del procedimento, sia il presidente del Seggio di gara, in ogni tipologia di procedura, costituiscono organi monocratici della stazione appaltante.

Gli stessi pongono in essere attività a contenuto vincolato, in conformità ai documenti di gara, ogniquale volta il sistema di individuazione del miglior offerente avviene automaticamente mediante confronto tra prezzi, ovvero con l'utilizzo di soli parametri quantitativi (percentuale di sconto, tempistica, ecc.).



Criterio del prezzo più basso e scelta della stazione appaltante di affidare ad una commissione l'individuazione dell'offerta vincitrice

Con il criterio dell'aggiudicazione al prezzo più basso il dirigente della stazione appaltante o il R.U.P. rappresentano i soggetti a cui è affidata l'attività di individuazione della migliore offerta. Entrambi i soggetti, inoltre, sono noti ai concorrenti sin dall'avvio della procedura di gara. Non si rende, pertanto, necessario nominare, successivamente al termine per la scadenza delle offerte, una commissione, che operi collegialmente, per la selezione della migliore proposta tra quelle presentate. Tale ultima circostanza si verifica, come si vedrà successivamente, nel caso di aggiudicazione secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, dove, ai sensi dell'art. 84 del Codice, una commissione individua il miglior offerente tra i concorrenti.

Ciò non impedisce comunque che la stazione appal-

tante scelga di affidare ad un organo collegiale, quale la commissione giudicatrice prevista dall'art. 84, la fase di selezione delle offerte anche nel caso in cui il criterio di aggiudicazione sia quello del prezzo più basso. In presenza di tale scelta, qual è il corretto comportamento che la stazione appaltante deve seguire? Il caso di seguito fornisce un'utile e fondamentale indicazione valida tutte le volte in cui l'amministrazione si autoimpone nella lex specialis di gara regole che non sarebbe tenuta a seguire.

Un'amministrazione indicava una procedura di gara per l'affidamento dei servizi di facchinaggio e trasporto con aggiudicazione al prezzo più basso. La stazione appaltante deliberava di demandare ad una commissione la scelta dell'offerta migliore e nominava la medesima prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte. A procedura conclusa l'impresa seconda classificata impugnava il provvedimento di aggiudicazione, proponendo ricorso per violazione dell'art. 84 del Codice, il quale prescrive che la commissione di gara debba essere nominata dopo il termine di presentazione delle offerte.

L'impresa vincitrice, di contro, evidenziava come l'art. 84 imponesse la nomina dopo la scadenza del termine di presentazione delle offerte solo nel caso di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Il TAR adito ha affermato che la stazione appaltante, pur avendo proceduto all'aggiudicazione secondo il criterio del prezzo più basso, aveva prescelto di nominare una commissione giudicatrice di gara ai sensi dell'art. 84. Essa avrebbe dovuto obbligatoriamente applicare tutte le regole previste dalla norma suddetta, tra cui, dunque, la tassativa previsione di individuare i commissari solo una volta ricevute tutte le offerte dei concorrenti (TAR, Lazio, Roma, Sez. II, 13 febbraio 2008, n. 1268).

2.2. Il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e la commissione giudicatrice

Nel caso di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa il quadro di riferimento, più ampio e complesso se raffrontato con il criterio del prezzo più basso, è disciplinato dettagliatamente dall'art. 84 del Codice, il quale prevede che le attività necessarie all'individuazione della migliore offerta venga-

no affidate ad apposita commissione giudicatrice (definita nella prassi corrente commissione di gara).

Quest'ultima, nominata dalla stazione appaltante, è composta da un numero dispari di componenti, tre o cinque, e presieduta da un dirigente (o funzionario apicale equiparato) della medesima amministrazione che ha indetto la procedura. Tale soggetto non deve necessariamente identificarsi con il dirigente dell'unità organizzativa incaricata di aggiudicare l'appalto.



I componenti e le funzioni di segretario verbalizzante

Un Comune bandiva una procedura di gara per un appalto di servizi da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. L'amministrazione provvedeva a nominare una commissione giudicatrice di gara composta complessivamente da tre membri, il presidente ed un commissario, entrambi con potere di voto, ed un funzionario quale soggetto verbalizzante. La seconda classificata impugnava il provvedimento di aggiudicazione sollevando una questione di legittimità in ordine alla composizione della commissione. Il Consiglio di Stato, nel confermare la sentenza del TAR adito, annullava l'aggiudicazione sostenendo che i collegi amministrativi devono essere composti, a pena di illegittimità, da un numero dispari di membri, al fine di garantire la funzionalità del principio maggioritario per la formazione del quorum funzionale. Dunque è illegittimamente costituita una commissione giudicatrice composta da due membri e dal segretario verbalizzante, privo di diritto di voto (Cons. St., Sez. V, 22 ottobre 2007, n. 5502).

Ciò fornisce utili indicazioni operative:

- lo svolgimento delle funzioni di segretario di una commissione non comporta l'esercizio del potere di voto in seno alla stessa, salvo che sia espressamente previsto negli atti di gara e che ciò risulti sorretto dall'atto formale di incarico;
- un commissario può, dunque, svolgere anche le funzioni di verbalizzante, fermo restando che quest'ultimo deve comunque possedere i requisiti tassativi previsti per essere nominato quale componente del collegio.

Il Codice prevede che, per i commissari diversi dal presidente, si faccia ricorso all'impiego di personale dell'amministrazione stessa, limitandosi ad indicare quale requisito per la nomina l'esperienza nel settore oggetto dell'appalto. In caso di carenza di idoneo personale è comunque consentito l'affidamento dell'incarico a figure professionali esterne in possesso dei necessari requisiti, di cui si dirà in seguito.



L'esperienza ed il titolo di studio dei componenti

I componenti di una commissione giudicatrice in una gara di appalto devono essere in possesso delle competenze tecniche e professionali adeguate alla natura ed all'oggetto dell'appalto. Ciò al fine di evitare che sussistano, a monte, elementi che inducano in via anticipata i partecipanti alla gara a dubitare dell'adeguatezza professionale di chi è chiamato a giudicare comparativamente le offerte presentate. Ovviamente, nella impossibilità di verificare in anticipo ed in concreto la preparazione specifica dei commissari, si deve fare riferimento ad alcuni elementi ed in particolare: possesso di un titolo di studio adeguato e pregressa esperienza nel settore (Cons. St., Sez. VI 14 ottobre 2009, n. 6297).

Si segnala inoltre la posizione espressa dall'AVCP nella Deliberazione 10 maggio 2007, n. 142 sempre in tema di nomina di commissari: "pur rientrando nella sfera discrezionale dell'Ente la scelta dei commissari deputati a far parte della commissione giudicatrice, tale provvedimento non può ritenersi avulso dall'obbligo di motivazione, soprattutto quando la Commissione, peraltro composta quasi integralmente da soggetti sforniti di titoli di studio di livello universitario, sia destinata ad esaminare proposte progettuali particolarmente complesse, da valutare per di più con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Non è rispondente ai criteri di logica e ragionevolezza, che devono in particolare presidiare l'attività della pubblica amministrazione, che l'attività valutativa debba essere posta in essere da soggetti privi delle necessarie cognizioni tecniche correlate all'oggetto della gara, ovvero che il giudizio sia il frutto di una valutazione individuale e non collegiale".

La commissione giudicatrice, individuata, di volta in volta, per una singola e specifica pro-

cedura di gara, si configura innanzitutto quale organo:

- straordinario;
- collegiale;
- temporaneo;
- avente compiti di natura tecnico-discrezionali.

L'art. 84, commi 4, 5, 6, disciplina le cause di incompatibilità e di astensione specificando quanto segue:

- l'incarico di commissario non è conciliabile con qualsivoglia funzione tecnico-amministrativa svolta in relazione allo specifico appalto. Non può dunque svolgere la funzione di commissario il personale che ha espletato o è destinato ad espletare compiti connessi allo svolgimento ed alla progettazione delle procedure di gara. In via esemplificativa si evidenziano i seguenti particolari incarichi e funzioni incompatibili (anche per ragioni di opportunità):
 - responsabile del procedimento;
 - dirigenti e funzionari incaricati di redigere le specifiche tecniche;
 - ufficiale rogante;
 - membri di altre commissioni della medesima gara (che hanno, ad esempio, il compito di valutare le domande di partecipazione ovvero le offerte anomale, ecc.);
 - dirigenti e funzionari investiti della responsabilità dell'esecuzione, del collaudo e della liquidazione del contratto.
- l'incarico di commissario non può essere assunto da coloro i quali:
 - nel biennio precedente all'avvio della procedura hanno svolto la carica di pubblico amministratore della stessa stazione appaltante che ha indetto la gara;
 - hanno concorso quale membri di altre commissioni con dolo o colpa grave, accertata con sentenza, all'approvazione di atti dichiarati illegittimi.

Il comma 7, prevede, inoltre, che ciascun commissario deve astenersi ai sensi dell'art. 51 del codice di procedura civile, ossia se:

- ha interesse nella causa o in altra vertente su identica questione di diritto;
- egli stesso o la moglie è parente fino al quarto grado o legato da vincoli di affiliazione, o è convivente o commensale abituale di una delle parti;
- se egli stesso o la moglie ha causa pendente o grave inimicizia o rapporti di credito o debito con una delle parti;
- se è tutore, curatore, amministratore di sostegno, procuratore, agente o datore di lavoro di una delle parti; se, inoltre, è amministratore o gerente di un ente, di un'associazione anche non riconosciuta, di un comitato, di una società o stabilimento.



La collegialità perfetta, i membri supplenti e l'astensione

L'operato della commissione giudicatrice di gara assume piena validità esclusivamente nel caso in cui le attività di competenza vengano svolte collegialmente alla presenza di tutti i membri appositamente nominati. Il principio della collegialità perfetta assume rilevanza fondamentale nell'attività dell'organo in argomento e si traduce nella naturale necessità di prevedere che tutti i componenti siano presenti congiuntamente allo svolgimento delle riunioni, pena l'invalidità dell'intero processo delle decisioni assunte. Al fine di garantire pieno sostegno a tale principio cardine del funzionamento della commissione giudicatrice e considerata l'eventuale difficoltà dei componenti ad assicurare la propria presenza, la stazione appaltante, anche tenuto conto dell'esigenza di vedere concluso l'iter di valutazione delle offerte in un arco di tempo ragionevole, può procedere alla nomina di commissari supplenti per il subentro in caso di assenza dei titolari. Ciò a condizione comunque che l'individuazione di queste ulteriori figure avvenga sempre nel rispetto delle indicazioni del Codice in tema di requisiti e nel medesimo atto di nomina della commissione giudicatrice.

Il Codice inoltre prevede che eventuali carenze di personale della stazione appaltante, tali da impedire di procedere alla nomina dei componenti, possono essere superate mediante il ricorso a figure esterne all'amministrazione. Nei casi di specie i commi 8 e 9 individuano le modalità per eliminare tali possibili criticità operative, ricorrendo (comma 8) in via principale a funzionari di amministrazioni aggiudicatrici di cui all'art. 3, comma 25 o secondo un criterio di rotazione a:

- professionisti, con almeno dieci anni di iscrizione nei rispettivi albi professionali, nell'ambito di un elenco, formato sulla base di rose di candidati fornite dagli ordini professionali;
- professori universitari di ruolo, nell'ambito di un elenco, formato sulla base di rose di candidati fornite dalle facoltà di appartenenza.

Gli elenchi di professionisti o professori devono essere soggetti ad un aggiornamento almeno biennale (comma 9).

Si evidenzia che il ricorso a soggetti estranei può avvenire, solo in caso di carenza reale ed accertata o di comprovate esigenze.



Gli esperti esterni all'amministrazione appaltante e la rotazione

In merito alla nomina dei componenti della commissione giudicatrice esterni all'amministrazione appaltante il Codice individua una precisa sfera di esperti dalla quale deve essere effettuata la scelta del componente; si tratta di una qualificazione normativa tassativa in funzione di preventiva garanzia della competenza professionale e della terzietà del componente che non può trovare alcuna deroga né margini per designazioni differenti (Cons. St., Sez. V, 14 giugno 2010, n. 3732).

È pertanto illegittima la composizione di una commissione giudicatrice, nel caso di nomina di un componente esterno non rientrante nella rosa di candidati indicata dall'art. 84, comma 8. La stazione appaltante deve richiedere preventivamente agli ordini professionali e alle

facoltà universitarie le rose dei candidati da cui trarre il nominativo del componente esterno (Cons. St., Sez. IV, 31 marzo 2010, n. 1830).

È necessario evidenziare che il principio di rotazione dei componenti delle commissioni giudicatrici, di cui al comma 8, non riguarda i funzionari della stazione appaltante, bensì i funzionari esterni ovvero i professionisti ed i professori universitari (Cons. St., Sez. V, 19 novembre 2009, n. 7259).

In caso di ricorso ad esperti esterni il compenso di questi è corrisposto in base ai regolamenti interni o alle tariffe in vigore e gli oneri trovano pertanto copertura sul medesimo capitolo di bilancio sul quale è stato imputato l'appalto.

La norma, infine, fornisce ai commi 10 e 12 due ulteriori tassativi indirizzi di natura organizzativa connessi alla nomina ed al funzionamento della commissione giudicatrice:

- il primo attiene al momento della nomina, con atto formale del dirigente della stazione appaltante, che deve avvenire esclusivamente una volta scaduto il termine per la presentazione delle offerte (a prescindere dalla tipologia di procedura). Tale prescrizione garantisce l'imparzialità della stazione appaltante nei confronti degli offerenti;



Il momento della nomina della commissione giudicatrice ed il ruolo del RUP

Il responsabile del procedimento è tenuto ad inoltrare formale richiesta al dirigente della stazione appaltante della nomina della commissione giudicatrice successivamente alla ricezione delle offerte ed è chiamato altresì a verificare, una volta individuati i commissari, anche il rispetto dei requisiti previsti dal Codice ai commi 4, 5 e 6 e pertanto anche le eventuali cause di incompatibilità.

- il secondo riguarda la necessità di riconvocare, senza dunque procedere a nuova nomina, la medesima commissione giudicatrice

in caso di rinnovo del procedimento di scelta del contraente a seguito di annullamento, in sede amministrativa o giurisdizionale, dell'aggiudicazione o dell'esclusione di taluno dei concorrenti. In questi due casi, infatti, la formulazione delle offerte è già avvenuta e pertanto le stesse risultano cristallizzate, garantendo la prescrizione del suddetto comma 10 relativamente al momento della nomina.



I lavori della commissione giudicatrice e le attività delegabili

La commissione giudicatrice è tenuta alla valutazione collegiale delle proposte pervenute, non potendo delegare tutta o parte dell'attività a singoli commissari o a soggetti esterni, anche se appartenenti all'amministrazione aggiudicatrice.

Ciò non impedisce, comunque, che legittimamente la commissione, qualora l'attività tecnica di valutazione, richieda l'esperimento di verifiche mirate su prodotti e servizi, possa avvalersi di organi a sostegno della propria attività decisionale.

Si pensi, ad esempio, ad una procedura di gara in cui vengono effettuati test di laboratorio e di impiego sui prodotti oggetto della fornitura (ad esempio apparecchiature informatiche o equipaggiamenti del personale) o a verifiche sulle caratteristiche dei servizi offerti (ad esempio il rispetto del protocollo HACCP negli appalti di ristorazione).

Ciò stante la commissione non gode, comunque, di poteri di delega, bensì esclusivamente di ricorrere a supporti esterni utili per la formulazione del proprio giudizio in riferimento alle specifiche tecniche ed ai criteri indicati in bando di gara.

Si segnala a tal fine la necessità di rendere noto nel disciplinare di gara ai concorrenti l'eventuale svolgimento, presso organi tecnici, delle attività sopra dette.

2.3. Le attività preliminari all'individuazione della migliore offerta (comuni ad entrambi i criteri di aggiudicazione)

La stazione appaltante con il bando di gara o l'invito ad offrire richiede che gli operatori all'atto di

invio della propria offerta economica o tecnico-economica, producano a corredo della stessa in buste separate, entro il termine previsto:

- la documentazione amministrativa attestante il possesso dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnici ed ogni altro elemento ritenuto necessario;
- una cauzione provvisoria a garanzia della serietà della proposta formulata accompagnata dall'impegno a fornire cauzione definitiva in caso di aggiudicazione dell'appalto;
- l'avvenuto versamento, qualora dovuto, del contributo obbligatorio nei confronti dell'AVCP.



Il contenuto dell'intero plico

La stazione appaltante richiede agli operatori economici di approntare, per prassi, la seguente documentazione di gara suddivisa in più buste:

Busta "Documenti" contenente:

- autocertificazioni o documentazione in originale/copia conforme dei requisiti previsti dal bando di gara;
- procura speciale in caso di dichiarazione resa da procuratore speciale;
- in caso di partecipazione in consorzio stabile, copia della delibera dell'organo deliberativo o in caso di raggruppamento temporaneo dell'eventuale atto di raggruppamento;
- copia del documento attestante l'avvenuto pagamento del contributo di cui all'art. 1, commi 65 e 67, della legge 23 dicembre 2005, n. 266, recante evidenza del codice di identificazione della procedura di gara;
- in caso di ricorso all'avvalimento, ai fini della dimostrazione del possesso dei requisiti per la partecipazione e della utilizzazione dei mezzi tecnici e/o economici per l'esecuzione dell'appalto, copia della documentazione indicata nel disciplinare;
- garanzia provvisoria ai sensi dell'art. 75;
- eventuale dichiarazione di trovarsi in una situazione di controllo di cui all'art. 2359 c.c. con un altro operatore economico partecipante alla procedura.

Busta "Offerta Tecnica" (in caso di offerta economicamente più vantaggiosa) contenente il documento ri-

chiesto dal disciplinare di gara.

Busta "Offerta Economica" contenente:

- offerta economica;
- eventuale documentazione in merito a situazioni di controllo utile a dimostrare che tale situazione non ha influito sulla formulazione dell'offerta (in una busta separata dell'offerta stessa).

Immediatamente prima della fase di apertura delle buste contenenti le offerte presentate (offerta prezzo con l'aggiudicazione al prezzo più basso e offerta tecnica prima ed economica poi nel caso di aggiudicazione all'offerta economicamente più vantaggiosa), secondo una scansione temporale non tassativamente individuata dal Codice e che verrà esemplificata successivamente, si rende necessario porre in essere le attività preliminari tese a verificare che la documentazione amministrativa richiesta sia stata presentata come prescritto dal bando o dal disciplinare di gara.

In assenza di specifiche disposizioni del Codice è possibile affermare che, pur non rappresentando elemento concorrenziale tra gli operatori economici, i documenti di cui si tratta attengono alla fase di aggiudicazione dell'appalto e pertanto tale responsabilità può essere legittimamente affidata dalla stazione appaltante ai soggetti tenuti operativamente all'apertura delle buste contenenti le offerte di contenuto economico e/o tecnico.

La stessa è dunque, nella prassi, affidata ai soggetti deputati all'aggiudicazione della gara: responsabile del procedimento o presidente del Seggio nel caso di aggiudicazione al prezzo più basso o commissione di gara nel caso di aggiudicazione all'offerta economicamente più vantaggiosa.

Quanto detto potrebbe non verificarsi nei casi di procedure ristrette e negoziate dove le at-

tività di verifica dei requisiti di partecipazione avvengono prima della presentazione delle offerte; in questi casi la stazione appaltante, per il tramite del R.U.P., è legittimata ad affidare lo svolgimento del riscontro della documentazione amministrativa, attinente esclusivamente ai requisiti di capacità professionale, economico-finanziaria e tecnica, ad un'apposita commissione con il compito di verificare le domande di partecipazione.



Il riscontro della documentazione amministrativa nelle procedure ristrette/negoziate

In caso di procedure ristrette e negoziate la stazione appaltante consente di formulare un'offerta esclusivamente agli operatori invitati e quindi ritenuti idonei all'espletamento del servizio o della fornitura sulla base dei requisiti soggettivi, di capacità economica e tecnica minimi individuati dal bando di gara.

In queste ipotesi la fase di apertura della documentazione amministrativa, fatta eccezione per i documenti necessari a corredo dell'offerta e non utili ai fini della domanda di partecipazione, quali ad esempio la cauzione o il pagamento del contributo nei confronti dell'AVCP, avviene in seduta riservata non aperta al pubblico. Tale fase si svolge prima della presentazione delle offerte.

Pertanto non è necessario indicare nel bando di gara quando la stazione appaltante provvederà all'apertura dei plichi in argomento, né si rende necessario, qualora non nota, indicare la data della prima seduta pubblica; quest'ultimo adempimento potrà essere indicato nella lettera di invito ai candidati che superano la fase di prequalifica.

La riservatezza della fase di apertura della documentazione necessaria alla prequalifica, risiede nella necessità di garantire l'effettiva concorrenza tra gli operatori economici che potrebbe essere pregiudicata dalla conoscenza, prima della definizione della gara, dei nominativi dei partecipanti alla stessa. Si intende pertanto arginare eventuali accordi collusivi tra i candidati tesi ad alterare i risultati della procedura ed impedire l'astensione dagli incanti, fenomeni capaci di limitare la partecipazione alla gara e la libertà nella formulazione delle offerte.



La verifica della documentazione amministrativa nel caso di aggiudicazione all'offerta economicamente più vantaggiosa

Se nel caso di aggiudicazione al prezzo più basso l'insieme delle attività in oggetto è affidato al responsabile del procedimento o al presidente del seggio, nel caso di aggiudicazione all'offerta economicamente più vantaggiosa il quadro complessivo può arricchirsi di ulteriori attori considerato che il Codice affida quale compito precipuo alla commissione di gara di valutare l'offerta sotto il profilo sia tecnico sia economico, nulla prevedendo di contro per la verifica della documentazione amministrativa.

La stazione appaltante può in questa fattispecie prevedere che i requisiti di idoneità, le cauzioni, il contributo dovuto all'AVCP e tutti gli altri documenti richiesti, vengano verificati dal responsabile del procedimento o da un'ulteriore commissione appositamente incaricata.



La Commissione di gara ed il seggio d'asta nella stessa gara

Un'azienda ospedaliera indicava una procedura aperta con aggiudicazione all'offerta economicamente più vantaggiosa per una fornitura di materiali medicinali. La ricorrente lamentava una violazione dell'art. 84 del Codice per i seguenti motivi:

- mancanza di competenza tecnica dei membri della commissione;
- illegittimità della nomina della commissione;
- illegittimità nella procedura di valutazione delle offerte.

Dagli atti di causa il TAR adito evidenziava che in una data si era proceduto alla nomina di una commissione monocratica (definita formale) incaricata della verifica della regolarità della documentazione amministrativa e della valutazione delle offerte sotto il profilo economico composta dal direttore amministrativo dell'azienda ospedaliera e due testimoni e in un'altra data (successiva al termine di presentazione delle offerte) veniva nominata una commissione incaricata di valutare le offerte tecniche composta (regolarmente) da tre membri. Quest'ultima commissione procedeva a valutare le offerte sotto il profilo del contenuto prettamente tecnico mentre la prima (commissione formale), dopo aver verificato la documentazione amministrativa in seduta precedente, procedeva successivamente alla valutazione delle offerte sotto il profilo economico.

Tale operato veniva censurato dal TAR con le seguenti motivazioni:

- "risulta violato il principio della collegialità della commissione, non essendo ammissibile che le offerte economiche vengano valutate da un organo sostanzialmente monocratico (il direttore amministrativo e due testimoni)"; tale organo monocratico è stato nominato prima della scadenza delle offerte, in chiara violazione dell'art. 84 del Codice, per il cui disposto la commissione che valuta le offerte (sia quelle tecniche che economiche) deve essere nominata successivamente a tale termine";
- "la valutazione delle offerte economiche e tecniche è stata affidata a due commissioni diverse".

(TAR Lombardia, Milano, Sez. I, 15 dicembre 2009, n. 5346).

Dalle motivazioni sopra riportate si evince che la stazione appaltante che in una procedura con aggiudicazione all'offerta economicamente più vantaggiosa, scinde il momento della valutazione dell'offerta (tecnica ed economica) tra due organi differenti, di cui uno peraltro monocratico, opera illegittimamente.

2.4. Le attività di gara comuni ai due metodi di aggiudicazione ed il corretto *modus operandi*

2.4.1. LE FORMALITÀ NELLA PRESENTAZIONE DEI DOCUMENTI

Il rispetto delle prescrizioni previste nel bando o nella lettera di invito, ovvero nella documentazione di gara in genere, relativamente alla presentazione dei documenti costituisce un profilo di particolare rilevanza non soltanto per i partecipanti alla procedura, ma anche per la stazione appaltante.

In proposito è opportuno precisare che, in via generale:

- la stazione appaltante, se il regolamento di gara commina l'esclusione obbligatoria in seguito a determinate violazioni della forma prescritta, è tenuta ad escludere il concorrente senza nessuna modalità di valutazione in merito alla rilevanza dell'irregolarità ed al

peso che la medesima può avere nell'ambito della gara ovvero sull'apprezzamento dell'adeguatezza della sanzione prevista (tale impostazione è sostenuta dall'attuale giurisprudenza dominante e dall'AVCP. Si sono, comunque, registrati orientamenti meno recenti a favore di una interpretazione della clausole previste a pena di esclusione, tale da non condurre necessariamente all'esclusione in caso di mancato rispetto da parte del concorrente);

- la stazione appaltante, se il regolamento di gara contiene disposizioni ambigue, di non semplice comprensione o contraddittorie, ancorché la violazione delle prescrizioni sia sanzionata o meno a pena di esclusione, non può escludere automaticamente il concorrente, ma deve verificare se la suddetta violazione, cui l'operatore economico è stato indotto dalla stessa stazione appaltante, sia rilevante rispetto alle finalità perseguite dalle prescrizioni violate.

Le complessive modalità di presentazione dell'intero plico dell'offerta che si sostanziano nell'utilizzo del mezzo di trasmissione previsto (servizio postale, corriere, a mano, ecc.) alla stazione appaltante, nell'assicurare adeguata sigillatura allo stesso (ceralacca, sigle, ecc.), nella sottoscrizione dei documenti ivi contenuti (offerta compresa), nel rispetto della suddivisione tra buste (documenti, offerta economica, offerta tecnica, giustificazioni eventuali) e del loro contenuto materiale, costituiscono le attività sottoposte al vaglio di conformità dell'organo cui è affidato tale compito.



La prevalenza del bando di gara sulla lettera di invito nelle procedure ristrette

La lettera di invito nelle procedure ristrette si pone in un

rapporto di accessorieta' con il bando di gara. L'invito infatti permette di specificare le prescrizioni di gara o di indicarne in aggiunta senza comunque alterare l'impianto di gara previsto dal bando. Pertanto in caso di contrasto tra le prescrizioni dei due documenti citati ha sicura prevalenza il bando di gara rispetto alla lettera di invito. Quest'ultima ha, infatti, un carattere complementare e generalmente nel caso di difformita' tra le clausole si riconosce al bando di gara la valenza di fonte primaria di tutte le altre disposizioni che possono essere integrative ma non sostitutive.

Si evidenzia che invece in assenza di contraddizioni tra i due atti costituenti la lex specialis di gara, questi possono reciprocamente integrarsi prevedendo, nell'uno e non necessariamente nell'altro atto, adempimenti in capo agli operatori economici sanzionati, comunque, con la nullita' dell'offerta.

A conclusione di quanto appena esposto si espongono taluni casi paradigmatici:



La sigillatura delle offerte: modalità da richiedere pena esclusione

Un'impresa veniva esclusa dalla gara perché la propria offerta non risultava controfirmata in tutti i lembi di chiusura.

Il bando di gara prescriveva "saranno escluse dalla gara le offerte...le quali anche se su uno solo dei lembi di chiusura ancorché preincollato non siano chiuse con ceralacca; non rechino sulla chiusura con ceralacca l'impronta del sigillo come precedentemente descritto; non siano controfirmate".

Con parere di precontenzioso 21 maggio 2008, n. 170, l'AVCP riteneva legittimo l'operato della stazione appaltante sostenendo che non si sarebbe neanche potuto ipotizzare una sanatoria del vizio formale di presentazione delle offerte atteso che tale attività avrebbe violato il principio della parità di trattamento.

La sigillatura della documentazione amministrativa: modalità da richiedere pena esclusione

Un consorzio veniva escluso da una gara a causa della mancata apposizione della ceralacca sulla busta contenente i documenti amministrativi.

Le prescrizioni relative alle modalità di confezionamen-

to dell'offerta contenute nel bando di gara prevedevano che "le singole buste contenenti la documentazione amministrativa, l'offerta tecnica e l'offerta economica devono essere chiuse con colla e/o nastro adesivo e sui lembi di chiusura opportunamente controfirmati deve essere applicata punto di ceralacca, pena esclusione. Le stesse buste dovranno essere a loro volta inserite in un plico sottoposto alle medesime condizioni di confezionamento di cui sopra, pena esclusione".

Secondo l'AVCP, con parere di precontenzioso 06 marzo 2010 n. 71, la commissione di gara non poteva che applicare tale regola del bando, a tutela del trasparente svolgimento della procedura di gara, diversamente incorrendo in una violazione della par condicio fra i concorrenti, atteso anche che le prescrizioni del bando erano espresse in modo chiaro e preciso e non potevano essere considerate meramente formali.

La sigillatura dell'offerta: una clausola poco chiara

Una società lamentava la mancata esclusione di un concorrente nonostante la presentazione dell'offerta economica in una busta priva del sigillo della ceralacca in violazione di quanto previsto, a pena di esclusione, dal capitolato speciale di gara.

L'art. 8 "Presentazione dell'offerta - documentazione" del capitolato speciale della gara in esame prevedeva "Il plico contenente tutta la documentazione dovrà essere sigillato e siglato sui lembi di chiusura (...) Avvertenza: Si precisa che per sigillo deve intendersi qualsiasi impronta o segno (sia impronta espressa su materiale plastico come ceralacca o piombo, sia su una striscia incollata con timbri o firme) atto ad assicurare la chiusura e, nello stesso tempo, confermare l'autenticità della chiusura originaria proveniente dal mittente, al fine di evitare manomissioni di sorta". Successivamente relativamente alla sola busta C Offerta economica, l'art. 8 prevedeva che "l'offerta deve essere inserita, a pena di esclusione, in apposita busta debitamente chiusa e sigillata con ceralacca, con apposizione di timbro dell'impresa e controfirmata su tutti i lembi di chiusura al fine di assicurarne la segretezza".

L'AVCP con parere di precontenzioso 09 luglio 2009, n. 76 ha evidenziato come l'avvertenza sembrava riferirsi a tutti gli adempimenti formali contenuti nell'art. 8 e che fosse stata inserita dalla stazione appaltante al fine di fornire un canone interpretativo di tutte le previsioni relative alle modalità di chiusura delle buste. Pertanto, la successiva disposizione relativa alla sola busta economica che imponeva l'apposizione di sigilli con ceralacca veniva a creare indubbiamente una incertezza interpretativa e la possibilità per i partecipanti di incorrere facilmente in errori nella preparazione dell'offerta.

La stessa AVCP verificava che, nel caso di specie, la sigilla-

tura prevista nella quale era presente una striscia incollata sulla quale erano apposti timbri e firme sembrava essere un sistema idoneo a garantire la integrità e l'immodificabilità del contenuto del plico e, pertanto, idoneo a garantire la segretezza dell'offerta. Di conseguenza, anche in considerazione dell'ambiguità presente nella documentazione di gara la commissione ha agito correttamente dando priorità al principio del favor participationis.

La suddivisione nel plico delle buste: modalità da rispettare non a pena di esclusione

Una società contestava la legittimità dell'operato della stazione appaltante che aveva ammesso alla procedura di gara una concorrente nonostante la stessa non avesse presentato la domanda di partecipazione secondo le prescrizioni indicate nella lex specialis.

In particolare, nel corso delle operazioni di gara, la commissione, aperto il plico presentato dalla società e constatato che al suo interno erano contenute solo due buste su tre (A, B e C), mancando la Busta B contenente l'offerta economica, non aveva escluso l'impresa ma si era limitata a sospendere le operazioni di gara, che venivano riprese solo successivamente.

Alla riapertura delle operazioni, la commissione non escludeva la società per la mancata presentazione della Busta B, ma la ammetteva alla gara, procedendo all'apertura della Busta A, al solo fine di verificare l'eventuale presenza della Busta B al suo interno. Tale verifica dava esito positivo determinando l'aggiudicazione della gara alla stessa. L'AVCP con parere di precontenzioso 8 ottobre 2009, n. 96 rilevava che dalla lettura delle prescrizioni della lex specialis le uniche condizioni da rispettare a pena di esclusione erano riferite unicamente all'utilizzo del mezzo per far pervenire i plichi e alla modalità di sigillatura.

Pertanto, l'operato della stazione appaltante è stato giudicato conforme alle prescrizioni di gara.

La suddivisione nel plico delle buste: modalità da rispettare pena esclusione

Durante lo svolgimento di una gara una commissione deliberava l'esclusione di un'impresa avendo la stessa omesso di presentare la busta B dell'offerta economica, in violazione di quanto previsto dal disciplinare di gara, secondo cui "i plichi devono contenere al loro interno 2 (due) buste, a loro volta debitamente sigillate e controfirmate sui lembi di chiusura, recanti l'intestazione del mittente e la dicitura, rispettivamente, "A (documentazione amministrativa)" e "B (offerta economica)".

In assenza della busta B, la commissione si determinava a non aprire l'unica busta presentata. Successivamente al ricevimento della comunicazione di esclusione, l'impresa istante rivolgeva alla stazione appaltante richiesta di riam-

missione in gara, precisando che la busta contenente l'offerta economica era stata inserita nella busta contenente la documentazione amministrativa ed invitava l'amministrazione ad aprire la medesima busta A.

L'AVCP con parere di precontenzioso 5 giugno 2008, n. 177 rilevava che il disciplinare prevedeva con clausola chiara e non equivoca le modalità di presentazione dei plichi, che dovevano contenere al loro interno le due separate buste, relative alla documentazione amministrativa ed all'offerta economica. Detta prescrizione era inoltre, ribadita da alcune avvertenze, nelle quali si sanciva l'esclusione dalla gara nel caso in cui l'offerta o la documentazione non fossero contenute nell'apposita busta sigillata e controfirmata sui lembi di chiusura.

L'AVCP riteneva corretto il comportamento tenuto dalla commissione di gara che, riscontrata la mancanza di una delle due buste prescritte, aveva deciso di non aprire l'unica busta presentata in gara, non potendo la stessa effettuare alcuna valutazione interpretativa della disciplina di gara, né alcuna valutazione suppositiva sull'eventuale contenuto della busta A.

La mancata sottoscrizione per accettazione del disciplinare: clausola da rispettare pena esclusione

Una società veniva esclusa dalla gara per omesso inserimento, nel plico recante la documentazione amministrativa, di copia del disciplinare sottoscritto, in ogni pagina, dal legale rappresentante della società.

Il disciplinare richiedeva di allegare "Il presente Disciplinare e il Capitolato d'Oneri, comprensivo del relativo Capitolato Tecnico, sottoscritto in ogni sua pagina per accettazione". La mancanza di tali documenti era sanzionata con l'esclusione dalla gara dallo stesso disciplinare "La mancata presentazione dei documenti di cui ai precitati punti... comporterà automaticamente l'esclusione dalla gara."

L'AVCP con parere di precontenzioso 25 marzo 2010, n. 68 rilevava che tra la documentazione amministrativa non

era stato inserito proprio il disciplinare di gara, che avrebbe dovuto essere sottoscritto per accettazione degli impegni assunti. La stessa AVCP, nell'evidenziare come la funzione svolta dalla sottoscrizione del disciplinare, che è quella di rendere riferibili le prescrizioni di gara al dichiarante, non si può far rientrare neanche tra le irregolarità formali, per le quali è consentita la regolarizzazione o l'integrazione, giudicava corretto l'operato dell'amministrazione nell'escludere la società dalla gara.

Mancanza di coordinamento tra bando di gara e disciplinare di gara

Un'impresa lamentava la mancata esclusione di una concorrente per omessa presentazione di una dichiarazione prevista, pena esclusione dal bando di gara, poi fornita a seguito di integrazione documentale disposta dalla commissione giudicatrice.

Il bando di gara prevedeva, tra i requisiti di partecipazione, un'autocertificazione relativa all'insussistenza in capo all'azienda di una situazione soggettiva rimandando al disciplinare di gara le norme integrative "in ordine alle modalità di presentazione dei documenti da presentare a corredo dell'offerta nonché i documenti tecnico-amministrativi". In particolare, detto disciplinare pur elencando le situazioni soggettive che il partecipante alla gara era obbligato a dichiarare pena esclusione, ometteva di fornire informazioni circa il requisito oggetto del contendere.

L'AVCP con parere di precontenzioso 20 novembre 2008, n. 245 nell'evidenziare il mancato coordinamento tra le disposizioni del bando e quelle del disciplinare di gara, il quale non riportava tutte le prescrizioni del bando, segnalava la correttezza dell'operato della commissione considerata l'equivocità della documentazione di gara.

La stessa AVCP sosteneva che ove le disposizioni con le quali siano prescritti particolari adempimenti per l'ammissione alla gara siano equivoche vanno interpretate nel senso più favorevole all'ammissione degli aspiranti.



La segretezza dell'offerta

Ai fini dell'ammissibilità dell'offerta, occorre che il plico giunga alla stazione appaltante con la sigillatura operata dal concorrente del tutto integra, per cui non rileva che gli eventi di alterazione della sigillatura siano successivi alla consegna del plico all'ufficio postale o al corriere incaricato. L'esclusione del concorrente è senz'altro giustificata qualora il plico contenente le offerte pervenga alla commissione di gara praticamente privo di chiusura oppure in

modo tale da non assicurare che l'apertura del plico sia effettuata dalla commissione pubblicamente in contraddittorio ed il giorno della gara, e pertanto in circostanze tali da non consentire alcuna certezza in ordine al rispetto delle regole di legalità previste per lo svolgimento della gara (Cons. St., Sez. V, 20 maggio 2010, n. 3179).

Da ciò si evince che l'interesse tutelato dalle modalità di sigillatura è quello della segretezza delle offerte, impedendo che le stesse siano facilmente esposte a manomissioni.

In realtà anche la più sofisticata delle prescrizioni di sigillatura può rivelarsi inutile a fronte di una precisa volontà di manomissione: la controfirma può essere vanificata aprendo il plico ed avendo cura di rincollarlo in modo tale che la sottoscrizione torni a combaciare, la ceralacca può essere rotta e sostituita da una colata di ceralacca di dimensioni maggiori che renda impercettibile il segno di quella prima apposta e manomessa; astrattamente è anche possibile la contraffazione di un sigillo.

Se ragionevolmente la semplice busta chiusa può essere facilmente manomessa senza lasciare traccia è logico e rispondente ad un interesse di gara che la stazione appaltante prescriva ex ante e inderogabilmente forme di sigillatura, ma appare invero irragionevole un'esclusione

automatica per mancanza anche solo parziale di una delle prescritte forme di sigillatura, laddove l'offerta pervenga comunque integra e sigillata con modalità alternative. Pertanto è preferibile nella predisposizione del bando di gara, del disciplinare di gara o della lettera d'invito evitare di imporre forme particolareggiate e tassative (ed illogiche: es. ceralacca di particolare colore, firma per esteso e non sigla, ecc.) di chiusura essendo necessaria e sufficiente una clausola generale che intenda per sigillo qualsiasi impronta o segno atto ad assicurare la chiusura e, nello stesso tempo, confermare l'autenticità della chiusura originaria proveniente dal mittente, al fine di evitare manomissioni di sorta.

2.4.2. LA PUBBLICITÀ DELLE OPERAZIONI DI GARA

Nella generalità delle procedure si pone quale principio inderogabile la pubblicità delle operazioni di individuazione del contraente affidate all'organo deputato all'aggiudicazione. Devono, pertanto, svolgersi in seduta pubblica (comunicata mediante il bando di gara o la documentazione di gara), ossia alla presenza degli operatori economici concorrenti, taluni degli adempimenti previsti per procedere all'aggiudicazione dell'appalto.

Il principio di pubblicità impone, dunque, che la documentazione del plico venga aperta ed esaminata con le garanzie della pubblicità di cui all'art. 2 del Codice. In tal modo la stazione appaltante consente a tutti i concorrenti di assistere direttamente (seppur in maniera facoltativa) alla verifica di integrità dei documenti presentati e all'identificazione del loro contenuto.

Tralasciando la suddivisione nel dettaglio delle fasi previste in relazione al criterio di aggiudicazione prescelto che verranno affrontate nei paragrafi 3.2 e 4.3, è necessario elencare quali attività principali debbano comunque svolgersi pubblicamente nelle sedute di gara (nel giorno indicato nei documenti ufficiali):

- verifica dell'integrità del plico e della compo-

sizione dello stesso (documentazione amministrativa e offerta);

- apertura e verifica formale della documentazione amministrativa (requisiti di partecipazione, cauzioni e contributo nei confronti dell'AVCP);
- apertura e verifica formale dell'offerta (economica e/o tecnica);
- sorteggio ex art. 48 per la verifica dei requisiti speciali;
- dichiarazione delle offerte sospette di anomalia e conseguenti dichiarazione di esclusione.

Fermo restando che l'organo di gara può ritenere necessario svolgere pubblicamente operazioni aggiuntive (o rendere note le proprie deliberazioni) rispetto a quelle indicate, si evidenzia, comunque, che le attività che comportano valutazioni tecnico-discrezionali non devono obbligatoriamente avvenire in seduta pubblica, bensì è opportuno che le stesse si svolgano in seduta riservata.

La mancata pubblicità delle sedute di gara per l'aggiudicazione comporta, in via generale, l'invalidità di tutti gli atti della procedura selettiva, trattandosi di adempimento posto a tutela non solo della parità di trattamento tra i concorrenti, ma anche dell'interesse pubblico alla trasparen-

za ed all'imparzialità dell'azione amministrativa. In tale contesto la pubblicità delle sedute di gara consente, inoltre, la partecipazione attiva dei concorrenti presenti, intesa non solo come presenza fisica, ma anche come possibilità per questi ultimi di effettuare rilievi e osservazioni durante lo svolgimento delle operazioni. Si precisa che tale facoltà è concessa, esclusivamente ai soggetti titolari dei poteri di rappresentanza in virtù di una carica sociale o di una procura speciale (validamente riferibile quindi alla gara in corso). Requisiti, questi ultimi, verificabili dall'organo di gara sulla scorta degli atti pervenuti alla stazione appaltante con specifico riferimento alla procedura.

A tal fine il responsabile del procedimento o la commissione giudicatrice dovranno rilevare nelle sedute pubbliche le presenze degli operatori economici mediante un modulo di registrazione sottoscritto da ciascun concorrente che, unitamente alle eventuali osservazioni o agli interventi degli stessi nello svolgimento delle attività, dovrà opportunamente risultare dal verbale di gara (ed essere allegato allo stesso).



Il principio di continuità delle sedute e la verbalizzazione

Nella pratica operativa le attività che devono necessariamente avere luogo pubblicamente si svolgono in più giornate rendendo necessario uno o più rinvii delle riunioni dell'organo di gara, in considerazione della quantità della documentazione presentata e della fase in cui si trova il procedimento (apertura buste documentazione, sorteggio per verifiche, ecc.). Ciò nonostante il principio della pubblicità non viene inficiato atteso che le operazioni svolte sino ad un determinato momento rimangono cristallizzate nei verbali di gara da cui si evince la continuità dell'operato del responsabile del procedimento o della commissione giudicatrice sino all'individuazione del miglior offerente.

La verbalizzazione sia essa delle sedute aperte o riservate, ai sensi dell'art. 78 del Codice, infatti, assolve la funzione di rendere note e ufficializzare nel dettaglio le attività svolte nelle varie fasi della gara, costituendo fedele e puntuale rappresentazione delle operazioni compiute (anche alla luce di eventuali verifiche, operate dal dirigente della stazione appaltante o dagli organi di controllo, durante o successivamente il procedimento). Il verbale, pertanto, è dotato, sul piano probatorio, di una forza privilegiata tale che esso fa piena prova, fino a querela di falso, sia della sua provenienza che delle dichiarazioni delle parti e degli altri fatti avvenuti. Si ritiene pertanto necessario che il verbale di gara sia redatto con estrema cura ed attenzione privilegiando una verbalizzazione analitica rispetto ad una verbalizzazione eccessivamente sintetica, al fine di consentire una ricostruzione fedele dell'intero procedimento di aggiudicazione.

Sulla pubblicità delle sedute di gara si verificano sovente situazioni problematiche sulle quali si è formata una copiosa giurisprudenza. Di seguito sono indicati alcuni casi paradigmatici.



Le comunicazioni durante le sedute pubbliche

Un'impresa lamentava la violazione del principio di pubblicità delle sedute di gara relative all'apertura delle offerte economiche atteso che il disciplinare di gara disponeva che il Presidente del seggio, con almeno tre giorni lavorativi di anticipo, avrebbe comunicato ai concorrenti ammessi all'apertura delle offerte economiche, la data della relativa seduta pubblica.

In particolare il disciplinare disponeva che le comunicazioni della stazione appaltante ai concorrenti si sarebbero intese validamente ed efficacemente effettuate, qualora rese ad uno dei recapiti indicati dagli stessi concorrenti (mediante fax, posta elettronica ovvero con qualunque altro mezzo ammesso dall'ordinamento).

A seguito di un'istruttoria dei fatti si vinceva che la stazione appaltante, nella persona del Presidente del seggio, nel corso della prima seduta, aveva definito l'iter temporale della procedura concorsuale, comunicando ai rappresentanti delle imprese presenti in gara, la data della successiva seduta di apertura delle offerte economiche. L'AVCP con parere di precontenzioso 31 gennaio 2008, n. 30, ha evidenziato che le comunicazioni ef-

fettuate in seduta pubblica, possono supplire qualsiasi altro mezzo di trasmissione, esclusivamente nel caso in cui tutti gli operatori economici che hanno presentato offerta siano presenti alla seduta stessa.

La stessa AVCP rilevava come:

- nel caso in argomento, atteso che non tutti i partecipanti alla gara erano presenti alla prima seduta, la stazione appaltante aveva posto in essere una pubblicità imperfetta, in quanto si era limitata a comunicare esclusivamente ai concorrenti presenti la data della successiva seduta di apertura delle offerte;
- la mancata pubblicità delle sedute di gara rileva sempre come vizio della procedura, senza che occorra dimostrare un'effettiva lesione della trasparenza della gara e della par condicio tra i concorrenti, trattandosi di un aspetto della selezione posto a tutela non solo della parità di trattamento dei partecipanti alla competizione, ma ancor prima dell'interesse pubblico all'imparzialità dell'azione amministrativa.

La durata della verifica della documentazione amministrativa e la custodia delle offerte

Un'impresa lamentava l'eccessiva durata di una gara che si era svolta in un tempo superiore a nove mesi in presenza di esclusivamente cinque offerenti.

Tra la prima e la seconda seduta di gara erano intercorsi quattro mesi, mentre le successive sedute si erano svolte a distanza di un mese l'una dall'altra.

Il TAR adito rilevava che di tale abnorme durata non vi fosse giustificazione nei verbali, evidenziando che nelle gare pubbliche, il principio della continuità e della concentrazione della gara costituisce espressione della più generale regola della imparzialità e della par condicio, in quanto mira ad assicurare l'indipendenza di giudizio di chi presiede la gara ed a sottrarlo a possibili influenze esterne. Inoltre segnalava come l'impiego di un tempo eccessivo per la verifica della documentazione amministrativa, anche se giustificato dalla complessità dell'istruttoria ovvero da fattori eccezionali, vizia in ogni caso l'intera procedura allorché non venga assicurata medio tempore la cu-

stodia degli atti di gara, con modalità che diano oggettiva certezza, alla ripresa delle operazioni, della loro autenticità ed integrità (Tar Puglia, Bari, Sez. I, 2 febbraio 2010, n. 244).

La mancata pubblicità delle sedute di gara come vizio della procedura

Un operatore economico lamentava la propria esclusione da una procedura di gara disposta per la mancata allegazione della fotocopia del documento di identità ad una dichiarazione sostitutiva richiesta dalla lettera di invito.

Lo stesso lamentava la mancata pubblicità della seduta di apertura delle buste contenenti la documentazione a corredo dell'offerta, con conseguente violazione del principio del contraddittorio e delle regole di trasparenza dell'azione amministrativa, mediante la quale si sarebbe potuto verificare la presenza o meno della fotocopia del documento di identità.

L'AVCP con parere di precontenzioso 25 marzo 2010, n. 59 evidenziava che l'omessa allegazione della fotocopia del documento di identità in linea generale comporta l'esclusione dalla gara, rappresentando elemento costitutivo dell'autocertificazione, ma nella circostanza l'operatore economico non era stato posto in condizione di poter congiuntamente verificare la sussistenza di tale omissione al momento dell'apertura delle buste, che avrebbe dovuto essere svolta in seduta pubblica e non riservata. L'AVCP ribadiva che l'obbligo del seggio di gara di garantire ai concorrenti l'effettiva possibilità di presenziare allo svolgimento delle operazioni di apertura dei plichi è posto a tutela dell'interesse pubblico e di quello dei singoli concorrenti. La pubblicità delle sedute di gara è la principale manifestazione della trasparenza amministrativa e garanzia partecipativa dei concorrenti.

La stessa AVCP deliberava dunque che, benché l'omessa allegazione alla dichiarazione sostitutiva della fotocopia del documento di identità legittimasse un provvedimento di esclusione, la mancata pubblicità della seduta di apertura dei plichi era stata idonea a viziare l'intera procedura concorsuale.



La presenza del rappresentante e la diretta conoscenza delle determinazioni del seggio

Le determinazioni pubbliche dell'organo di gara, anche se effettuate alla presenza dei rappresentanti degli operatori economici destinatari di taluni provvedimenti, non fanno

venir meno l'obbligo per la stazione appaltante di effettuare le comunicazioni (ad esempio in ordine alle esclusioni o alle aggiudicazioni) previste nel rispetto degli artt. 77 e ss. del Codice.

2.4.3. IL CONTENUTO DELLE OFFERTE (ECONOMICHE)

L'art. 74 del Codice nel disciplinare la forma ed il contenuto delle offerte prevede che le stesse, debitamente sottoscritte, abbiano forma cartacea o elettronica e siano sottoscritte con firma normale o digitale, recando le norme di cui all'art. 77.



L'irrevocabilità dell'offerta

Si evidenzia che, ai sensi dell'art. 11, comma 6, ciascuna concorrente non può presentare più di un'offerta e che la stessa è vincolante e irrevocabile per il periodo indicato nel bando o nell'invito o in assenza di tale termine per 180 giorni dalla data di scadenza di presentazione delle offerte.

Lo stesso articolo, ai commi 2 e 4, ove è stabilito che le offerte devono contenere gli elementi prescritti dal bando o dall'invito ovvero dal capitolato e, in ogni caso, gli elementi essenziali per identificare l'offerente e la procedura cui si riferiscono, unitamente alle caratteristiche e al prezzo della prestazione offerta, rimanda la disciplina di dettaglio alle regole di gara che la stazione appaltante ha reso note all'atto dell'avvio della procedura.

La formulazione dell'offerta, nella pratica operativa, pone problematiche diversificate in ordine:

- al rispetto della forma prevista, ovvero, principalmente, delle modalità specifiche di compilazione con riferimento alle sottoscrizioni (di una o più pagine), all'allegazione di documenti di riconoscimento, all'utilizzo di moduli predisposti dalla stazione appaltante, alla sottoscrizione di capitolati speciali d'appalto e delle specifiche tecniche;
- al contenuto prettamente economico, in relazione alla base d'asta dell'appalto con riferi-

mento agli sconti percentuali offerti, alla formulazione dell'offerta mediante prezzi unitari e complessivi ed alla relativa espressione in cifre ed in lettere.

Per quanto attiene al rispetto delle formalità imposte per la compilazione delle offerte, si rimanda a quanto detto per la presentazione della documentazione amministrativa, atteso che anche per l'offerta (parte integrante del plico) le clausole del bando o della lettera di invito assumono portata vincolante per la stazione appaltante.

Si evidenzia, infatti, una quasi puntuale coincidenza tra quanto sancito nel Codice agli artt. 73 (*forma e contenuto delle domande di partecipazione*) e 74 (*forma e contenuto delle offerte*), con l'unica differenza rappresentata dalla circostanza che la stazione appaltante può imporre quale obbligo, a pena di esclusione, la compilazione dell'offerta mediante moduli predisposti, nel caso in cui il prezzo complessivo sia determinato mediante prezzi unitari (art. 74 comma 3).



Alcune differenze con gli appalti di lavori

La disposizione di cui all'art. 74, comma 3, del Codice risente dell'influenza degli appalti di lavori per i quali è necessaria, ai fini della valutazione dell'offerta, la conoscenza del costo delle componenti costituenti l'opera da realizzare (lavori, forniture, noli, ecc.); in questi casi infatti il D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 (riprodotto dal Regolamento di esecuzione del Codice) richiede anche la compilazione della lista delle lavorazioni e forniture. Pertanto la ratio della norma, ovvero di prevedere la compilazione dell'offerta in base a prezzi unitari secondo il modulo predisposto dalla stazione appaltante, è da rintracciarsi nell'esigenza di speditezza della procedura.

Le offerte sono, dunque, da ritenersi correttamente formulate quando, oltre che conformi

alle prescrizioni di gara, risultino perfettamente chiare ed univoche con riguardo al ribasso e/o al prezzo offerto.

È opportuno che la stazione appaltante nella *lex specialis* preveda una serie di clausole che consentano all'organo competente all'aggiudicazione di trovare una soluzione alle seguenti circostanze (prevedibili *ex ante*):

- difformità tra prezzo (sconto) in lettere e prezzo (sconto) in cifre;
- presenza di offerte (sconto o prezzo) di pari importo tra concorrenti.

In merito, ed in assenza di indicazioni da parte del Codice o del Regolamento, si segnalano due criteri che possono essere utilizzati per la risoluzione delle situazioni in argomento:

- nel primo caso, discordanza tra quanto indicato in cifre e quanto indicato in lettere, la stazione appaltante può legittimamente prevedere che prevalga l'importo più favorevole all'amministrazione (criterio già previsto peraltro dal Regolamento di Contabilità Generale di Stato, R.D. 827 del 1924 all'art. 72, comma 2);
- nel secondo caso, offerte classificate *ex aequo*, i documenti di gara possono prevedere che i due operatori economici, se presenti entrambi alla seduta pubblica di apertura delle offerte economiche, possano essere invitati a procedere alla riformulazione dell'offerta o in alternativa la *lex specialis* può stabilire che si proceda al sorteggio tra le due offerte (tale ultimo metodo è previsto dall'art. 77 del richiamato R.D. 827 del 1924).

Durante le operazioni di aperture ed esame delle offerte possono, inoltre, riscontrarsi situazioni (non prevedibili *ex ante*) problematiche dovute, ad esempio, alla:

- difformità tra prezzo (sconto) unitario e prezzo (sconto) complessivo;

- difformità tra sconto offerto e corrispondente prezzo unitario o prezzo complessivo;
- mancanza di prezzo (sconto) complessivo e presenza di prezzo unitario in caso di una fornitura o servizio costituito da una sola componente;
- mancanza di prezzo (sconto) complessivo e presenza di alcuni prezzi unitari in caso di fornitura o servizi costituiti da più componenti.

In questi casi è possibile individuare una regola che consenta all'organo di gara di valutare la validità o l'invalidità dell'offerta nel rispetto del principio di parità di trattamento: le offerte non sono da escludere ogniqualvolta sia possibile ricavare, mediante un mero calcolo aritmetico, in modo inequivoco la volontà espressa dal concorrente.

Nelle tabelle che seguono alcuni esempi di offerte valide e invalide, sulla base del criterio operativo indicato:

	Ipotesi 1	Ipotesi 2
prezzo unitario A	80	80
prezzo unitario B	20	mancante
prezzo complessivo	mancante	100
OFFERTA VALIDA		

	Ipotesi 1	Ipotesi 2
prezzo unitario	100	0
prezzo complessivo	mancante	100
OFFERTA VALIDA		

prezzo unitario A	80
prezzo unitario B	20
prezzo complessivo	110
OFFERTA NON VALIDA	

prezzo unitario A	mancante
prezzo unitario B	mancante
prezzo complessivo	100
OFFERTA NON VALIDA	

prezzo unitario A	80
prezzo unitario B	mancante
prezzo complessivo	mancante
OFFERTA NON VALIDA	

base d'asta	110
prezzo complessivo	100
sconto percentuale	18%
OFFERTA NON VALIDA	

A completamento del quadro descritto può essere utile illustrare alcuni casi paradigmatici.



Differenza prezzi unitari e prezzo complessivo: un'esclusione

Un'impresa, nell'ambito di un appalto di forniture, lamentava l'esclusione disposta nei propri confronti in quanto l'offerta economica presentata risultava contenere una discordanza tra l'importo complessivo offerto e l'importo relativo ai prezzi unitari.

Il disciplinare di gara prevedeva che l'offerta dovesse contenere, a pena nullità, il prezzo offerto per ogni singolo prodotto e che nel caso di discordanza tra quanto indicato in cifre e quanto indicato in lettere si sarebbe ritenuto valido quello più vantaggioso per l'amministrazione.

L'offerta presentata dall'impresa presentava un prezzo complessivo di euro 1.944.600,00 non corrispondente al risultato della somma dei singoli prezzi unitari.

L'AVCP con parere di precontenzioso 23 aprile 2008, n. 130, nel rammentare come nelle gare pubbliche valga il principio secondo il quale le offerte delle imprese partecipanti debbono ritenersi non solo idoneamente espresse, ma anche perfettamente chiare ed univoche e facilmente ricavabili mediante una semplice operazione aritmetica, senza alcuna necessità di integrare la volontà espressa dagli offerenti, evidenziava come un'eventuale interpretazione dell'offerta da parte della commissione di gara avrebbe violato la par condicio dei concorrenti. Peraltro la discordanza tra i valori, non poteva rientrare nell'ipotesi di non corrispondenza tra cifre e lettere (anche prevista dalla normativa lavori dall'art. 90 D.P.R. n. 554/1999) che avrebbe consentito di ritenere l'offerta valida.

La stessa AVCP nel confermare l'operato della stazione appaltante, segnalava, inoltre, come la somma dei prezzi unitari diversa dall'importo totale offerto non permetteva di individuare, con certezza, la volontà negoziale dell'impresa concorrente, in aderenza alla lex specialis di gara.

Omessa indicazione prezzo complessivo offerto

Una stazione appaltante nel prevedere nel bando di gara

che gli operatori economici avrebbero dovuto formulare la propria offerta sia in cifre sia in lettere ed il conseguente ribasso percentuale rispetto al prezzo posto a base di gara, anch'esso espresso sia in cifre sia in lettere, escludeva dalla procedura un'impresa che aveva omesso di indicare nella dichiarazione il prezzo complessivo offerto, pur avendo indicato i prezzi unitari ed i relativi ribassi percentuali.

L'AVCP con parere di precontenzioso 21 maggio 2008, n. 160 nell'evidenziare come la mancata indicazione del prezzo complessivo nell'offerta non può comportare l'estromissione dalla gara qualora lo stesso sia facilmente determinabile da una semplice operazione aritmetica, segnalava non conforme alla normativa vigente l'esclusione disposta.

Il sorteggio

Un operatore economico contestava le operazioni di sorteggio ex art. 77 del R.D. 827/1924 poste in essere dalla commissione di gara durante una procedura.

La stazione appaltante ribadiva come la commissione, in presenza degli ex aequo, si era nuovamente riunita per individuare un criterio per l'assegnazione della gara. Ciò avveniva con l'individuazione del criterio del sorteggio ex art. 77 del R.D. 827/1924, unico criterio ritenuto legittimo in mancanza di diverse indicazioni nel bando, previa comunicazione ai concorrenti interessati.

L'AVCP con parere di precontenzioso 19 novembre 2009, n. 133 evidenziava la correttezza dell'operato della stazione appaltante, rilevando come il sorteggio - secondo una costante giurisprudenza riferita in prima battuta all'esperimento di miglioria - costituisce una risorsa di carattere generale cui le stazioni appaltanti possono fare riferimento in caso di offerte aventi la medesima valutazione numerica. La disposizione del Regolamento di Contabilità Generale dello Stato trova applicazione generalizzata indipendentemente dal suo richiamo nei bandi di gara e non è stata abrogata né implicitamente né esplicitamente dalla suc-

cessiva normativa in materia di appalti, con la conseguenza che deve trovare applicazione in tutte le procedure di gara.

La volontà delle imprese nel sorteggio

In una gara per l'appalto di un servizio, in seguito all'apertura delle offerte economiche, i prezzi offerti dalle due uniche A.T.I. ammesse, a fronte dell'identico sconto percentuale del 9,14%, risultavano pari ad 10.125.278,11 per il raggruppamento A e pari ad 10.125.117,90 per il raggruppamento B.

Considerate eguali le due offerte sopra indicate, il seggio di gara procedeva a sorteggio, in esito al quale veniva proclamato aggiudicatario il raggruppamento A.

Il raggruppamento B censurava l'operato della stazione appaltante attesa la differenza dei valori in euro delle stesse e considerato, inoltre, che in caso di offerte identiche, il sorteggio avrebbe dovuto avere carattere residuale rispetto all'esperimento di un nuovo confronto volto a sollecitare la formulazione di offerte migliorative.

L'aggiudicataria A, di contro eccepiva come la *lex specialis* di gara, ai fini dell'aggiudicazione, assegnasse esclusivo rilievo alla sola percentuale di ribasso dei partecipanti (non contenendo disposizioni che imponessero l'indicazione del prezzo contrattuale).

Il TAR adito analizzava la lettera di invito la quale dettava per la formulazione e la presentazione delle offerte le seguenti indicazioni: "l'offerta dovrà essere formulata in euro", soggiungendo altresì che l'offerta stessa avrebbe dovuto indicare "la percentuale di sconto da apportare al prezzo base palese (la suddetta percentuale dovrà essere espressa in cifre e in lettere con non più di due cifre decimali (es. 0,01%); in caso di discordanza tra la percentuale in cifre e quella in lettere, sarà ritenuta valida quella più favorevole all'Amministrazione" e per l'aggiudicazione dettava inoltre che "l'appalto di ciascun lotto sarà aggiudicato

a favore del concorrente che avrà proposto la maggiore percentuale di riduzione sul prezzo base palese".

Il giudice nel segnalare come la *lex specialis* prevedesse l'esclusiva rilevanza del ribasso percentuale offerto, valutava corretta la scelta del seggio di gara di considerare non il valore assoluto espresso in euro dell'offerta bensì, il ribasso percentuale, equiparando le due offerte presentate.

Parimenti non ravvisava elementi di illegittimità nel sorteggio in presenza di due offerte identiche nella percentuale di ribasso proposto, pur avendo il raggruppamento B contestato il sorteggio stesso nella convinzione che l'organo di gara avrebbe dovuto preliminarmente procedere all'esperimento di miglioria fra le due offerenti.

Dal verbale di gara non risultava che alcuno degli offerenti avesse sollecitato, presso il seggio di gara, l'esperimento di miglioramento contemplato dalla disposizione di cui al primo comma dell'art. 77 del R.D. 824/1924. Il TAR sosteneva dunque che il mancato esercizio di tale facoltà - a fronte del quale il seggio avrebbe dovuto procedere effettivamente all'esperimento di miglioria - non poteva essere addebitato quale argomento di censura dell'operato dell'organo di gara (Tar Lazio, Roma, Sez. I bis, 3 febbraio 2005, n. 988).

Il principio affermato si sostanzia in tutti i casi in cui si deve procedere ex art. 77 del R.D. 824/1924: le ditte partecipanti hanno l'onere di sollecitare - necessariamente in sede di gara - l'esperimento di miglioria e, pertanto, in mancanza dell'esercizio di tale facoltà, la stazione appaltante procede immediatamente all'individuazione del migliore offerente mediante sorteggio.

Quanto detto vale naturalmente soltanto nell'ipotesi in cui la *lex specialis* non abbia indicato preventivamente il metodo di risoluzione dell'eventuale parità tra le offerte. Inoltre analoghe considerazioni possono essere effettuate nel caso di aggiudicazione all'offerta economicamente più vantaggiosa (si veda il box nel paragrafo dedicato al criterio).

3. Il criterio del massimo ribasso: applicazioni e modalità di svolgimento della gara

3.1. Il metodo

L'art. 82 del Codice disciplina il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso, prevedendo che la stazione appaltante individui l'aggiudicatario in base all'offerta che presenta il ribasso percentuale o il valore più basso rispetto all'insieme dei concorrenti. Il comma 1 prescrive, innanzitutto, che le uniche offerte ammissibili in gara sono quelle che presentano un prezzo inferiore a quello posto a base di gara, individuando quale soglia di riferimento per gli operatori economici il prezzo base palese: le offerte non devono superare tale valore e devono comunque contemplare un ribasso rispetto allo stesso.



Le offerte uguali alla base d'asta

Si ritengono ammissibili anche offerte di importo pari alla base d'asta, ferma restando la facoltà della stazione appaltante di prevedere, nel bando di gara, una clausola di esclusione delle offerte che non presentano alcun ribasso o sconto.

I decimali

Si ravvisa l'opportunità di prestabilire nella lex specialis le modalità di arrotondamento dei decimali (ed il numero massimo degli stessi) cui l'organo di gara dovrà attenersi nelle proprie attività di calcolo dei ribassi offerti. Qualora fosse richiesto agli offerenti di indicare il ribasso offerto, dovrà essere previsto il numero massimo di decimali oltre lo zero da indicare in offerta. Ciò è applicabile anche in caso di aggiudicazione all'offerta economicamente più vantaggiosa.

I commi 2 e 3 suddividono ulteriormente il criterio del prezzo più basso in:

- sub criterio del ribasso sull'elenco dei prezzi o offerta a prezzi unitari nel caso di appalti da aggiudicarsi a misura;

- sub criterio del ribasso sull'importo complessivo dei lavori o offerta a prezzi unitari nel caso di appalti da aggiudicarsi a corpo.

L'articolo in questione demanda in ogni caso al bando di gara l'individuazione puntuale del metodo.

In caso di appalti da aggiudicarsi in parte a misura ed in parte a corpo l'unica specificazione del criterio del prezzo più basso da utilizzare è quella riferita all'offerta mediante prezzi unitari. Il Regolamento, a cui l'art. 82, comma 4, rimanda per le modalità applicative, all'art. 283, "*selezione delle offerte*" (servizi e forniture nei settori ordinari), non fornisce una regola generale nella scelta del sub criterio, lasciando dunque alla stazione appaltante la discrezionalità di aggiudicare contemporaneamente o alternativamente mediante prezzi unitari o complessivi e sconti conseguenti.

3.2. Lo svolgimento della gara

Esaminate le regole base della pubblicità e del rispetto delle formalità imposte dalla *lex specialis* di gara, comuni a tutte le tipologie di procedure sopra soglia e sotto soglia comunitaria, lo svolgimento della procedura con il criterio del prezzo più basso segue per l'aggiudicazione, ai sensi degli artt. 11 e 12 del Codice e degli artt. 117 e 283 del Regolamento, il percorso di seguito indicato.

Il giorno fissato dal bando l'organo competente riceve la documentazione pervenuta dai concorrenti ed in una prima seduta pubblica provvede:

- a dare atto della documentazione pervenuta nei termini o fuori dai termini deliberando per quest'ultime la irricevibilità;
- a verificare la sigillatura dei plichi pervenuti e ad aprire il plico contenente la documentazione prevista (di norma n. 2 buste – documenti ed offerta economica), verificando anche per

questi il rispetto delle norme poste a garanzia dell'integrità e della segretezza;

- ad aprire le buste contenenti la documentazione amministrativa e ad effettuare, previa numerazione (mediante contrassegno) ed autenticazione, il riscontro delle stesse, deliberando relativamente ai concorrenti ammessi, agli esclusi e a coloro i quali dovranno invece procedere ad integrazione documentale ex art. 46 del Codice. (L'attività può svolgersi in più sedute; l'organo di gara informa i presenti che la stazione appaltante provvederà a comunicare a tutti i concorrenti le date di svolgimento delle ulteriori sedute pubbliche);
- a sorteggiare, ai sensi dell'art. 48, i concorrenti chiamati a comprovare i requisiti autocertificati. Tale operazione deve necessariamente svolgersi al termine delle attività del punto precedente al fine di evitare di sorteggiare concorrenti che dovranno essere esclusi;
- a rinviare ad un'ulteriore seduta per l'apertura del plico contenente l'offerta, informando i concorrenti in merito alle modalità di custodia delle offerte.

Nel giorno previsto l'organo di gara in una seconda seduta pubblica provvede:

- a dare atto delle risultanze dell'attività di verifica dei requisiti ex art. 48, comunicando i concorrenti eventualmente esclusi;
- ad aprire la busta contenente l'offerta economica e a dare lettura del prezzo complessivo offerto da ciascun concorrente ed il conseguente ribasso percentuale. Tale adempimento deve svolgersi necessariamente in un'unica seduta senza possibilità di rinvio;
- a compilare una tabella di apertura delle offerte in base all'ordine rispettato nello svolgimento della lettura delle offerte;
- a dare atto dell'avvio, se previsto, del procedimento di verifica delle offerte che potrebbero

rivelarsi anormalmente basse;

- a rinviare ad un'ulteriore seduta per l'aggiudicazione provvisoria.

Nel giorno previsto l'organo di gara in una terza seduta pubblica provvede a:

- a dare atto delle risultanze del procedimento di verifica delle offerte risultate anormalmente basse, dichiarando quelle non congrue;
- ad individuare il miglior offerente, dichiarando nei confronti di quest'ultimo l'aggiudicazione provvisoria della procedura di gara.

Tutte le suddette attività costituiscono oggetto di verbalizzazione.

Con l'aggiudicazione provvisoria si esaurisce il compito dell'organo di gara ma il procedimento di aggiudicazione non si considera terminato sino all'aggiudicazione definitiva.

4. Il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa: applicazioni, modalità formali di svolgimento della gara

4.1. Il contenuto normativo

L'aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa è disciplinata dall'art. 83 del Codice, il quale prescrive, innanzitutto, che la stazione appaltante è tenuta nel bando di gara ad individuare i criteri di valutazione dell'offerta, valutando contestualmente la loro pertinenza in ragione della natura, dell'oggetto e delle caratteristiche del contratto.

Il comma 1 fornisce (solo a titolo esemplificativo) un'elencazione di tredici criteri, lasciando alla discrezionalità della stazione appaltante di stabilire gli elementi cui attribuire importanza nell'individuazione dell'offerta in ragione delle proprie esigenze.

Identica discrezionalità è lasciata dal comma 2 per quanto attiene il peso da assegnare a ciascun criterio: il bando deve necessariamente

indicare la ponderazione attribuita a ciascuno dei criteri indicati nella *lex specialis*. In merito si evidenzia che tale ponderazione può essere espressa alternativamente come peso percentuale (ad esempio: prezzo 40%, qualità 30%, pregio tecnico 30%) o in termini assoluti quale punteggio (ad esempio: prezzo 40 punti, qualità 30 punti, pregio tecnico 30 punti), comunque per valori complessivi pari a cento, così come oggi espressamente stabilito nell'art. 283, comma 1, del Regolamento.

Le percentuali o i punteggi rappresentano i valori massimi ottenibili da ciascuna offerta, per ogni criterio individuato, all'atto della valutazione a cura della commissione giudicatrice di gara: la loro somma individua il miglior offerente.

Il citato comma 2 consente alla stazione appaltante, inoltre, di determinare per ognuno dei criteri individuati una soglia minima da raggiungere per poter essere valutati (ad esempio qualità massimo 30 punti, soglia di sbarramento 15 punti), in mancanza della quale le offerte che non totalizzano il punteggio minimo nel corrispondente elemento o per aggregati di elementi, non sono ammesse alla prosecuzione della gara.

Il Codice, in merito, prescrive tuttavia che lo scarto tra il valore soglia ed il valore massimo ottenibile deve essere appropriato, limitando la discrezionalità della stazione appaltante.



La soglia per caratteristiche aggregate

Il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa consente di valutare le offerte combinando il fattore economico con quello prettamente tecnico. A tal fine le proposte dei concorrenti vengono confrontate nel procedimento di gara attraverso due indicatori sintetici che forniscono il punteggio tecnico complessivo ed il pun-

teggio economico conseguiti, i quali sommati individuano il miglior offerente. L'indicatore del punteggio tecnico rappresenta l'aggregazione di tutti i criteri prescelti con esclusione del criterio prezzo. Alla luce di quanto appena detto circa la possibilità di fissare una soglia minima di punteggio che il concorrente deve conseguire rispetto al profilo tecnico dell'offerta, la stazione appaltante, allorché ritenga utile ricorrere all'utilizzo della soglia, deve stabilire in sede di redazione del bando o dei documenti di gara se riferire la stessa:

- *ad uno o più criteri/sub criteri di valutazione considerati singolarmente;*
- *all'insieme degli aspetti tecnici considerati in via aggregata.*

La scelta tra l'alternativa indicata va fatta tenendo presente che nel primo caso si persegue la garanzia circa l'adeguata presenza nell'offerta di specifici profili tecnici; nel secondo caso viene perseguita la garanzia di acquisire una fornitura o un servizio globalmente rispondente alle esigenze programmate in sede di previsione dell'approvvigionamento.

Qualora la ponderazione dei criteri di valutazione dell'offerta sia impossibile per ragioni oggettivamente dimostrabili, il comma 3 impone alla stazione appaltante di ordinare, per importanza decrescente, gli stessi nel bando di gara. Al riguardo si segnala che l'impossibilità di ponderare i criteri deve essere rintracciabile, mediante motivazione, anche nella determinazione a contrarre.

I criteri di valutazione dell'offerta, come detto espressi per pesi percentuali o di punteggio, possono inoltre essere ulteriormente scomposti in sub criteri e relativi sub pesi o sub punteggi (ad esempio in caso di forniture la qualità di un bene - criterio - a cui è attribuibile un massimo 30 punti - punteggio - può essere suddivisa come qualità delle componenti interne - sub criterio A - e delle componenti esterne - sub criterio B - a cui è attribuibile rispettivamente 20 punti - sub punteggio A - e 10 punti - sub punteggio B), ferma restando la necessità di rispettare la somma globale pari a cento.

Attesa la complessità della ulteriore ed eventuale suddivisione in sub criteri il Codice, al secondo periodo del comma 3, attribuisce alla stazione appaltante, qualora sprovvista delle professionalità necessarie, la facoltà di incaricare uno o più esperti, con la determinazione a contrarre, per lo svolgimento dell'attività in argomento.

Individuati gli elementi che costituiscono i parametri sulla base dei quali le offerte verranno valutate, la stazione appaltante è tenuta a definire il metodo per attuare la ponderazione o l'attribuzione del punteggio, cui la commissione giudicatrice dovrà attenersi nello svolgimento delle proprie operazioni. Queste ultime devono terminare, ai sensi del comma 5, con l'individuazione, mediante un unico parametro numerico finale (pari a 100), della proposta più vantaggiosa.

Naturalmente i concorrenti devono essere informati con il bando di gara, oltre che dei criteri, anche della metodologia di calcolo e di attribuzione del punteggio.

Il Regolamento, all'art. 283, comma 2, prevede, rimandando all'allegato P, l'applicazione di alcune metodologie, di cui si dirà nei prossimi paragrafi.



La ripartizione del punteggio tra offerta economica ed offerta tecnica

L'aggiudicazione all'offerta economicamente più vantaggiosa, basata sul rapporto prezzo/qualità, pone l'amministrazione innanzi ad una scelta discrezionale in ordine all'individuazione della ripartizione del punteggio massimo ottenibile nelle due citate componenti. Si tratta in altri termini di individuare che valore deve assumere, nell'ottica del soddisfacimento dell'interesse pubblico, l'aspetto qualitativo rispetto all'elemento prezzo e viceversa. Il Codice, ad eccezione dei servizi di pulizia (art. 286 del Regolamento), non fornisce alcuna indicazione sul rapporto tra prezzo (offerta economica)

e qualità (offerta tecnica). L'individuazione, pertanto, del corretto rapporto tra le due componenti, deve essere individuata dalla stazione appaltante sulla base di una preliminare valutazione correlata:

- *al mercato di riferimento ed alle tipologie di tecnologie presenti e dei relativi costi;*
- *al numero dei potenziali concorrenti in grado di garantire soluzioni idonee e qualitativamente rispondenti ai requisiti ricercati;*
- *al grado di puntualità delle specifiche tecniche a base di gara.*

Inoltre appare sconsigliabile, fermo restando da un lato l'impossibilità di definire a priori uno schema generalmente applicabile ad ogni tipologia di approvvigionamento attesa la diversità dei settori merceologici, utilizzare suddivisioni tra i due criteri che vedono prevalere nettamente:

- *l'elemento economico rispetto a quello qualitativo (ad esempio offerta economica 90 punti, offerta tecnica 10 punti), che porterebbero a vanificare l'impiego di un metodo di aggiudicazione congegnato per definire l'equilibrio complessivo dei criteri di valutazione alternativo all'aggiudicazione al prezzo più basso;*
- *l'elemento qualitativo rispetto a quello economico (offerta economica 10 punti, offerta tecnica 90 punti), per le stesse motivazioni appena indicate.*

Ciò detto è necessario evidenziare che l'equilibrio tra i due criteri non è rappresentato necessariamente da una perfetta suddivisione tra gli stessi (50 punti offerta tecnica e 50 punti offerta economica). La stazione appaltante può infatti attribuire un peso maggiore ad uno dei due criteri a condizione che tale scelta risulti ragionevole rispetto alla natura e all'oggetto dell'appalto. In merito si segnala quanto riportato nel 46° considerando (terzo periodo) della Direttiva Ce 2004/18: "Le amministrazioni aggiudicatrici, quando scelgono di aggiudicare l'appalto all'offerta economicamente più vantaggiosa, valutano le offerte per determinare quella che presenta il miglior rapporto qualità/prezzo. A tal fine stabiliscono i criteri economici e qualitativi che, nel loro insieme, devono consentire di determinare l'offerta economicamente più vantaggiosa per l'amministrazione aggiudicatrice. La determinazione di tali criteri dipende dall'oggetto dell'appalto in quanto essi devono consentire di valutare il livello di prestazione che ciascuna offerta presenta rispetto all'oggetto dell'appalto, quale definito nelle specifiche tecniche, nonché di misurare il rapporto qualità/prezzo di ciascuna offerta".

4.2. L'applicazione del metodo: regole e criteri per l'aggiudicazione

Alla determinazione dei criteri di valutazione delle offerte pervenute, suddivisi in eventuali sub criteri e sub punteggi, segue l'attività di attribuzione del punteggio a cura della commissione giudicatrice, sulla scorta del metodo indicato nel bando di gara.

4.2.1. LA VALUTAZIONE DELL'OFFERTA TECNICA

Per il metodo di attribuzione del punteggio all'offerta tecnica si pongono per la stazione appaltante principalmente due macro alternative:

1 ^ Alternativa

Stabilire con puntualità, mediante una griglia di punteggio, la modulazione del punteggio, minimo/intermedio/massimo (anche frazionato), conseguibile da ciascuna offerta per ogni criterio ed eventuale sub criterio.

In questo caso l'attività della commissione si sostanzia nella verifica delle proposte tecniche pervenute in relazione alla gamma di punteggio assegnabile. Appare opportuno evidenziare che in questo caso l'attività dell'organo di gara è strettamente ancorata alle determinazioni iniziali della stazione appaltante, che precedentemente ha già valutato l'importanza ed il grado di rilevanza delle future offerte in ordine agli aspetti qualitativi differenti dal prezzo.

Qualora non sia possibile predeterminare la modulazione del punteggio nel modo indicato è necessario scegliere la seconda alternativa.



Attribuzione punteggi offerta tecnica

Servizio pulizia

Punteggio massimo criterio "personale" 10 punti con due sub criteri da 5 punti ognuno:

sub criterio personale pulizia ordinaria: 2 operai: punti 1; 3 operai: punti 2; 4 operai: punti 3; 5 operai: punti

4; 6 operai: punti 5.

sub criterio personale pulizia straordinaria: 2 operai: punti 1; 3 operai: punti 2; 4 operai: punti 3; 5 operai: punti 4; 6 operai: punti 5.

2 ^ Alternativa

Stabilire il range di punteggio, dal minimo al massimo, ottenibile per ogni criterio ed eventuale sub criterio, procedendo all'attribuzione dei punteggi secondo l'applicazione del metodo aggregativo-compensatore previsto dall'allegato P del Regolamento (o uno dei metodi multicriteri richiamati nel medesimo allegato), al fine di rendere oggettiva l'attività della commissione giudicatrice (si segnala che si omette di analizzare il metodo electre, previsto ed esplicitato dall'allegato P, atteso che il metodo aggregativo-compensatore appare di più immediata e diretta applicazione per gli appalti di forniture e servizi).

Il citato allegato ricalca peraltro le prescrizioni contenute in materia di lavori pubblici nel D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554, ed assume la denominazione, sempre nel Regolamento, di allegato G per gli appalti di lavori.



I metodi multicriteri

L'AVCP con Determinazione 20 maggio 2009, n. 4 nel trattare del criterio dell'aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (seppur negli appalti di finanza di progetto) ha evidenziato che "la necessità di utilizzare...metodi scientifici multicriteri deriva da due ordini di ragioni: l'esigenza di rendere aggregabili valutazioni riferite a criteri espressi secondo scale e unità di misura diverse e, dunque, non confrontabili tra loro (per esempio il prezzo, il tempo, il valore tecnico) e l'esigenza di tener conto della diversa ponderazione - cioè importanza - che la stazione appaltante ha attribuito ai criteri stessi. I metodi multicriteri sono sistemi di aiuto alle decisioni, ossia strumenti idonei a

consentire l'esplicitazione delle proprie preferenze, per il raggiungimento della consapevole adozione di una soluzione adeguata al problema posto". Per un approfondimento analitico dell'applicazione dei metodi AHP, Evamix, TOPSIS si rimanda alla stessa determinazione.

Il metodo aggregativo-compensatore, nel fornire una formula matematica da applicare per l'attribuzione dei punti, prevede che il punteggio complessivo totalizzato da un'offerta si ricava dalla somma dei punti riportati per ogni criterio e sub criterio. Il punteggio per ogni criterio e sub criterio è ottenuto per moltiplicazione tra il punteggio massimo ottenibile ed un coefficiente compreso tra 0 e 1, che esprime il risultato conseguito dalla specifica offerta in esame (per ogni criterio o sub criterio).

Tale formula consente di parametrare e confrontare le diverse soluzioni tecniche proposte dai concorrenti e rappresenta dunque strumento di omogeneizzazione delle stesse.



Metodo aggregativo-compensatore offerta tecnica

Indice di valutazione dell'offerta tecnica (punteggio conseguito):

sommatoria punteggi max del requisito x coefficiente del requisito compreso tra 0 e 1

Qualità: punti max 30 suddivisi in requisito Alfa: punti max 10 e requisito Beta: punti max 20:

Sommatoria $(10 \times 0,5) + (20 \times 0,8) = 5 + 16 = 21$ (punteggio qualità conseguito).

N.B. Il coefficiente compreso tra 0 e 1 è definito come coefficiente di interpolazione.

Ciò detto, la stazione appaltante, essendo tenuta all'indicazione nella *lex specialis* delle modalità con cui la commissione di gara attribuirà i co-

efficienti tra 0 e 1, può alternativamente stabilire che questa avvenga mediante:

- **interpolazione lineare semplice** come rapporto tra il parametro tecnico offerto ed il parametro tecnico massimo richiesto (o anche tra il parametro tecnico oggetto di valutazione ed il miglior parametro tecnico offerto). I coefficienti vengono successivamente riparametrati riportando ad 1 il miglior punteggio e proporzionando a tale valore i coefficienti prima calcolati.



Un esempio:

Fornitura di monitor per personal computer

Standard ottimale richiesto dalla stazione appaltante

con i documenti di gara: 20 pollici

Standard offerto ditta A: 20 pollici

Standard offerto ditta B: 18 pollici

Standard offerto ditta C: 17 pollici

Standard offerto ditta D: 15 pollici

Coefficiente ditta A: $20/20 = 1$

Coefficiente ditta B: $18/20 = 0,9$

Coefficiente ditta C: $17/20 = 0,85$

Coefficiente ditta D: $15/20 = 0,75$

- **media dei coefficienti attribuiti da ciascun commissario ad ogni offerta.** In tale caso ogni membro attribuisce per il criterio o sub criterio un punteggio tra 0 e 1 e il coefficiente finale è rappresentato dalla media dei coefficienti riportati da ogni offerta per ogni criterio o sub criterio. In tal caso è necessario che la commissione, senza introdurre nuovi criteri rispetto a quelli già previsti dal bando di gara, fornisca una motivazione delle preferenze effettuate da ciascun componente.

I coefficienti vengono successivamente riparametrati riportando ad 1 la media migliore e proporzionando a tale media le medie precedentemente calcolate.



Un esempio:

Servizio di assistenza autovetture

Accessori autovettura proposti dalle ditte A, B, C.

Commissario alfa - ditta A: 1; ditta B: 0,5; ditta C: 0,9

Commissario beta - ditta A: 0,5; ditta B 0,2; ditta C 1

Commissario gamma - ditta A: 0,2; ditta B 0,5; ditta C 0,7

Coefficiente ditta C: $0,9 + 1 + 0,7 = 2,6 / 3 = 0,86$ -
riparametrato: 1

Coefficiente ditta A: $1 + 0,5 + 0,2 = 1,70 / 3 = 0,56$ -
riparametrato: $0,56 / 0,86 = 0,65$

Coefficiente ditta B: $0,5 + 0,2 + 0,5 = 1,20 / 3 = 0,4$ -
riparametrato: $0,4 / 0,86 = 0,46$

- **confronto a coppie delle offerte** ed individuazione del coefficiente secondo uno dei tre metodi seguenti:

- (1) media dei coefficienti variabili tra 0 e 1 calcolati da ciascun commissario;
- (2) trasformazione in coefficienti variabili tra 0 e 1 della somma dei valori attribuiti dai singoli commissari;
- (3) media dei coefficienti secondo il calcolo dell'autovettore principale (si segnala che si omette l'esemplificazione di tale autovettore).

Il confronto a coppie consente di omogeneizzare le valutazioni espresse da ciascun commissario, nell'assegnazione del range di punteggio per ogni criterio e sub criterio qualitativo, mediante i valori attribuiti, in modo da parametrare in maniera uniforme le preferenze espresse da più soggetti su una medesima proposta.

Si evidenzia che, qualora il bando preveda l'attribuzione attraverso il confronto a coppie, e le offerte da valutare siano inferiori a tre, i coefficienti sono determinati come al punto precedente, ovvero sia discrezionalmente da ciascun commissario, attesa l'impossibilità di confrontare a due a due le proposte pervenute.



Lo svolgimento del confronto a coppie

Il metodo consente di porre in essere un confronto, a due a due, degli elementi delle offerte presentate al fine di individuare una graduazione che costituisce il risultato di tutte le comparazioni svolte con l'attribuzione delle preferenze che vanno da un minimo ad un massimo di punti predeterminati. Tale confronto viene svolto singolarmente da ogni commissario e le risultanze vengono trasformate, con la riparametrazione, per pervenire ad un dato complessivo unico, espressione dell'intera commissione di gara.

Il metodo è definito nelle linee guida nell'allegato G del Regolamento e consente, per lo svolgimento del confronto, ad ogni commissario di attribuire, per ogni criterio da esaminare, un punteggio che varia dalla parità (1 punto a ciascuna delle offerte), alla preferenza minima (2 punti ad una sola delle due offerte), alla preferenza piccola (3 punti ad una sola delle due offerte), alla preferenza media (4 punti ad una sola delle due offerte), alla preferenza grande (5 punti ad una sola delle due offerte), alla preferenza massima (6 punti ad una sola delle due offerte).

Il confronto a coppie è posto in essere per un numero superiore alle 3 offerte.

Di seguito si riporta un esempio con cinque offerte da valutare e tre commissari.

Ogni commissario sulla propria tabella confronta l'offerta uno con l'offerta due, l'offerta uno con l'offerta tre, l'offerta uno con l'offerta quattro e l'offerta uno con l'offerta cinque; successivamente confronta l'offerta due con l'offerta tre, l'offerta due con l'offerta quattro e l'offerta due con l'offerta cinque; e ancora l'offerta tre con l'offerta quattro e l'offerta tre con l'offerta cinque ed infine solo l'offerta quattro con l'offerta cinque.

Tra parentesi è indicata l'offerta che prevale nel confronto e fuori parentesi la preferenza accordata; ad esempio, se l'offerta uno prevale sull'offerta due, con una preferenza massima (uguale a 6) il risultato è così rappresentato: (1) 6.

L'offerta che non riceve preferenze totalizza un risultato pari a 0. Solo in caso di preferenza 1 (parità) entrambe le offerte totalizzano 1 punto (nell'esempio sottostante il confronto tra l'offerta tre e l'offerta quattro del commissario B e il confronto tra l'offerta uno e l'offerta quattro del commissario C).

Si predispose una tabella per ciascun commissario:

COMMISSARIO A				
	2	3	4	5
1	(1) 6	(3) 2	(1) 5	(5) 2
	2	(2) 3	(4) 3	(5) 3
		3	(4) 2	(3) 2
			4	(4) 3

COMMISSARIO B				
	2	3	4	5
1	(2) 2	(1) 6	(1) 4	(5) 3
	2	(2) 2	(4) 3	(5) 2
		3	(3) (4) 1	(3) 2
			4	(5) 5

COMMISSARIO C				
	2	3	4	5
1	(1) 3	(3) 2	(1) (4) 1	(1) 3
	2	(2) 2	(2) 3	(5) 2
		3	(3) 2	(5) 2
			4	(4) 3

Effettuato il confronto a coppie il coefficiente tra 0 e 1 è, come detto, alternativamente calcolato con le medie delle preferenze espresse da ciascun commissario o con la somma semplice delle preferenze espresse da ciascun commissario.

N.B. il confronto a coppie e le operazioni di individuazione del coefficiente che seguono sono effettuate per ogni criterio (o sub criterio) qualitativo stabilito dalla documentazione di gara.

Ipotesi (1):

MEDIA DEI COEFFICIENTI VARIABILI TRA 0 E 1 CALCOLATI DA CIASCUN COMMISSARIO

La trasformazione nel coefficiente compreso tra 0 e 1: Ogni commissario predispone una tabella:

- per riportare le preferenze attribuite alle singole offerte nel confronto con le altre (di seguito la prima tabella è riferita alle preferenze assegnate dal commissario A, la seconda dal commissario B e la terza dal commissario C);

- per effettuare la trasformazione nel coefficiente ottenuta mediante il rapporto tra (numeratore) le preferenze complessive ottenute dall'offerta in esame e (denominatore) le preferenze complessive ottenute dall'offerta che ha il maggior numero di preferenze. Ad esempio la prima tabella di seguito, riferita al commissario A, è ottenuta come rapporto tra le preferenze ottenute dalle offerte (numeratore) ed al denominatore le preferenze ottenute dall'offerta 1 che ha totalizzato il maggior numero di preferenze (11).

OFFERTA	TOT. PREF.	trasformazione
1	11	1
2	3	0,27
3	4	0,36
4	8	0,73
5	5	0,45

OFFERTA	TOT. PREF.	trasformazione
1	10	1
2	4	0,40
3	3	0,3
4	4	0,40
5	10	1

OFFERTA	TOT. PREF.	trasformazione
1	7	1
2	5	0,71
3	4	0,57
4	3	0,43
5	4	0,57

e l'individuazione del coefficiente di valutazione:

terminata l'operazione di cui sopra la commissione predispone un'ultima ed unica tabella riepilogativa con i coefficienti calcolati da ogni commissario rispetto alle offerte in gara e si procede al calcolo della media dei coefficienti riportati individuando il coefficiente finale. Quest'ultimo moltiplicato con il punteggio massimo attribuibile (nell'esempio 50 punti massimi) individua il punteggio relativo ad ogni offerta.

	commissario				
offerta	A	B	C	coefficiente	punteggio
1	1	1	1	1	50
2	0,27	0,4	0,71	0,46	23,00
3	0,36	0,3	0,57	0,41	20,50
4	0,73	0,4	0,43	0,52	26,00
5	0,45	1	0,57	0,67	33,67

Ipotesi (2):

TRASFORMAZIONE IN COEFFICIENTI VARIABILI TRA 0 E 1 DELLA SOMMA DEI VALORI ATTRIBUITI DAI SINGOLI COMMISSARI

La trasformazione nel parametro tra 0 e 1 e l'individuazione del coefficiente di valutazione:

Si predispose una tabella unica con le risultanze del confronto a coppie, precedentemente effettuato (con le stesse modalità già esposte all'inizio del box), aggregando le

preferenze espresse da tutti i commissari ed individuando il coefficiente rapportando (numeratore) le preferenze complessive ottenute dall'offerta in esame e (denominatore) le preferenze complessive ottenute dall'offerta che ha conseguito il maggior numero di preferenze. I coefficienti individuati, anche in questo caso, vengono moltiplicati per il punteggio massimo attribuibile.

offerta	somma preferenze	coefficiente	punteggio
1	28	1	50
2	12	0,43	21,43
3	11	0,39	19,64
4	15	0,54	26,79
5	19	0,68	33,93

4.2.2. LA VALUTAZIONE DELL'OFFERTA ECONOMICA

Per quanto attiene il metodo di attribuzione del punteggio all'offerta economica si pongono per la stazione appaltante, anche in tal caso, principalmente due macro alternative:

1 ^ Alternativa

Individuare una formula per il calcolo del punteggio in grado di attribuire il punteggio massimo all'offerta che presenta le migliori condizioni economiche ed un punteggio pari a zero alle offerte che presentano condizioni economiche uguali alla base d'asta.

In merito si evidenzia la necessità di evitare la determinazione di formule che possano condurre all'attribuzione di punteggio superiore a zero anche a quelle offerte che non presentano ribassi. Tali formule, infatti, non consentendo l'impiego dell'intera gamma dei punti prestabiliti dal bando, ovvero tra lo 0 ed il massimo previsti, possono esporre l'amministrazione ad ag-

giudicare la procedura all'offerta che presenta soluzioni tecniche meno pregiate a condizioni economiche più elevate.



Formula attribuzione prezzo incoerente

*Prezzo a base di gara: 250.000,00 euro
Punteggio massimo ottenibile dell'offerta prezzo: 50 punti*

Formula di attribuzione del punteggio = prezzo più basso x 50 / prezzo oggetto della valutazione

Prezzo offerta ditta A: 200.000,00 euro

Punteggio conseguito: 45

Prezzo offerta ditta B: 180.000,00 euro

Punteggio conseguito: 50

Prezzo offerta ditta C: 250.000,00 euro

Punteggio conseguito: 36

L'esempio riportato mostra come di fatto il range di punteggio si riduca da 50 punti a 14 atteso che anche l'offerta che si colloca sulla base d'asta ottiene ben 36 punti.

Il criterio utilizzato, nel ridurre l'effettivo divario di pun-

teggio assegnabile all'offerta economica altera contraddittoriamente i rapporti interni relativi ai punteggi assegnabili alle singole componenti dell'offerta, fino a rendere scarsamente significativo, se non quasi irrilevante, ai fini dell'individuazione del vincitore, l'offerta economica.



Un'errata formula del prezzo

Un'impresa contestava la formula per l'attribuzione del punteggio all'offerta economica individuata da una stazione appaltante per l'affidamento di una concessione, mediante procedura aperta, secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (fino a 60 punti per il progetto di organizzazione e gestione del servizio e fino a 40 punti per l'offerta economica, per complessivi 100 punti).

L'impresa sosteneva che, con tale metodo, il distacco reale tra la migliore offerta economica e la peggiore - previsto pari a 40 punti - non sarebbe mai potuto essere superiore a 4 punti.

L'AVCP con parere di precontenzioso 10 settembre 2009, n. 88 segnalava che pur rientrando nella discrezionalità amministrativa l'individuazione dei criteri di valutazione e la ponderazione relativa attribuita a ciascuno di essi (comunque secondo proporzionalità e ragionevolezza), è altresì necessario che, una volta effettuata tale scelta, la stazione appaltante non adotti una formula matematica che, all'applicazione pratica, renda totalmente ininfluenza l'offerta economica (nel caso riducendo da 40 a 4 punti il possibile scarto tra il minimo ribasso e il massimo ribasso).

L'AVCP, inoltre, forniva riferimenti giurisprudenziali del Consiglio di Stato: "la valutazione del prezzo, sia nel criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, sia nel criterio del prezzo più basso, è ancorata a semplice proporzionalità o progressività, sicché al prezzo complessivamente più basso deve corrispondere necessariamente un punteggio complessivamente più alto... tale elementare e chiaro meccanismo imposto dal diritto comunitario non può essere inquinato con formule matematiche ancorate a medie variamente calcolate che introducono nella valutazione della singola offerta economica elementi ad essa estranei, tratti dalle altre offerte economiche".

2 ^ Alternativa

Stabilire il range di punteggio, dal minimo al massimo, ottenibile per il criterio prezzo (ed

ogni criterio di carattere quantitativo) procedendo all'attribuzione dei punteggi secondo l'applicazione del metodo aggregativo-compensatore previsto dall'allegato P ai sensi dell'art. 283 del Regolamento.



Metodo aggregativo-compensatore offerta economica

Indice di valutazione dell'offerta prezzo (punteggio conseguito):

punteggio max del requisito x coefficiente del requisito compreso tra 0 e 1

Prezzo: punti max 70

$70 \times 0,5 = 35$ (punteggio conseguito dall'offerta economica).

N.B. Il coefficiente compreso tra 0 e 1 è definito come coefficiente di interpolazione.

La somma dei punteggi relativa all'offerta tecnica ed all'offerta economica costituisce il punteggio complessivo ottenuto.

Per tale elemento l'interpolazione lineare compresa tra 0 e 1 è ottenuta alternativamente come:

- rapporto tra il ribasso offerto dal concorrente ed il ribasso dell'offerta più conveniente;



Un esempio:

Rapporto tra il valore offerto dal concorrente in esame (numeratore) / valore dell'offerta più bassa (denominatore)

Ribasso ditta A: 20%

Ribasso ditta B: 30%

Ribasso ditta C: 15%

Coefficiente A: $20\% / 30\% = 0,66$

Coefficiente B: $30\% / 30\% = 1$

Coefficiente C: $15\% / 30\% = 0,5$

N.B. Il Regolamento nel fornire la formula fa riferimento al valore offerto, senza specificare se questo sia riferito al prezzo in valore assoluto o al ribasso. Si evidenzia che un rapporto tra prezzi in valore assoluto non può

condurre ad un risultato compreso tra 0 e 1 (bensì superiore all'unità); pertanto in caso del prezzo è necessario riferirsi al ribasso presentato, (indipendentemente dal valore assoluto o percentuale stante la coincidenza del risultato).

- attraverso un calcolo che prevede due diverse formule in funzione della media dei ribassi (quest'ultima preventivamente calcolata):

a) offerte con ribasso pari o inferiore alla media: il valore prefissato nel bando di gara (0,80 oppure 0,85 oppure 0,90) moltiplicato il rapporto tra l'offerta in esame e la media dei ribassi;

b) offerte con ribasso superiore alla media: il valore prefissato nel bando di gara (0,80 oppure 0,85 oppure 0,90) sommato al valore risultante dall'equazione tra 1 sottratto il valore prefissato ed il rapporto con al numeratore la differenza tra l'offerta in valutazione e la media ed al denominatore la sottrazione tra l'offerta migliore e la media.



Un esempio:

Media aritmetica dei valori delle offerte dei concorrenti = media

Valore predeterminato in bando di gara (0,80 oppure 0,85 oppure 0,90) = valore alfa

Offerta con ribasso pari o inferiore alla media:

valore alfa x ribasso in esame / media

Offerta con ribasso superiore alla media:

[valore alfa + (1 - valore alfa)] x (ribasso in esame - media) / (ribasso massimo - media)

Ribasso ditta A: 0,28

Ribasso ditta B: 0

Ribasso ditta C: 0,16

Media ribassi = 0,14

Valore alfa = 0,80

Coefficiente ditta A: $[0,80 + (1 - 0,80)] \times (0,28 - 0,14) / (0,28 - 0,14) = 1$

Coefficiente ditta B: $0,80 \times 0 / 0,14 = 0$

Coefficiente ditta C: 0,14

4.2.3. LA MOTIVAZIONE DELLE PREFERENZE NELL'OFFERTA TECNICA

L'attività di attribuzione delle preferenze alle offerte tecniche, a cura della commissione giudicatrice di gara, termina, pertanto, con l'individuazione di un unico parametro numerico finale, mediante il quale si perviene a stilare una graduatoria parziale dei punteggi attribuiti.

Il dato numerico complessivo può essere considerato sufficiente a motivare le scelte poste in essere esclusivamente nelle ipotesi in cui la stazione appaltante, mediante la documentazione di gara, abbia preventivamente individuato:

- una puntuale e dettagliata griglia che preveda la modulazione dei punteggi dei criteri e dei sub criteri (es. qualità da 0 a 2 con punteggi attribuibili 0,5, 1, 1,5, 2);
- le modalità e le formule di calcolo di assegnazione dei punteggi dei criteri e sub criteri (ad esempio metodo aggregativo compensatore), pur non specificando la modulazione, ma esclusivamente il range, del punteggio dal minimo al massimo previsto (es. qualità da 0 a 2).

In quest'ultimo caso si rende, comunque, opportuno integrare e chiarire la valenza delle preferenze espresse dalla commissione, mediante un'esplicitazione delle ragioni e del percorso attraverso il quale si è proceduto all'assegnazione di un determinato punteggio. Fermo restando che all'organo di gara è impedito per l'attribuzione dei punteggi nei range minimi e massimi previsti - a seguito della soppressione dell'ultimo periodo del comma 4 dell'art. 83 ("La commissione giudicatrice, prima dell'apertura delle buste contenenti le offerte, fissa in via generale i criteri motivazionali cui si atterrà per attribuire a ciascun criterio e subcriterio di valutazione il punteggio tra il minimo e il massimo prestabiliti dal ban-

do") - di modificare i criteri di aggiudicazione o individuare/specificare ulteriori elementi o sub criteri.

4.3. Lo svolgimento della gara

Lo svolgimento della procedura con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa segue per l'aggiudicazione, ai sensi degli artt. 11 e 12 del Codice e degli artt. 117 e 283 del Regolamento, il percorso che si indica di seguito.

Il giorno fissato dal bando di gara la commissione giudicatrice riceve la documentazione pervenuta dai concorrenti ed in una prima seduta pubblica provvede:

- a dare atto della documentazione pervenuta nei termini o fuori dai termini e delibera per quest'ultime la irricevibilità;
- a verificare la sigillatura dei plichi pervenuti e ad aprire il plico contenente l'intera documentazione prevista (di norma n. 3 buste - documenti, offerta tecnica e offerta economica), verificando anche per questi il rispetto delle norme poste a garanzia dell'integrità e della segretezza;
- ad aprire le buste contenenti la documentazione amministrativa e ad effettuare, mediante numerazione (contrassegno) ed autenticazione, il riscontro della stessa, deliberando circa i concorrenti ammessi, gli esclusi e coloro i quali dovranno invece procedere ad integrazione documentale ex art. 46 del Codice. (L'attività può svolgersi in più sedute; fermo restando che l'organo di gara informa i presenti che la stazione appaltante provvederà a comunicare a tutti i concorrenti le date di svolgimento delle future sedute pubbliche);
- a sorteggiare, ai sensi dell'art. 48, i concorrenti chiamati a comprovare i requisiti autocertificati. Tale operazione deve necessariamente svolgersi al termine delle attività del punto

precedente al fine di evitare di sorteggiare concorrenti che dovranno essere esclusi;

- a rinviare ad un'ulteriore seduta per l'apertura delle offerte tecniche, informando i concorrenti in merito alle modalità di custodia delle stesse e delle offerte economiche.

Nel giorno previsto la commissione giudicatrice in una seconda seduta pubblica provvede:

- a dare atto delle risultanze dell'attività di verifica dei requisiti ex art. 48, comunicando i concorrenti eventualmente esclusi;
- ad aprire la busta contenente l'offerta tecnica per le successive operazioni di valutazione ed attribuzione dei punteggi in seduta riservata;
- rinviare ad un'ulteriore seduta per l'apertura delle offerte economiche, informando i concorrenti in merito alle modalità di custodia delle offerte economiche.

Nel giorno previsto la commissione giudicatrice in una terza seduta pubblica provvede:

- a dare atto delle risultanze dell'attività di valutazione delle offerte tecniche, mediante lettura dei punteggi conseguiti da ciascuna offerta, comunicando i concorrenti eventualmente esclusi;
- ad aprire la busta contenente l'offerta economica (tale fase deve svolgersi necessariamente in un'unica seduta senza possibilità di rinvio), dando lettura del prezzo complessivo offerto da ciascun concorrente ed il conseguente ribasso percentuale, per le successive operazioni di attribuzione dei punteggi in seduta riservata;
- rinviare ad un'ulteriore seduta per la comunicazione dei punteggi complessivi totalizzati dai concorrenti.

Nel giorno previsto la commissione giudicatrice in una quarta seduta pubblica provvede:

- a dare atto delle risultanze dell'attività di valutazione delle offerte economiche, comunicando i concorrenti eventualmente esclusi;



- a comunicare gli esiti complessivi dell'attività di attribuzione dei punteggi (tecnici ed economici);
- a dare atto dell'avvio, se previsto, del procedimento di verifica delle offerte che potrebbero rivelarsi anormalmente basse.

Ed, infine, nel giorno previsto l'organo di gara in un'ulteriore seduta pubblica provvede:

- a dare atto delle risultanze del procedimento di verifica delle offerte risultate anormalmente basse, dichiarando quelle non congrue;
- ad individuare il miglior offerente, ossia quello che ha totalizzato il punteggio complessivo più alto, dichiarando nei confronti di quest'ultimo l'aggiudicazione provvisoria della procedura di gara.

Tutte le operazioni sono oggetto di verbalizzazione.

Con l'aggiudicazione provvisoria si esaurisce il compito dell'organo di gara, ma il procedimento di aggiudicazione non si considera terminato sino all'aggiudicazione definitiva.



L'apertura della busta contenente l'offerta tecnica: orientamenti giurisprudenziali

Come si è osservato il principio di pubblicità delle operazioni di gara impone che la documentazione dei concorrenti trovi apertura nelle sedute pubbliche. Se tale obbligo riguarda la documentazione amministrativa e l'offerta economica, nondimeno rientra nella discrezionalità della stazione appaltante procedere all'apertura del plico contenente l'offerta tecnica in pubblico al fine di verificarne esclusivamente la completezza del contenuto, sotto l'aspetto meramente formale, in ossequio alla lex specialis di gara.

Gli ex aequo con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa

In caso di parità di punteggio delle offerte risultate economicamente più convenienti, può legittimamente essere privilegiata l'offerta che ha presentato il prezzo più basso o la percentuale più alta di ribasso dell'offerta economica. In caso di ulteriore parità si può procedere direttamente in seduta pubblica, mediante sorteggio (ex art. 77 R.D. 827/1924).

Con riferimento al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, si presentano sovente casi problematici tra i quali si segnalano, per frequenza e paradigmaticità, quelli di seguito indicati.



La previsione di criteri valutativi non previsti nel bando di gara

Un'associazione temporanea di imprese lamentava, prima dell'apertura delle offerte tecniche, l'introduzione da parte della commissione di gara di nuovi e diversi elementi valutativi delle offerte rispetto a quelli espressamente previsti nel bando.

In particolare l'organo di gara, con riferimento ad un criterio di attribuzione del punteggio tecnico, che prevedeva l'assegnazione di un massimo di 30 punti, suddivideva in ulteriori sei sub criteri il predetto punteggio. L'AVCP con parere di precontenzioso 25 febbraio 2010, n. 38 evidenziava, innanzitutto, come la modifica introdotta dal terzo decreto correttivo alla disciplina dell'offerta economicamente più vantaggiosa contenuta nell'art. 83, comma 4 del Codice, avesse reso più ristretti gli ambiti di libertà valutativa delle offerte, imponendo alle stazioni appaltanti di stabilire e prevedere, fin dalla formulazione della documentazione di gara, tutti i criteri di valutazione dell'offerta, precisando, ove necessario, anche i sub criteri e la ponderazione e cioè il valore o la rilevanza relativa attribuita a ciascuno di essi. Pertanto l'AVCP, anche sulla scorta degli orientamenti giurisprudenziali, dichiarava non legittima l'ulteriore attività di specificazione dei criteri rispetto a quelli previsti dal bando di gara.

La mancata indicazione delle modalità di valutazione delle offerte tecniche

Caso 1

Un'impresa lamentava che una procedura ristretta, da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, si era svolta sulla base di un bando di gara che non prevedeva univoci criteri di attribuzione dei punteggi predeterminati.

In particolare il capitolato speciale, nel prevedere l'attribuzione di massimo 60 punti per il criterio "qualità", suddivideva tale valore in ulteriori sette sub criteri premiati come segue:

elemento 1 massimo 10 punti;

elemento 2 massimo 5 punti;

elemento 3 massimo 25 punti;

elemento 4 massimo 10 punti;

elemento 5 massimo 3 punti;

elemento 6 massimo 2 punti;

elemento 7 massimo 5 punti.

La documentazione di gara forniva ai concorrenti le specifiche tecniche a base di gara, le quali individuavano per i sette sub criteri i requisiti minimi previsti. Il disciplinare, inoltre, lasciava ampia discrezionalità alla commissione di gara nell'attribuzione dei punteggi nei range indicati, senza individuare i criteri cui la stessa si sarebbe dovuta attenere nell'attività di valutazione.

L'AVCP con parere di precontenzioso 14 gennaio 2010, n. 3, evidenziava la violazione del disposto di cui all'art. 83, comma 4, del Codice, atteso che la stazione appaltante non aveva adempiuto all'obbligo di stabilire, fin dalla formulazione della documentazione di gara, tutti i criteri di valutazione dell'offerta. Inoltre la stessa AVCP segnalava, ad esempio, come con riferimento ad uno dei sub criteri, che prevedeva l'attribuzione di un massimo di 10 punti, non fosse possibile conoscere ex ante le modalità di valutazione in relazione alle specifiche tecniche, potendosi solo evincere che il punteggio sarebbe stato pari a 0, in caso di non rispondenza alle stesse, e a 10, nel caso di perfetta aderenza.

Nel parere in argomento l'AVCP analizzava l'art. 83 comma 4 e forniva una interpretazione del disposto normativo: "il comma 4 dell'art. 83 citato stabilisce che il bando per ciascun criterio di valutazione prescelto prevede, ove necessario, i sub-criteri e i sub-pesi o i sub-punteggi e...la suddetta locuzione "ove necessario" fa ritenere che l'inserimento di tali ulteriori elementi di valutazione dell'offerta con il relativo punteggio non sia di per sé indispensabile, ma diviene obbligatorio nel momento in cui la stazione appaltante fissa dei criteri di attribuzione del punteggio aleatori, che lasciano spazio decisionale soggettivo alla Commissione giudicatrice".

La mancata indicazione delle modalità di valutazione delle offerte tecniche

Caso 2

Una stazione appaltante attivava il precontenzioso dinanzi all'AVCP relativamente alla compatibilità, con la normativa prevista dal Codice all'art. 83, di alcuni criteri di valutazione delle offerte tecniche stabiliti da un proprio bando di gara.

In particolare l'amministrazione aveva previsto per la voce:

- "Progetto tecnico" l'attribuzione di un punteggio massimo di 20 punti;

- "Termini di pagamento" l'attribuzione di un punteggio massimo di 5 punti.

L'AVCP con parere di precontenzioso 19 novembre 2009, n. 137, rilevava che la stazione appaltante non aveva individuato né ulteriori sub criteri né modalità di attribuzione del punteggio, lasciando alla commissione giudicatrice il compito di graduare, discrezionalmente, i punteggi da assegnare ai singoli aspetti dell'offerta. In merito evidenziava, inoltre, come il capitolato speciale d'appalto, nel citare gli elementi concreti da valutare da parte della commissione ai fini dell'attribuzione del punteggio (organizzazione del servizio, innovazione tecnologica, termini di consegna dei buoni pasto ordinati, organizzazione dell'eventuale informatizzazione delle procedure, struttura organizzativa dell'azienda, modalità di assistenza ed altri elementi utili a valutare la qualità del servizio offerto), procedeva ad indicare gli stessi in maniera generica e senza ancorarli ad una predeterminata graduazione di punteggi (da un minimo ad un massimo passando per posizioni intermedie predeterminate o determinabili secondo parametri oggettivi già fissati dal bando o dallo stesso capitolato speciale).

L'offerta economica nella busta contenente l'offerta tecnica

Un'impresa lamentava l'esclusione da una procedura di gara per aver inserito nella busta C (offerta tecnica) contenuti che andavano inseriti nella busta B (offerta economica), evidenziando un comportamento irragionevole della stazione appaltante, la quale nell'apertura delle buste avrebbe dovuto seguire l'ordine strettamente letterale senza, in tal modo, anticipare l'apertura della busta C rispetto alla B.

Il disciplinare di gara prevedeva, a pena di esclusione, la presentazione della documentazione attraverso tre buste con tre lettere: la A (destinata alla Documentazione amministrativa), la B (destinata all'Offerta Economica) e la C (destinata all'Offerta Tecnica).

L'AVCP con parere di precontenzioso 3 dicembre 2009, n. 147, rilevava che l'impresa partecipante, a prescindere

dalla denominazione delle buste, non avrebbe dovuto inserire elementi economici nella busta contenente l'offerta tecnica, atteso che tale circostanza introduce elementi perturbatori della corretta valutazione da parte della commissione di gara, con violazione dei principi posti a tutela della segretezza dell'offerta.

L'AVCP evidenziava che la valutazione delle offerte tecniche deve essere effettuata in una fase antecedente a quella dell'apertura delle buste contenenti le offerte economiche "poiché va evitato che queste ultime possano influire sulle complessive valutazioni di natura tecnica, anche al fine di evitare sospetti di parzialità a favore dell'impresa della cui offerta economica si sia presa cognizione, poiché, in base al suo scostamento dal prezzo base indicato dall'amministrazione nel bando, si potrebbe intraprendere un intervento "compensativo" teso a far recuperare, con un punteggio più elevato riservato agli elementi non matematici, l'eventuale minore convenienza dell'offerta medesima".

Sul confronto a coppie: l'esclusione della prima classificata a seguito di carenza di requisiti

Una stazione appaltante prevedeva nel disciplinare di gara di procedere all'aggiudicazione di una gara mediante attribuzione dei punteggi alle singole offerte tecniche secondo il metodo aggregativo-compensatore, effettuato tramite confronto a coppie.

All'esito della procedura la seconda in graduatoria lamentava l'aggiudicazione dell'appalto nei confronti dell'aggiudicatario e con ricorso richiedeva lo scorrimento della graduatoria e l'aggiudicazione nei propri confronti.

Il TAR adito disponeva l'annullamento dell'aggiudicazione nei confronti del primo classificato, per mancanza dei requisiti di partecipazione, ma non accoglieva la richiesta di

aggiudicare l'appalto automaticamente al secondo miglior offerente.

Infatti il giudice evidenziava come, in caso di confronto a coppie, metodo che si sostanzia in una serie di distinte e autonome valutazioni di ogni offerta, ogni elemento qualitativo delle diverse offerte viene valutato attraverso la determinazione di coefficienti all'interno di una tabella triangolare, nella quale le offerte di ciascun concorrente sono individuate e, per ciascun elemento, confrontate due a due; per ogni coppia di offerte, ogni commissario indica l'elemento preferito attribuendo un punteggio: "Il confronto a coppie esprime non già una valutazione assoluta sebbene una valutazione relativa delle offerte rispetto al proprio termine di paragone, onde individuare quella che appare migliore in raffronto alle altre".

Il TAR concludeva sostenendo che l'attribuzione dei punteggi esplicandosi, in una valutazione comparativa, nella quale ogni elemento dell'offerta viene posto a confronto con quello degli altri concorrenti, una volta disposto l'annullamento dell'ammissione alla gara, non potesse essere considerata più valida: "...in caso di annullamento dell'ammissione alla gara, non possono essere considerati né i punteggi del concorrente escluso né i punteggi conseguiti dagli altri concorrenti nel confronto a coppia con il primo, con conseguente necessità di procedere ad una rimodulazione della graduatoria" (T.A.R. Campania Napoli, Sez. VIII, 28 giugno 2010, n.16210).

5. Le garanzie

5.1. Le modalità di presentazione e la forma necessaria

I concorrenti all'atto della formulazione dell'offerta, nella busta indicata dalla stazione appaltante (ad es. documentazione amministrativa), sono tenuti, ai sensi dell'art. 75 del Codice, a presentare una garanzia provvisoria con la funzione di:

- assicurare l'affidabilità della proposta formulata;

- consentire alla stazione appaltante di conseguire un indennizzo anticipato per ogni condotta contraria agli obblighi di gara in ordine al possesso dei requisiti tecnici ed economico-finanziari;
- tutelare la stazione appaltante dall'eventuale mancata sottoscrizione del contratto da parte dell'aggiudicatario.

La garanzia provvisoria, pari al due per cento dell'importo posto a base di gara (comma 1), comprensivo degli eventuali costi per la sicurezza, può

essere costituita a scelta dell'offerente mediante:

- cauzione: contanti o titoli del debito pubblico presso una Sezione della Tesoreria Provinciale con allegazione da parte del concorrente della quietanza (art. 75, comma 2);
- fidejussione: bancaria (contratto o lettera di fidejussione), assicurativa (contratto) o degli intermediari autorizzati dal Ministero dell'Economia e delle Finanze (art. 75, comma 3).



Un'ulteriore modalità di costituzione della garanzia

La stazione appaltante può inoltre accettare quale garanzia dell'offerente un assegno circolare di un istituto di credito intestato a sé medesima. Di contro l'assegno bancario non può essere presentato quale deposito attesa la mancanza dei necessari requisiti di affidabilità.

L'importo del due per cento può essere dimezzato per i soggetti in possesso delle certificazioni di qualità di cui al comma 7, che all'atto della presentazione della garanzia segnalino e dimostrino, ai sensi del D.P.R. n. 445 del 2000, il possesso del requisito. In caso di partecipazione in raggruppamento possono avvalersi della facoltà di dimezzamento solamente gli operatori certificati.

Più precisamente la stazione appaltante in caso di associazioni temporanee di imprese, al fine di consentire il dimezzamento dell'importo previsto, può stabilire che:

- in caso di raggruppamento orizzontale la garanzia è ridotta esclusivamente nel caso di certificazione di qualità posseduta da tutte le imprese raggruppate/raggruppande;
- in caso di raggruppamento verticale la garanzia è ridotta esclusivamente per le imprese certificate per la rispettiva quota di partecipazione al raggruppamento.

Ogniqualevolta un concorrente si avvale della facoltà di presentare una fidejussione, stante il rapporto trilaterale che viene ad instaurarsi tra l'istituto bancario o assicurativo (il garante), il partecipante stesso (il garantito) e la stazione appaltante (la beneficiaria), è necessario che vengano rispettate delle formalità, tese a rendere efficace nello specifico procedimento di gara la garanzia sottoscritta, in considerazione dell'impossibilità di procedere ad integrazione documentale ex art. 46 del Codice in caso di carenza degli elementi di seguito indicati. Tali elementi sono:

- l'intestazione dell'amministrazione beneficiaria;
- l'indicazione del soggetto garantito (in particolare in caso di raggruppamento di imprese costituito con apposito atto notarile è sufficiente il riferimento alla società capogruppo; di contro in caso di raggruppamento costituendo l'indicazione dei soggetti garantiti deve essere riferita a tutte le imprese del futuro raggruppamento);
- l'indicazione dell'oggetto della procedura di appalto;
- l'indicazione del valore della polizza;
- la sottoscrizione da parte del garante;
- la sottoscrizione da parte del soggetto garantito. In particolare sia in caso di raggruppamento di imprese costituito con apposito atto notarile o di costituendo raggruppamento di imprese è sufficiente la sottoscrizione della società capogruppo (a condizione che l'indicazione del soggetto garantito sia riferita a tutte le imprese raggruppande).



Il fidejussore e la dimostrazione dei propri poteri nei confronti dell'amministrazione

La stazione appaltante è legittimata a richiedere al concorrente un'ulteriore condizione relativa alla sotto-

scrizione del fideiussore al fine di accertare che quest'ultimo sia in possesso dei necessari poteri per impegnare l'istituto bancario o assicurativo nei confronti dei terzi. Tale obbligo può essere adempiuto, alternativamente, richiedendo che il fideiussore rilasci una dichiarazione sostitutiva di atto notorio (ad esempio copia conforme completa del documento di riconoscimento della procura), che comprovi le proprie attribuzioni; o l'attestazione di un pubblico ufficiale (notaio, ecc.) che dia atto che il fideiussore è provvisto dei poteri per sottoscrivere contratti di fidejussione (legalizzazione della firma). Nel primo caso, specie per importi cauzionali elevati, si ravvisa la necessità che venga inoltre prevista l'autenticità della firma del sottoscrittore a cura di un pubblico ufficiale.

5.2. Le clausole delle fidejussioni, l'impegno a costituire il deposito cauzionale definitivo e lo svincolo della garanzia

Le garanzie costituite mediante fidejussioni devono essere corredate, a pena di invalidità delle stesse, da talune clausole contrattuali che consentono alla stazione appaltante, nei casi previsti, l'incameramento delle stesse senza l'opposizione di cause ostative né limiti temporali imposti dal soggetto garante.



L'incameramento e l'avvio del procedimento

L'escussione della garanzia prestata, nei casi tassativamente previsti, non necessita di comunicazione di avvio del procedimento ex art. 7 della Legge 241/1990.

A tal fine l'art. 75, commi 4 e 5, prescrive tassativamente le seguenti clausole:

- la rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale;
- la rinuncia all'eccezione di cui all'art. 1957 comma 2 del codice civile;
- l'operatività della garanzia medesima entro quindici giorni a semplice richiesta della stazione appaltante;

- una durata della fideiussione pari almeno a 180 giorni dalla data di presentazione dell'offerta o una durata superiore stabilita nei documenti di gara.



La validità temporale della fideiussione

La cauzione provvisoria non può prescindere dalla durata della validità dell'offerta atteso che l'art. 11 del Codice prevede che l'offerta sia vincolante per il periodo indicato dal bando o nell'invito e, in caso di mancata indicazione, per centottanta giorni dalla scadenza del termine per la sua presentazione. I termini minimi di validità dell'offerta e della cauzione devono necessariamente coincidere.

Per evitare comunque un disallineamento dei termini, il Codice prevede, sempre al comma 5, che la stazione appaltante possa prescrivere che l'offerta sia corredata dall'impegno del garante a rinnovare la garanzia, per la durata indicata nel bando, nel caso in cui al momento della sua scadenza non sia ancora intervenuta l'aggiudicazione, su richiesta della stazione appaltante. La legittimità di tale facoltà risiede nell'assenza di un obbligo specifico di chiusura del procedimento di gara entro un termine previsto dalla legge.

Si segnala, inoltre, la possibilità e la legittimità di previsione di una clausola che vincoli la vigenza della fideiussione oltre la scadenza prevista fino a rilascio di nulla osta di svincolo della stazione appaltante o, in caso di aggiudicazione, alla costituzione del deposito cauzionale definitivo.

Sia in caso di presentazione di cauzioni presso la Tesoreria Provinciale sia in caso di presentazione di fidejussioni, il concorrente è tenuto a presentare l'impegno di un fideiussore per il rilascio di una garanzia per l'esecuzione del contratto qualora l'offerente risultasse affidatario.

Le garanzie sono infine svincolate, ai sensi dell'art. 75, commi 6 e 9, anche in vigenza delle stesse, nei confronti dei concorrenti:

- non aggiudicatari: contestualmente all'atto con cui viene comunicata agli stessi l'esito della procedura oppure entro trenta giorni dall'aggiudicazione;

- aggiudicatario: all'atto della sottoscrizione dell'atto negoziale.



Lo svincolo delle polizze e l'art 113 "cauzione definitiva" del Codice

La garanzia provvisoria copre la stazione appaltante dal rischio che l'aggiudicatario non costituisca la garanzia definitiva (e conseguentemente non sottoscriva l'atto negoziale); infatti l'art. 113 comma 4, del Codice prevede in tal caso l'escussione della cauzione provvisoria e l'aggiudicazione al concorrente che segue nella graduatoria.

Occorre in proposito evidenziare che la stazione appaltante quando procede all'incameramento della cauzione provvisoria ed aggiudica al secondo migliore offerente può, previa motivata valutazione di carattere economico, ove lo abbia previsto nel bando, imputare il maggior onere che ne deriva in termini di importo contrattuale all'originario aggiudicatario.

In tema di cauzioni si riscontrano nella pratica situazioni problematiche rispetto alle quali si indicano quelle che ricorrono con più frequenza.



Il termine di validità

Un'associazione temporanea di imprese lamentava la propria esclusione da una procedura di gara per aver prodotto una garanzia con termine di vigenza inferiore a quella prevista dal bando di gara, 180 giorni in luogo dei 365 giorni richiesti dal disciplinare di gara, benché avesse comunque provveduto ad integrare con un'appendice la validità del termine (in ottemperanza alla documentazione di gara) in data 11 novembre 2009 (scadenza presentazione offerte – 21 ottobre 2009).

L'AVCP con parere di precontenzioso 25 marzo 2010, n. 66 nel confermare la correttezza dell'esclusione da parte del seggio di gara, evidenziava come qualora la stazione appaltante richieda un periodo di validità della cauzione provvisoria maggiore del termine previsto dal Codice, deve dare puntuale attuazione nel corso della procedura alle prescrizioni stesse, escludendo, se previsto, i concorrenti che forniscono garanzie con durate inferiori.

Nel caso di specie il concorrente, con l'appendice non aveva fornito chiarimenti rispetto ad una formulazione poco chiara della polizza originaria, ma era ricorso alla produzione di una nuova polizza, seppur in linea con la disciplina di gara, in un momento successivo alla data di scadenza di presentazione delle offerte.

L'importo errato

Una stazione appaltante richiedeva un parere all'AVCP rappresentando di aver proceduto, nell'ambito di una procedura di gara, all'esclusione di un'azienda partecipante causa la presentazione di una cauzione provvisoria di importo (dimezzata del 50%) non rispondente alla somma prevista dal bando di gara.

L'AVCP con parere di precontenzioso 6 marzo, 2010, n. 70 nel riconoscere la correttezza dell'operato della stazione appaltante, evidenziava come non residuasse, in capo a quest'ultima, alcun potere di richiesta di integrazione documentale ex art. 46 del Codice, atteso che "la polizza fideiussoria, non costituirebbe un semplice documento, né una dichiarazione di scienza, bensì una dichiarazione di volontà con la quale il fideiussore si obbliga a pagare al creditore garantito (la stazione appaltante), qualora se ne verificano i presupposti, una somma di denaro predeterminata. Pertanto, l'indicazione di un importo differente, non costituisce una mera irregolarità sanabile mediante una successiva integrazione documentale, la quale determinerebbe una ingiustificata violazione del principio di par condicio tra i concorrenti".

L'errata indicazione del beneficiario

Un'impresa contestava la propria esclusione dalla gara per aver presentato una garanzia provvisoria riportante alla voce "beneficiario" il nominativo di una stazione appaltante diversa da quella che aveva indetto la gara. L'AVCP con Deliberazione 27 giugno 2007, n. 213, segnalava come il soggetto garante tra concorrente e stazione appaltante è tenuto ad indicare nell'obbligazione il beneficiario della fideiussione, assumendo tale aspetto natura sostanziale nella garanzia prestata.

L'AVCP evidenziava, dunque, riconoscendo la piena legittimità dell'esclusione, che in casi analoghi non ricorrono i presupposti per procedere ad una integrazione documentale: "riconosciuta solo in caso di incompletezza e/o scarsa chiarezza della stessa derivante da una equivocità delle disposizioni di gara: la modificazione... ricade sul contenuto della documentazione con una novazione soggettiva del beneficiario della polizza".

6. L'anomalia dell'offerta: un inquadramento generale

La stazione appaltante è tenuta a verificare che le offerte presentate dai concorrenti in sede di gara non si presentino anormalmente basse (sulla base dei criteri indicati dal Codice e di cui si dirà successivamente) rispetto alla base d'asta, nel caso di aggiudicazione al prezzo più basso, e rispetto agli elementi (sia tecnici sia economici), nel caso di aggiudicazione all'offerta economicamente più vantaggiosa.

Tale fase, che si instaura immediatamente dopo l'apertura e l'esame delle offerte (economiche nel caso del prezzo più basso, sia tecniche che economiche nel caso dell'offerta economicamente più vantaggiosa) costituisce il momento in cui il contenuto delle proposte pervenute è sottoposto ad un controllo sulla affidabilità delle stesse, le quali, se anomale, potrebbero esporre la stazione appaltante ad una futura esecuzione dell'atto negoziale non in linea con:

- gli standard qualitativi richiesti;
- la tempistica prevista;
- le norme vigenti in materia di costo e sicurezza del lavoro.

L'esame è, dunque, incentrato sull'osservazione congiunta delle componenti di costo preventive dall'offerente e delle componenti di costo stimate dalla stazione appaltante (o dall'ufficio tecnico preposto) in relazione allo svolgimento della prestazione.

Il Codice tratta delle offerte anormalmente basse negli artt. 86, 87 e 88 per tutti i tipi di procedure di appalto indistintamente dalla soglia di riferimento, di rilevanza comunitaria o meno, effettuando quale unica distinzione il criterio di aggiudicazione prescelto. L'insieme delle prescrizioni contenute negli articoli anzidetti trova completamente per gli appalti di importo pari o inferiore ai 100.000 euro nell'art. 124, comma

8, (solo per le aggiudicazioni con il criterio del prezzo più basso).

Infine per quanto attiene la disciplina delle operazioni di gara, in relazione alla dichiarazione di anomalia, il Regolamento all'art. 284 effettua un integrale rinvio all'art. 121 (citato in seguito come articolo di riferimento) relativo al settore dei lavori pubblici.



La verifica discrezionale delle offerte

Il Codice riconosce l'importanza e la centralità del procedimento di verifica delle offerte anormalmente basse nell'ambito dell'intera procedura di gara, lasciando la possibilità alla stazione appaltante di procedere ad una valutazione della congruità delle offerte a prescindere dagli indicatori forniti quale strumento di rilevazione dell'anomalia (art. 86, comma 3).

L'utilizzo di tale possibilità è particolarmente utile nell'ipotesi in cui vi siano offerte in numero non sufficiente ad effettuare il taglio delle ali come avviene in una procedura da aggiudicare al prezzo più basso allorché le offerte siano pari a due oppure a tre e comunque sino a cinque.

6.1. La modalità di calcolo nel caso di aggiudicazione al prezzo più basso

Nelle procedure da aggiudicare con il criterio del prezzo più basso, sono sottoposte a verifica di congruità le offerte che presentano un ribasso pari o superiore alla media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del dieci per cento, arrotondato all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso, incrementata dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la predetta media.

In base alla modalità di calcolo fornita dall'art. 86, comma 1, tali offerte sono sospette di essere anormalmente basse rispetto alla base d'asta.



Nella pratica il metodo trova così applicazione:

1. si ordinano le offerte pervenute in ordine crescente di ribasso percentuale. Le offerte formulate mediante indicazione del prezzo (unitario o complessivo) devono essere necessariamente convertite in ribassi percentuali con un arrotondamento ad una determinata cifra decimale prestabilita nei documenti di gara;
2. si calcola il 10% del numero complessivo delle offerte regolari, procedendo all'arrotondamento all'unità superiore (es. n. 5 offerte: 10% pari a 0,5, successivamente arrotondato all'unità superiore pari a 1);
3. si effettua il c.d. taglio delle ali, ovvero si eliminano, ai soli fini del calcolo, un numero di offerte pari a quelle calcolate precedentemente (punto 2.) sia per il minor ribasso (in alto) che per il maggior ribasso (in basso);
4. si calcola la media aritmetica dei ribassi delle offerte rimaste a seguito del taglio delle ali;
5. si calcola lo scarto dei ribassi superiori alla media sopra individuata e successivamente la media aritmetica stessa dei ribassi;
6. si individua la soglia di anomalia come la somma della media aritmetica dei ribassi successiva al taglio delle ali (punto 4.) e della media aritmetica degli scarti (punto 5.);
7. si sottopone a verifica l'offerta migliore, anche se esclusa ai fini del calcolo, che presenta comunque un ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia. Se non anomala si aggiudica la procedura nei confronti di quest'ultima. Se anomala si procede a verificare la congruità delle offerte che seguono in graduatoria.

Le offerte con uguali ribassi

L'art. 284 comma 1 del Regolamento precisa che le offerte aventi uguali ribassi:

- sono prese distintamente nei loro singoli valori ai fini dei calcoli delle medie;
- sono tutte da eliminare qualora nel calcolo del 10% del taglio delle ali siano presenti una o più offerte di uguale valore.



Un esempio Il metodo del Codice

Esempio di gara con 8 offerte valide e con i seguenti valori di ribasso percentuale.

Si ordinano, in via crescente, le offerte dal minore al maggiore ribasso percentuale.

	Azienda	Ribasso	
taglio	A	2%	ali
	B	4%	
	C	6%	
	D	8%	
	E	10%	
	F	14%	
	G	16%	
taglio	H	18%	ali

Si effettua il taglio delle ali, ovvero ai soli fini del calcolo si elimina il 10% offerte (in alto e in basso), tale misura nell'esempio corrisponde a 0,8 offerte, arrotondate ad 1 offerta in alto ed 1 offerta in basso.

Si calcola la media delle 6 offerte rimaste $(16+14+10+8+6+4)=58 / 6=9,66$.

Si calcola la media delle differenze tra le offerte eccedenti quelle centrali e la media centrale stessa: $(16-9,66)+(14-9,66)+(10-9,66) / 3 = 3,67$.

La soglia di anomalia è: $9,66$ (media delle sei offerte centrali) $+ 3,67$ (differenze tra le offerte eccedenti quelle centrali e la media stessa) $= 13,33$.

Si sottopone a verifica la migliore offerta che presenta il ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia (offerta H: 18%).

Una applicazione semplificata di calcolo

Si effettua il taglio delle ali come indicato precedentemente.

Si calcola la media delle 6 offerte rimaste $(16+14+10+8+6+4)=58 / 6=9,66$.

Si calcola la media dei ribassi che presentano un ribasso superiore alla media precedente: $(10+14+16)=40 / 3=13,33$. Tale valore costituisce la soglia di anomalia.

Si sottopone a verifica la migliore offerta che presenta il ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia (offerta H: 18%).

Il procedimento di verifica, ai sensi dell'art. 86, comma 4, si applica:

- automaticamente quando le offerte ammesse (valide) sono pari o superiori a cinque, previa individuazione della soglia di anomalia secondo la formula del comma 1.

Il Regolamento all'art. 121 (dal comma 2 al comma 6) individua le modalità operative di dichiarazione dell'anomalia in sede di gara (di cui si dirà in seguito);

- discrezionalmente quando le offerte ammesse sono pari o inferiori a quattro. In tal caso non si individua la soglia di anomalia, ma si procede a valutare la congruità delle offerte che in base ad elementi specifici appaiano anormalmente basse (comma 3). Si applica comunque l'art. 121 del Regolamento (da comma 2 a comma 6), come stabilito dal comma 7 dello stesso articolo.



Gli appalti di importo pari o superiori a 100.000 euro

Per tale soglia di valore il Codice, all'art. 124 comma 8, prescrive che la stazione appaltante può prevedere nel bando l'esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia senza attivare il procedimento di verifica previsto. Ciò è consentito a condizione che il numero delle offerte sia pari almeno a dieci. In presenza di un numero di offerte ammesse inferiori a dieci, pur se prevista in bando la facoltà di esclusione automatica, non si procede al calcolo della soglia di anomalia e resta comunque ferma la facoltà di attivare discrezionalmente la verifica di congruità prevista dall'art. 86 comma 3.

6.2. La modalità di calcolo nel caso di aggiudicazione all'offerta economicamente più vantaggiosa

Nelle procedure da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sono sottoposte a verifica di congruità le offerte che per il punteggio relativo all'offerta economica ed il punteggio relativo all'offerta tecnica hanno contemporaneamente totalizzato punteggi pari o superiori ai quattro quinti dei corrispondenti punti massimi previsti dal bando di gara.

I quattro quinti del punteggio economico ed i quattro quinti del punteggio tecnico costituiscono dunque la soglia di anomalia e le offerte che conseguono punteggi pari o superiori alla soglia sono considerate anormalmente basse rispetto agli elementi di valutazione dell'offerta.



Un esempio

Gara che prevede l'attribuzione all'offerta tecnica di 50 punti e all'offerta economica 50 punti.

Si sottopongono a verifica di anomalia le offerte che presentano contemporaneamente sia per l'offerta tecnica sia per l'offerta economica punteggi pari o superiori a 40 punti su 50 punti (pari ai quattro quinti del punteggio massimo ottenibile per la qualità ed il prezzo). Pertanto non si sottopongono a verifica le offerte che, pur avendo riportato almeno 80 punti, ad esempio hanno conseguito il punteggio come segue: 50 offerta tecnica, 30 offerta economica.

Alla stazione appaltante è comunque, anche in tal caso, concessa la facoltà di cui all'art. 86, comma 3, di sottoporre a verifica le offerte che non superano la soglia anzidetta e che appaiono anomale sulla base di specifici elementi.



La finalità della soglia nel caso dell'offerta economicamente più vantaggiosa

Con il criterio di aggiudicazione in argomento si seleziona l'offerta che presenta la migliore sintesi tra gli aspetti qualitativi e la componente prezzo. Nella realtà aziendale a livelli di qualità crescente nella produzione di beni o nell'erogazione di servizi corrispondono parametri economici crescenti. Ciò sta a significare che sul mercato gli operatori economici in concorrenza, una volta noti i prezzi dei fattori produttivi, riescono a modulare i costi delle proprie produzioni (siano servizi o forniture) in funzione degli standard di qualità richiesti dal mercato ed il fattore di successo della propria attività risiede nella capacità imprenditoriale di organizzare risorse e mezzi, ottimizzandone il rendimento.

Ciò detto, dunque, in riferimento agli appalti di forniture e servizi, un'offerta che totalizza alti punteggi tecnici (elevata qualità) ed un alto punteggio economico (basso prezzo) deve essere necessariamente sottoposta a verifica da parte della stazione appaltante al fine di accertare la serietà e la fattibilità della proposta.

6.3. Il procedimento di verifica

Il procedimento di verifica delle offerte anormalmente basse, sia nell'ipotesi di criterio di aggiudicazione al prezzo più basso sia nell'ipotesi del criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, si svolge, ai sensi degli artt. 87, comma 1, e 88 del Codice, in contraddittorio con gli operatori economici chiamati a fornire giustificazioni principalmente in ordine alle componenti di costo che costituiscono l'offerta ed ai processi produttivi relativi alla realizzazione di forniture o allo svolgimento di servizi.

L'art. 87, comma 2, elenca a titolo esemplificativo un insieme di fattori sui quali può vertere la valutazione di congruità; nulla osta che la stazione appaltante richieda all'offerente ulteriori elementi probatori a giustificazione delle offerte.

Come si è detto nel capitolo relativo alla specifiche tecniche, la stazione appaltante consegna l'appalto a fronte di una precisa conoscenza del

mercato di riferimento e, nella fase di predisposizione dello stesso, individua la base d'asta su cui la procedura verrà aggiudicata; è opportuno dunque che l'ufficio tecnico formuli in questa fase preliminare una propria analisi del prezzo unitario della fornitura o della singola prestazione del servizio risultante da una stima aggregata dei costi del personale, degli oneri generali, dei costi delle materie prime e dei mezzi di produzione, dei costi della sicurezza riferiti all'appalto (o dei costi della sicurezza sostenuti dall'impresa presso le proprie strutture) e del profitto. Tale scheda di analisi del prezzo costituisce infatti un utile strumento di confronto, all'atto della verifica di congruità, tra la stima dell'amministrazione e la proposta del mercato al fine di facilitare il confronto in contraddittorio tra le due parti.



Le specifiche tecniche e le offerte sospette di anomalia

Una puntuale individuazione delle specifiche tecniche, specialmente con il criterio del prezzo più basso, consente agli operatori economici di formulare offerte in linea con gli standard richiesti e tende ad evitare la presentazione di proposte non in linea con l'oggetto dell'appalto. Ciò sta a significare che la stazione appaltante è tenuta ad informare adeguatamente i concorrenti circa le componenti di costo, in relazione all'esecuzione dell'appalto, costituenti la fornitura ed il servizio da aggiudicare: una coerente formulazione dell'offerta da parte dei concorrenti è funzione diretta del grado di informazione delle esigenze dell'amministrazione.

Inoltre l'art. 89 del Codice fornisce utili indicazioni alla stazione appaltante circa gli strumenti di rilevazione della congruità dei prezzi, individuando una stretta relazione tra prezzo base stabilito nei bandi di gara, valutazione della convenienza dell'aggiudicazione e verifica dell'anomalia delle offerte. L'articolo individua

quali parametri per l'amministrazione i prezzi di mercato, i listini ed i prezziari di beni e servizi, le tabelle degli indici del costo del lavoro rilevate dai contratti collettivi nazionali e dai decreti ministeriali.



Il costo del lavoro e della sicurezza

Appare necessario dedicare una particolare attenzione alle disposizioni relative ai costi del lavoro e della sicurezza trattate nell'art. 86, comma 3bis e comma 3 ter, nell'art 87, comma 2 lettera g), comma 3, comma 4 e comma 4 bis, atteso che il Codice, in materia di offerte anormalmente basse, fornisce importanti indicazioni. La stazione appaltante nella predisposizione della procedura di gara, ed al fine di valutare successivamente la congruità delle offerte, deve:

- **(art. 86 comma 3 bis)** effettuare una stima del costo del lavoro (su base oraria, se riferita ai servizi, o su base unitaria di prodotto, se riferita alla produzione di beni). La stima deve essere adeguata e sufficiente in riferimento all'appalto (anche al fine di non ridurre il novero dei potenziali concorrenti effettuando restrizioni ingiustificate della concorrenza). Il costo del lavoro è determinato periodicamente dal Ministro del Lavoro e della Previdenza sociale (ora Ministero del Lavoro, salute e politiche sociali) sulla base dei valori economici previsti dalla contrattazione collettiva stipulata dai sindacati comparativamente più rappresentativi, delle norme in materia previdenziale ed assistenziale, dei diversi settori merceologici e delle differenti aree territoriali. In mancanza di contratto collettivo applicabile, il costo del lavoro è determinato in relazione al contratto collettivo del settore merceologico più vicino a quello preso in considerazione. Tali tabelle non hanno natura vincolante per l'aggiudicazione dell'appalto, ma si pongono quale parametro ricognitivo del costo del fattore lavoro in un determinato settore merceologico; le stesse infatti non possono porsi quale valore inderogabile per la formulazione dell'offerta atteso che gli operatori economici possono usufruire per ragioni giuridico - economiche, nell'erogazione delle retribuzioni ai dipendenti, di condizioni più favorevoli di quelle previste dalla contrattazione o dai decreti ministeriali (cassa integrazione guadagni, vantaggi fiscali, ecc). Quanto appena detto non vale qualora con legge fosse imposto un trattamento minimo salariale per determinate categorie di lavoratori; in tal caso il

parametro per la formulazione dell'offerta sarebbe inderogabile e non soggetto a ribasso;

- **(art. 86 comma 3 bis)** effettuare una stima degli oneri della sicurezza che le imprese dovranno sostenere nello svolgimento dell'appalto in attuazione dei propri documenti sui rischi (DVR ai sensi degli artt. 17 e 28 del D.Lgs. 9 aprile 2008, n. 81) della propria attività d'impresa. Analogamente al costo del lavoro, anche i costi sulla sicurezza devono essere stimati in maniera adeguata e sufficiente rispetto all'appalto;
- **(combinato disposto art. 86 comma 3 ter e art. 26 del D.Lgs. 9 aprile 2008, n. 81)** predisporre il documento per prevenire i rischi da interferenze nello svolgimento dell'appalto e le attività dell'amministrazione (DUVRI) ed individuare il costo che l'amministrazione dovrà sostenere per l'attuazione dello stesso. Tali costi sono scorporati dalla base d'asta e costituiscono elemento non soggetto a ribasso d'asta da parte dei concorrenti. Tale obbligo non si applica ai contratti di mera fornitura, ai servizi di natura intellettuale nonché ai servizi di durata pari a due giorni.

Le disposizioni di cui all'art. 87, comma 4 primo periodo e comma 4 bis, sono specificatamente rivolte agli appalti di lavori.

Nella fase di verifica di congruità delle offerte anormalmente:

- **(art. 87 comma 2 lett. g)** gli operatori economici possono formulare giustificazioni in ordine al costo del lavoro in riferimento alle tabelle ministeriali ed alla contrattazione collettiva;
- **(art. 87 comma 4 secondo periodo)** le stazioni appaltanti devono tenere conto dei costi relativi alla sicurezza specificamente indicati nell'offerta da parte dei concorrenti; gli stessi devono risultare congrui rispetto all'entità e alle caratteristiche dei servizi o delle forniture.

Dall'elencazione delle norme appena effettuata si evincono che:

- il costo del lavoro può variare in funzione dell'offerente e la stazione appaltante effettua una stima in sede di predisposizione dell'appalto. Il mancato rispetto delle norme in materia di lavoro non può essere oggetto di giustificazione. L'offerta deve indicare esplicitamente tale costo;
- il costo della sicurezza della propria attività d'impresa durante lo svolgimento dell'appalto può variare in funzione dell'offerente e la stazione appaltante effettua una stima in sede di predisposizione dell'appalto. Il mancato rispetto delle norme in materia di sicurezza del lavoro non può essere oggetto di giustificazione. L'offerta deve indicare esplicitamente tale costo;
- il costo della sicurezza per prevenire le interferenze

tra le attività dell'appaltatore e le attività dell'amministrazione, se previsto nei documenti di gara, non può essere oggetto di ribasso d'asta. La stazione appaltante predispone un documento di valutazione dei rischi ed effettua il calcolo degli oneri che dovrà sostenere, quale datore di lavoro, nel corso dell'esecuzione dell'appalto. Tale costo rappresenta un onere per l'amministrazione da imputare sulla medesima voce di bilancio su cui è imputato l'appalto.

Il contraddittorio tra la stazione appaltante e gli operatori economici le cui offerte sono risultate anormalmente basse è disciplinato dall'art. 88 del Codice, il quale prevede che la stazione appaltante richieda formalmente al concorrente, assegnando un termine di almeno quindici giorni, giustificazioni sulla propria offerta.



L'indeterminatezza delle giustificazioni

Comunicato il carattere anomalo dell'offerta al concorrente è assegnato un termine per giustificare la propria proposta, la giustificazione deve avere necessariamente forma libera e non riguardare una componente di costo specifica. Resta comunque ferma la facoltà della stazione appaltante di fornire all'operatore economico uno schema generale che abbia attinenza con tutta l'offerta, da seguire nella formulazione delle proprie giustificazioni.

Qualora le giustificazioni fornite non siano reputate sufficienti a chiarire l'eventuale congruità, è contemplata la possibilità di richiedere ulteriori precisazioni, assegnando un termine di almeno cinque giorni, sulle componenti di costo che si ritiene di dover approfondire. Le precisazioni, contrariamente alle giustificazioni, hanno come oggetto una o più componenti specifiche dell'offerta.

Terminata la valutazione delle giustificazioni ed eventualmente delle precisazioni, l'amministra-

zione, se ritiene complessivamente l'offerta non congrua, può procedere all'esclusione del concorrente solo dopo averlo formalmente convocato, con un anticipo non inferiore a tre giorni lavorativi, per invitarlo ad indicare ogni elemento che ritenga utile a chiarimento della propria offerta. In caso di mancata presentazione la stazione appaltante può procedere a prescindere dall'audizione.



Il giudizio finale sull'offerta

"Il giudizio finale si sostanzia in un'analisi globale e sintetica delle singole componenti di cui si articola l'offerta e della incidenza che queste hanno sulla medesima considerata nel suo insieme. La verifica deve essere finalizzata ad accertare se la non congruità di una o più componenti dell'offerta si traduce nella inattendibilità dell'offerta nel suo insieme" (Determinazione AVCP 8 luglio 2009, n. 6).

Il procedimento, come detto, viene instaurato nei confronti della migliore offerta, anche se esclusa per il taglio delle ali, e qualora anormalmente bassa, la verifica della congruità, ai sensi del comma 7, continua progressivamente nei confronti delle successive migliori offerte e si interrompe con l'individuazione della migliore offerta giudicata congrua.



Verificare, non confrontare

Il giudizio sull'anomalia di una offerta deve essere effettuato sulla base delle valutazioni della singola proposta presa in considerazione, senza effettuare alcun confronto tra i concorrenti, atteso che scopo della verifica è valutare le singole offerte.

Lo stesso comma 7, per conferire celerità al procedimento, prevede la possibilità di attuare, previa indicazione espressa nel bando o nel di-

sciplinare di gara, una verifica contemporanea delle prime cinque migliori offerte, sempre secondo lo schema di contraddittorio predetto.



Il termine per fornire giustificazioni e chiarimenti

Il termine assegnato al concorrente per fornire le giustificazioni, i chiarimenti e la convocazione, deve essere considerato, pur in assenza di specifica indicazione del Codice, come perentorio in considerazione della necessaria esigenza di conclusione del procedimento.

A tal fine la stazione appaltante nel bando o nel disciplinare potrà prescrivere che all'atto dell'avvio delle verifiche delle offerte anormalmente basse l'amministrazione assegnerà dei termini per lo svolgimento del contraddittorio, i quali saranno considerati perentori, pena esclusione dalla procedura di gara.



Il rinnovo del calcolo della soglia di anomalia

La soglia di anomalia, calcolata secondo i criteri dell'art. 86, commi 1 e 2, non subisce alcuna modifica a seguito delle esclusioni che dovessero verificarsi nel seguito della procedura di gara (salvo interventi del giudice amministrativo).

Il Codice prevede una sola fattispecie per la quale si procede ad un nuovo calcolo della soglia di anomalia: quella dell'art. 48 comma 1 (trattata nel paragrafo relativo all'articolo in questione).

6.4. La collocazione del procedimento di verifica

La verifica di congruità delle offerte risultate anormalmente costituisce un autonomo sub procedimento che si colloca nell'ambito della procedura di gara tra il momento dell'apertura e della lettura delle offerte economiche e la deliberazione di aggiudicazione provvisoria, nel caso del criterio del prezzo più basso, e tra l'attribuzione dei punteggi tecnici ed economici e la deliberazione di aggiudicazione provvisoria, nel caso del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

L'ultimo periodo del comma 7 dell'art. 88 prevede, infatti, che all'esito della verifica, la stazione appaltante dichiara le eventuali esclusioni e, nel rispetto degli artt. 11 e 12, provvede all'aggiudicazione.

Occorre precisare che l'istruttoria sulla congruità delle offerte e la decisione in merito alla affidabilità/inaffidabilità dell'offerta è condotta, nella prassi e in assenza di specifiche disposizioni del Codice, nel caso di aggiudicazione con il criterio del prezzo più basso, dal responsabile del procedimento e nel caso di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, dalla commissione giudicatrice.

Il Codice all'art. 88, comma 1 bis, prevede, inoltre, che la stazione appaltante possa istituire un'apposita commissione, in conformità alla disciplina e ai criteri previsti dal Regolamento, con il compito di esaminare le giustificazioni prodotte dagli offerenti (e quindi anche richiedere precisazioni ed effettuare le audizioni dei concorrenti) in alternativa al responsabile del procedimento o alla commissione giudicatrice; tale organo non possiede una rilevanza esterna, ed opera per il tramite del responsabile del procedimento, da cui riceve l'elenco delle offerte sospette di anomalia e a cui comunica le risultanze dell'attività di verifica.

Come si vedrà, l'esito della congruità è comunicato, pubblicamente, ai concorrenti in apposita seduta di gara e con le comunicazioni previste dall'art. 79 del Codice.

Il Regolamento all'art. 121 disciplina le modalità operative con cui si avvia e si conclude il sub procedimento in funzione di determinate soglie e del criterio di aggiudicazione.

A) criterio del prezzo più basso:

- *sopra e sotto soglia comunitaria, con cinque o più offerte ammesse:* colui che presiede la gara chiude la seduta pubblica (nella quale

è stata data lettura dei ribassi percentuali) e ne dà comunicazione al responsabile del procedimento (ove non vi sia coincidenza tra i due soggetti) che procede alla verifica delle giustificazioni avvalendosi alternativamente:

- degli uffici o organismi tecnici della stazione appaltante;
- della commissione di gara;
- della commissione di cui all'art. 88, comma 1 bis, del Codice, previa richiesta di nomina alla stazione appaltante. I commi 5 e 6 ne disciplinano la composizione.

Terminata la valutazione della congruità il soggetto che presiede la gara, in seduta pubblica, rende noti gli esiti e dichiara l'aggiudicazione nei confronti della migliore offerta non anomala.

- *soglia massima di 100.000,00 euro, senza previsione di esclusione automatica, con cinque o più offerte:* come sopra.
- *verifica anomalia attivata discrezionalmente ex art. 86, comma 3, del Codice sopra e sotto soglia comunitaria con meno di cinque offerte:* come sopra.
- *verifica anomalia attivata discrezionalmente ex art. 86, comma 3, del Codice per la soglia massima di 100.000 euro con la previsione di esclusione automatica ma con un numero di offerte inferiori a dieci:* colui che presiede la gara chiude la seduta pubblica (nella quale è stata data lettura dei ribassi percentuali) e ne dà comunicazione al responsabile del procedimento (ove non vi sia coincidenza coincida tra i due soggetti) ai fini della verifica discrezionale di cui all'art. 86 comma 3 del Codice. Ove la stazione appaltante non si avvalga della facoltà anzidetta, il soggetto che presiede la gara, in una successiva seduta pubblica, aggiudica la gara.
- *soglia massima di 100.000 euro con la previsione di esclusione automatica e con un nume-*

ro di offerte pari o superiori a dieci: il soggetto che presiede la gara procede direttamente in seduta pubblica ad aggiudicare la gara.

B) criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa: il soggetto che presiede la gara chiude la seduta pubblica (in cui dà lettura dei punteggi totalizzati) e ne dà comunicazione al responsabile del procedimento che procede alla verifica delle giustificazioni avvalendosi alternativamente:

- degli uffici o organismi tecnici della stazione appaltante;
- della commissione di gara;
- della commissione di cui all'art. 88, comma 1 bis, del Codice, previa richiesta di nomina alla stazione appaltante.

Terminata la valutazione della congruità il soggetto che presiede la gara, in seduta pubblica, rende noti gli esiti e dichiara l'aggiudicazione nei confronti della migliore offerta non anomala.



Le innovazioni del Regolamento

L'art. 121 del Regolamento integra la disciplina del Codice con riferimento ai seguenti aspetti:

- *il calcolo della soglia di anomalia deve avvenire pubblicamente;*
- *le offerte sospette di anomalie devono essere conseguentemente dichiarate pubblicamente;*
- *l'esito del procedimento di verifica deve essere comunicato in sede pubblica;*
- *il responsabile unico del procedimento assume un ruolo primario, atteso il rapporto organico tra quest'ultimo e stazione appaltante e in virtù di "supervisore" dell'intera procedura;*
- *gli uffici o gli organismi tecnici della stazione appaltante possono fornire un supporto alle valutazioni da effettuare;*
- *le modalità di nomina, la composizione e le incompatibilità dell'eventuale commissione incaricata di effettuare le valutazioni relative alla congruità delle offerte.*

Con riferimento al procedimento di verifica delle anomalie delle offerte si segnalano di seguito alcuni casi paradigmatici.



La possibilità di verificare i contratti stipulati tra l'offerente ed i propri fornitori

Un'impresa partecipante ad una gara di appalto, avente ad oggetto la stipula di una convenzione per la fornitura del servizio di energia con aggiudicazione all'offerta economicamente più vantaggiosa, presentava offerte in relazione a più lotti e tutte le offerte presentate risultavano essere quelle economicamente più vantaggiose. La commissione di gara rilevava il carattere anomalo delle offerte presentate dalla società predetta e chiedeva puntuali giustificazioni in ordine agli elementi costitutivi dell'offerta economica. In particolare, la commissione richiedeva all'azienda di produrre giustificazioni (e la relativa documentazione a supporto, ivi compresi i contratti con i propri fornitori) in relazione ai costi di approvvigionamento della materia prima oggetto della fornitura. La società provvedeva a chiarire che le riduzioni di costo discendevano dalle favorevoli condizioni di acquisto da parte dei propri fornitori (esplicitati). A seguito di tale giustificazione, la commissione di gara riteneva di chiedere chiarimenti con riferimento a tali aspetti ("elementi di ulteriore e maggiore dettaglio in relazione alle condizioni di fornitura dei combustibili da parte delle società indicate"). A tale ulteriore richiesta l'azienda forniva parziale chiarimento, comunicando che un integrale riscontro alle richieste formulate esulava dalla propria disponibilità, postulando che i propri fornitori acconsentissero all'integrale divulgazione dei dati relativi alle proprie relazioni commerciali con soggetti "terzi", operanti anche sui mercati internazionali (e che le controparti contrattuali dei propri fornitori acconsentissero a propria volta a tale divulgazione). La commissione di gara non riteneva sufficienti le giustificazioni della società in argomento e procedeva all'esclusione della stessa.

Il provvedimento di esclusione veniva impugnato. In appello il giudice, nel riconoscere legittimità all'operato della stazione appaltante, evidenziava come, allorquando si riscontrò "... un prezzo particolarmente basso dei prodotti nel contratto di fornitura, ciò può dipendere, se non si è in presenza di un produttore, esclusivamente dal prezzo e dalle altre condizioni di acquisto del prodotto stesso. Poiché l'Amministrazione deve valutare la complessiva affidabilità dell'offerta, è evidente che, per

verificare se tali bassi prezzi siano effettivamente praticabili, anche nel successivo arco temporale della fornitura, può procedere all'analisi non solo del rapporto tra il fornitore ed il suo subfornitore, ma anche delle modalità di approvvigionamento di quest'ultimo sul mercato. È noto, infatti, che nei rapporti commerciali, nei quali un prodotto subisce più passaggi, le modificazioni contrattuali e le variazioni di prezzo si riverberano sui successivi" (Cons. St., Sez. VI, 19 gennaio 2010, n. 188).

Il costo del lavoro: il ruolo delle tabelle ministeriali

Un'amministrazione comunale indiceva una procedura aperta per l'affidamento del servizio di pulizia dei propri edifici, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. La commissione di gara redigeva la graduatoria provvisoria e la società A risultava prima classificata con 93,20 punti, seguita dalla società B, e dalla società C. Nella stessa seduta, la commissione richiedeva alla prima classificata A, la cui offerta era risultata sospetta di anomalia, ulteriori giustificazioni relative al costo del lavoro ed agli altri elementi incidenti sui costi del servizio.

Successivamente la commissione esaminava i chiarimenti pervenuti ad integrazione delle giustificazioni preventivamente formulate e, giudicandoli soddisfacenti, disponeva l'aggiudicazione in favore della stessa società. La seconda classificata B lamentava innanzi al TAR l'erroneità e l'insufficienza della verifica condotta dalla stazione appaltante in ordine alle giustificazioni fornite dalla società aggiudicataria, in particolare, relativamente al computo dei costi del personale dipendente derivanti dall'applicazione del C.C.N.L. di categoria. Il giudice adito riteneva fondata la censura con la quale la società B sosteneva che la stazione appaltante avrebbe dovuto verificare la congruità ed affidabilità dell'offerta non alla luce delle tabelle sul costo medio del lavoro allegate al D.M. richiamate nella lex specialis di gara, bensì in relazione all'incidenza delle retribuzioni risultanti dal nuovo C.C.N.L. entrato in vigore, per la parte economica, prima della pubblicazione del bando di gara, della presentazione delle offerte e dello svolgimento del sub-procedimento di verifica dell'anomalia. La società A in appello evidenziava l'erroneità della sentenza del giudice di prime cure, rilevando che il D.M. con il quale erano state recepite le nuove tabelle fosse stato emanato in data successiva alla pubblicazione del bando di gara.

Il Consiglio di Stato riformava la sentenza di primo grado rilevando che "la materia della valutazione dei costi del lavoro e della sicurezza nelle gare di appalto

risale all'articolo unico della legge 7 nov. 2000 n. 327 che, prima della sua abrogazione per effetto del codice dei contratti pubblici, prevedeva che la valutazione dell'anomalia delle offerte dovesse essere condotta con riferimento, non già ai contratti collettivi nazionali di lavoro, ma alle apposite tabelle predisposte ed approvate dal Ministero del Lavoro. Tali tabelle infatti sono predisposte in funzione di semplificazione e di accelerazione dell'azione amministrativa affinché la amministrazione possa agevolmente effettuare la verifica della anomalia senza addentrarsi nella ricerca e nella valutazione della congerie di previsioni contrattuali collettive" (Cons. St., Sez. V, febbraio 2010, n. 425). L'orientamento del Consiglio di Stato risulta confermato dalla disciplina dettata dal Codice.

7. Il controllo dei requisiti

7.1 Il metodo

L'organo di gara, in seduta pubblica, prima dell'apertura delle buste delle offerte (economiche e tecniche) e immediatamente dopo il riscontro dei requisiti e della documentazione amministrativa a corredo dell'offerta, individua, mediante sorteggio, gli offerenti, in numero non inferiore al dieci per cento delle offerte presentate, che sono tenuti a comprovare il possesso dei requisiti, già autocertificati, di capacità economico-finanziaria e di capacità tecnico-organizzativa richiesti dal bando di gara o dalla lettera di invito.



Un numero di offerenti non inferiore al dieci per cento

La stazione appaltante può legittimamente prevedere, previa indicazione nella documentazione di gara, la verifica di un campione di offerenti superiore al dieci per cento.

Naturalmente il campione degli offerenti da sottoporre a verifica deve essere selezionato tra le offerte ammesse alla prosecuzione della procedura di gara a seguito delle operazioni di riscontro della documentazione amministrativa prevista.

L'art. 48, comma 1, del Codice, in tema di controllo sul possesso dei requisiti, prescrive che la stazione appaltante assegna agli offerenti estratti un termine di dieci giorni, dalla richiesta, per produrre i documenti richiesti dalla documentazione di gara a dimostrazione dei requisiti predetti.



Il momento del sorteggio e della richiesta della documentazione

Il sorteggio degli offerenti, pur svolgendosi in seduta pubblica, non può essere automaticamente identificato come formale momento di richiesta di comprova, né, dunque, come data di decorrenza dei dieci giorni previsti per la presentazione dei documenti. Pertanto dopo il sorteggio, il responsabile del procedimento deve essere informato dell'esito del medesimo, affinché possa curare gli aspetti connessi:

- *all'inoltro della comunicazione di esito del sorteggio e degli obblighi scaturenti;*
- *al rispetto della tempistica prescritta;*
- *all'esame della documentazione e all'eventuale richiesta di integrazione o chiarimenti ex art. 46 del Codice (ove ne ricorrano i presupposti);*
- *alla comunicazione all'organo di gara dell'esito delle verifiche.*

Gli offerenti, che omettono di fornire la prova del possesso dei requisiti o che non confermano le dichiarazioni contenute nella domanda di partecipazione o nell'offerta, sono soggetti alle seguenti sanzioni:

- esclusione del concorrente dalla procedura;
- incameramento della garanzia provvisoria;
- segnalazione del fatto all'AVCP.



I requisiti verificabili

Il bando di gara o l'invito ad offrire prescrivono i requisiti minimi per l'ammissione alla procedura di gara per quanto attiene ad esempio il fatturato di un determinato triennio o il possesso di specifici macchinari per l'ese-



cuzione dell'appalto, e comunque discrezionalmente di tutti gli elementi previsti dagli artt. 41 e 42 del Codice. Atteso che tali requisiti possono essere autocertificati ai sensi della normativa vigente, il fine dell'art. 48 è di sottoporre a verifica le dichiarazioni prodotte. Tale adempimento si distingue dalle verifiche delle autocertificazioni, ai sensi dell'art. 71 del D.P.R. 445/2000, le quali, pur non inquadrandosi in una determinata fase della procedura di gara, possono essere attivate a discrezione della stazione appaltante su qualsiasi requisito, stato, qualità e fatto autocertificato e non esclusivamente, come nella fattispecie dell'art. 48 in argomento, sui requisiti degli artt. 41 e 42.

Le operazioni di sorteggio, ai sensi di quanto previsto dal comma 2, non vengono attivate qualora la stazione appaltante, esclusivamente nel caso di procedure negoziate, si è avvalsa della facoltà di limitare il numero dei concorrenti ex art. 62 del Codice, atteso che ai concorrenti è già richiesto a corredo dell'offerta, per la dimostrazione dei requisiti, documentazione in originale o in copia conforme.

La verifica dei requisiti è da ultimo, come prescritto dal comma 3, effettuata anche nei confronti, dell'aggiudicatario e del secondo in graduatoria, qualora non estratti precedentemente, entro dieci giorni dalla conclusione delle operazioni di gara. Le sanzioni in caso di mancata dimostrazione o conferma di quanto autocertificato sono le medesime del comma 1 sopradetto.

Nel caso in cui né l'aggiudicatario, né il secondo migliore offerente forniscano la prova o confermino le dichiarazioni, si procede alla determinazione della nuova soglia di anomalia dell'offerta e alla conseguente eventuale nuova aggiudicazione.

Quando verificare i requisiti dell'aggiudicatario e del secondo in graduatoria

La verifica dei requisiti sull'aggiudicatario e sul secondo in graduatoria possono essere svolte successivamente sia all'aggiudicazione provvisoria sia all'aggiudicazione definitiva. La stazione appaltante, discrezionalmente e sempre con l'obiettivo di rendere celere il procedimento in aderenza al proprio ordinamento, può alternativamente:

- dichiarare l'aggiudicazione provvisoria, richiedere al primo e secondo in graduatoria di comprovare i requisiti (assegnando un termine) e successivamente trasmettere all'organo competente gli atti per l'approvazione e l'aggiudicazione definitiva;
- dichiarare l'aggiudicazione provvisoria, trasmettere gli atti all'organo competente per l'approvazione e l'aggiudicazione definitiva, e successivamente, contestualmente alle comunicazioni previste dall'art. 79 del Codice, richiedere al primo ed al secondo di comprovare i requisiti previsti, vincolando la stipulazione dell'atto negoziale all'esito della verifica in argomento.

Si evidenzia che in caso di scelta del secondo iter, si deve necessariamente tenere conto della tempistica connessa allo svincolo delle cauzioni anche in considerazione dell'ipotesi di una nuova soglia di anomalia in caso di mancata dimostrazione dei requisiti di entrambi i migliori offerenti.



Le linee guida dell'AVCP

Con la Determinazione 21 maggio 2009, n. 5, l'AVCP ha individuato delle linee guida per l'ambito, le modalità, e gli obblighi connessi allo svolgimento del controllo sul possesso dei requisiti. I profili di maggior interesse sono i seguenti:

- il procedimento deve essere svolto in caso di procedure aperte, ristrette, negoziate sopra e sottosoglia comunitaria, e dialogo competitivo;
- il procedimento è obbligatorio e non necessita di previsione nei documenti di gara, salvo la necessaria indicazione dei documenti richiesti e dei rispettivi mezzi di prova;
- il concorrente che dimostri già in sede di domanda di partecipazione o di offerta tutti i requisiti presentando documentazioni in originale o conforme deve essere escluso dal campione del dieci per cento ed essere ammesso alla successiva apertura delle offerte;
- il termine di dieci giorni deve considerarsi perentorio;

- gli offerenti possono presentare documentazione a comprova dei requisiti minimi anche se in sede di domanda o offerta hanno autocertificato requisiti superiori.

Tra i casi paradigmatici che si pongono in tema di verifica dei requisiti si segnalano i seguenti esempi.



L'offerta su più lotti e l'incameramento delle cauzioni

Un'amministrazione nel corso di una gara telematica, mediante Consip, sorteggiava un concorrente per la comprova dei requisiti, notificando la richiesta mediante posta elettronica all'indirizzo assegnato dalla stessa centrale di committenza all'atto della registrazione al sistema per la partecipazione alla gara. Lo stesso concorrente aveva presentato istanza per tutti i diciannove lotti della procedura.

In assenza di riscontro entro i dieci giorni previsti la stazione appaltante provvedeva ad escludere il concorrente dalla gara e richiedeva parere all'AVCP circa l'incameramento delle garanzie provvisorie.

Con parere di precontenzioso 25 marzo 2010, n. 64 l'AVCP, nel rilevare come la partecipazione ai diciannove lotti richiedesse il possesso dei medesimi requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, e nel segnalare la legittimità del provvedimento di esclusione, evidenziava la necessità di incamerare tutte le cauzioni presentate, indipendentemente dalla tipologia di gara, attesa l'inadempienza del concorrente per tutti i lotti in gara.

Il termine e gli obblighi della stazione appaltante

Un'azienda sanitaria locale a seguito di richiesta ad un offerente di comprovare i requisiti ed alla luce di talune irregolarità riscontrate nei documenti presentati, formulava parere all'AVCP per conoscere:

- se il termine di dieci giorni potesse essere inteso in senso perentorio e se fosse possibile un'integrazione documentale successiva alla scadenza del termine;
- se, in caso di eventuali irregolarità riscontrate, il provvedimento di esclusione potesse non essere accompagnato dalla segnalazione all'AVCP.

Con parere di precontenzioso 29 gennaio 2009, n.

14, l'AVCP segnalava che il ritardo nella presentazione dei documenti non può essere oggetto di integrazione documentale atteso che l'eventuale presentazione dei documenti oltre il termine è considerata come non prodotta, equiparando il mero ritardo all'inadempimento. Per quanto attiene il secondo aspetto, l'AVCP ribadiva l'obbligo di comunicazione nei propri confronti dei provvedimenti di esclusione emessi, ex art. 48, dalle stazioni appaltanti entro dieci giorni dal verificarsi dell'evento.

Documenti diversi a sostegno di requisiti diversi dalle autocertificazioni

Un'impresa per comprovare, a seguito di procedimento ex art. 48, i requisiti di partecipazione già autocertificati, non confermava gli importi dichiarati nella documentazione di gara, ma documentava, con riferimento al fatturato globale, nuovi e diversi importi, comunque superiori ai minimi previsti nel bando.

La stazione appaltante rivolgeva istanza di parere all'AVCP. Quest'ultima con parere di precontenzioso 9 aprile 2008, n. 112 rilevava che "Il sub procedimento di verifica...deve essere rapportato ai requisiti minimi prescritti dal bando, in relazione ai quali è necessario effettuare il raffronto fra quanto dichiarato e quanto dimostrato. È... necessario e sufficiente, ai fini della comprova dei requisiti, dimostrarne il possesso in relazione allo specifico affidamento". Presentare nuovi e diversi importi, rispetto a quelli dichiarati, costituisce causa di esclusione.

8. L'aggiudicazione provvisoria e definitiva

8.1. La fase conclusiva della gara e l'aggiudicazione provvisoria

Il procedimento di scelta del contraente ad opera dell'organo di gara si conclude, come previsto dall'art. 11, comma 4, del Codice, con la deliberazione, da parte di quest'ultimo, di aggiudicazione provvisoria. Tale deliberazione interviene successivamente, come trattato nei paragrafi precedenti, all'esame delle offerte ed alla loro eventuale verifica di congruità.

In sintesi il miglior offerente, una volta superate tutte le fasi di gara, si identifica, appunto provvi-

soriamente, con l'aggiudicatario.

Con l'aggiudicazione provvisoria il seggio di gara o la commissione giudicatrice esauriscono il loro compito (fermo restando comunque la possibilità di riunirsi nuovamente per la ripetizione di talune attività della procedura in autotutela o per effetto di sentenza del giudice amministrativo), ma la gara non si intende ancora conclusa.

L'atto di individuazione del migliore offerente, il verbale di gara e tutti gli atti presupposti e connessi, vengono trasmessi al responsabile del procedimento per l'attivazione degli adempimenti di verifica di cui agli artt. 11, comma 5, e 12, comma 1.

Il combinato disposto di tali articoli prevede che l'aggiudicazione provvisoria sia sottoposta a verifica della stazione appaltante, terminata la quale si provvede all'emanazione dell'atto conclusivo dell'intero procedimento di affidamento: l'aggiudicazione definitiva.

8.2. La fase del controllo dell'aggiudicazione provvisoria e l'aggiudicazione definitiva

L'art. 12 comma 1, a cui l'art. 11, comma 5, rimanda, prescrive che:

- l'aggiudicazione provvisoria è soggetta ad approvazione dell'organo competente secondo l'ordinamento interno delle amministrazioni aggiudicatrici;
- lo svolgimento delle suddette attività avviene nel rispetto dei termini previsti dai singoli ordinamenti, decorrenti dal ricevimento dell'aggiudicazione provvisoria da parte dell'organo competente. In mancanza il termine è pari a trenta giorni.

Il Codice, con riferimento al controllo dell'aggiudicazione provvisoria, rimanda agli ordinamenti delle singole stazioni appaltanti, secondo un principio di autonomia, prevedendo comunque

che tra i due atti, il primo ancora endoprocedimentale e il secondo definitivo, vi sia una netta distinzione.

Nella prassi è possibile sostenere, comunque, che il responsabile del procedimento, che cura lo svolgimento delle procedure (art. 10, comma 3, lett. c), del Codice) e formula proposte agli organi competenti secondo l'ordinamento delle amministrazioni aggiudicatrici nella fase di procedura di scelta del contraente per l'affidamento dell'appalto (art. 272, comma 3, lett. b) del Regolamento), una volta ricevuti i verbali di gara (tra cui quello conclusivo di aggiudicazione provvisoria), trasmette all'organo di controllo interno (solitamente l'Ufficio di ragioneria) gli stessi per lo svolgimento delle procedure di verifica del procedimento.

Tali procedure, ai sensi dell'art. 12 comma 1, devono svolgersi entro i termini previsti dall'amministrazione, o in mancanza trenta giorni, decorrenti dalla ricezione dell'aggiudicazione provvisoria e in caso di richiesta di chiarimenti o documenti il suddetto termine si deve intendere interrotto, iniziando nuovamente a decorrere da quando i chiarimenti o documenti pervengono all'ufficio richiedente.

Al termine delle attività di verifica, in caso di esito favorevole, il decreto di aggiudicazione definitiva viene sottoposto all'organo competente. Vale per tale attività l'istituto del silenzio - assenso per cui decorsi i termini previsti dai singoli ordinamenti o, in mancanza, quello di trenta giorni, l'aggiudicazione si intende, comunque, approvata.

L'aggiudicazione definitiva non costituisce un atto dovuto, ma rappresenta l'atto finale del procedimento amministrativo di scelta del contraente, una volta valutata la conformità al bando e alle norme in vigore degli atti posti in essere sino all'aggiudicazione provvisoria.

8.3. Adempimenti successivi all'aggiudicazione definitiva: cenni e rinvio

L'aggiudicazione definitiva, ai sensi dell'art. 11, commi 7 e 8, non corrisponde comunque ad un'accettazione dell'offerta e la sua efficacia è subordinata alla prescritta verifica dei requisiti in capo all'aggiudicatario di cui si è detto.

In definitiva il Codice ha inteso sancire, in modo netto, la separazione tra la fase dell'individuazione del contraente e la fase negoziale e di stipulazione.

In conclusione, al termine delle verifiche dei requisiti ed ottemperati gli obblighi di informazione dei concorrenti, divenuta efficace l'aggiudicazione definitiva, fermi restano i propri poteri di autotutela, la stazione appaltante convoca l'aggiudicatario per la sottoscrizione dell'atto negoziale cui seguiranno, a carico del concorrente, conseguentemente la costituzione della garanzia definitiva e la produzione della documentazione necessaria a sostegno dei requisiti soggettivi.

La negoziazione in luogo della gara: le diverse ipotesi

La negoziazione in luogo della gara: le diverse ipotesi (Ilario Sorrentino)



1. Le procedure negoziate

Le procedure negoziate, come anticipato nel Volume 1°, permettono alla stazione appaltante di consultare determinati operatori economici, negoziando direttamente con uno o più di essi le condizioni economiche dell'appalto (art. 3, comma 40, del Codice).

Le procedure negoziate costituiscono procedure eccezionali, derogatorie rispetto alle ordinarie procedure di affidamento degli appalti, alle quali ciascuna stazione appaltante può ricorrere solo nelle ipotesi ed alle condizioni espressamente e tassativamente previste dal Codice.

In ragione di ciò la giurisprudenza ha puntualizzato come, qualora la pubblica amministrazione decida di affidare un contratto ad un determinato operatore economico, a seguito di procedura negoziata al di fuori delle ipotesi stabilite, vada riconosciuta la legittimazione a ricorrere avverso tale decisione a tutti gli operatori economici del settore. Gli stessi, infatti, sono titolari di un interesse strumentale allo svolgimento di un confronto competitivo attraverso una procedura di gara, in quanto aspiranti concorrenti alla stessa. Di conseguenza, in via generale, gli operatori economici possono agire in giudizio contro i relativi atti (di recente, TAR Lazio, Roma, Sez. III, 9 marzo 2009, n. 2369; TAR Sicilia, Palermo, Sez. III, 6 maggio 2010, n. 6406).

L'art. 56 del Codice disciplina le ipotesi di procedure negoziate cui è possibile far ricorso previa pubblicazione di un bando di gara, mentre il successivo art. 57 del Codice disciplina le ipotesi di procedure negoziate che non necessitano di una previa pubblicazione di un bando di gara e con invito diretto ai soggetti con i quali la stazione appaltante intende negoziare.

La procedura negoziata nei lavori sotto soglia

Mentre per i servizi e le forniture sotto soglia le ipotesi di procedura negoziata sono solo quelle contemplate ai citati artt. 56 e 57 del Codice, per gli appalti di lavori sotto soglia sono previste altre ipotesi di procedura negoziata.

Per l'affidamento dei contratti di lavori l'art. 122 del Codice:

- al comma 7, prevede che la procedura negoziata sia ammessa anche per lavori di importo complessivo non superiore a 100.000,00 euro, indipendentemente dal ricorrere di alcuna delle ipotesi di cui agli artt. 56 e 57;
- al comma 7-bis prevede un'ipotesi di affidamento dei contratti di lavori a procedura negoziata per lavori di importo complessivo compreso tra valori pari o superiori a 100.000,00 euro e inferiori a 500.000,00 euro. In tale ipotesi, a differenza della procedura negoziata per lavori sino a 100.000,00 euro, è previsto che la procedura si svolga, nel rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza, secondo le regole previste per la procedura negoziata senza previa pubblicazione di bando di gara di cui all'art. 57, comma 6, con l'eccezione che l'invito alla negoziazione deve essere rivolto ad almeno cinque soggetti, se sussistano aspiranti idonei in tale numero;
- al comma 8 prevede un'ulteriore ipotesi di procedura negoziata per l'affidamento di lavori pubblici di cui all'art. 32, comma 1, lett. g), ovvero lavori da realizzarsi da parte dei soggetti privati titolari di permesso di costruire, che assumono in via diretta l'esecuzione delle opere di urbanizzazione a scompuo.

2. La procedura negoziata previa pubblicazione di bando di gara

L'art. 56, comma 1, lett. a), prevede, negli appalti di servizi e forniture, un'unica ipotesi di aggiudicazione di procedura negoziata previa pubblicazione di un bando, al ricorrere della quale è consentita l'indizione e l'espletamento della stessa. Tale procedura è ammessa quando, in esito all'esperimento di una precedente procedura aperta o ristretta o di un dialogo competitivo, tutte le offerte presentate sono risultate irregolari o inammissibili, in ordine a quanto disposto dal Codice in relazione ai requisiti degli

offerenti e delle offerte.

Sebbene non risulti agevole precisare l'esatto significato dei concetti di irregolarità o inammissibilità delle offerte, usati dal legislatore, dal momento che non si rinvencono chiarificazioni dirimenti a livello giurisprudenziale, tuttavia si può in linea generale affermare che:

- (A) il concetto di irregolarità è da usare per indicare quelle offerte che non rispondono ai requisiti di forma richiesti dalla *lex specialis* di gara - ad esempio perché non ottemperano alle prescrizioni sulle modalità di predisposizione dei plichi - o da specifiche disposizioni di legge o regolamentari - ad esempio perché non in regola con il possesso dei requisiti di partecipazione - posti al fine di assicurare la regolarità ed imparzialità della gara e la parità tra i concorrenti;
- (B) il concetto di inammissibilità è da usare per indicare quelle offerte, che seppure da un punto di vista formale sono state correttamente predisposte e che sono presentate da soggetti in regola con i requisiti di partecipazione, nel merito non sono conformi alle richieste della stazione appaltante e quindi non possono essere valutate e comparate dalla Commissione di gara. Ad esempio la giurisprudenza ritiene inammissibile:
 - un'offerta condizionata, tendente cioè ad introdurre nello schema del contratto clausole difformi da quelle proposte dalla committente (Cons. St., Sez. VI, 25 gennaio 2010, n. 248; TAR Umbria, Perugia, Sez. I, 11 giugno 2010, n. 369);
 - un'offerta di un raggruppamento temporaneo di imprese contenente una polizza fideiussoria stipulata dalla sola capogruppo, con conseguente garanzia solo nei confronti di questa e non degli altri soggetti partecipanti al raggruppa-

mento (Cons. St., Sez. V, 21 aprile 2009, n. 2400);

- un'offerta al rialzo rispetto alla base d'asta.

Il Codice prevede, inoltre, che le stazioni appaltanti possano omettere la pubblicazione del bando di gara se invitano alla procedura negoziata tutti i concorrenti in possesso dei requisiti dagli artt. 34 a 45 del Codice (disciplinanti la partecipazione dei soggetti singoli e raggruppati) che, nella precedente procedura, hanno presentato offerte rispondenti ai requisiti formali della procedura medesima.

La disposizione ha lasciato adito a dubbi interpretativi atteso che in prima battuta la norma richiede, quale presupposto per la procedura negoziata, che tutte le offerte nella precedente gara siano state irregolari e inammissibili e successivamente prevede la possibilità di ricorrere alla procedura negoziata senza bando per il caso in cui la stazione appaltante inviti i soggetti in possesso dei requisiti di partecipazione che abbiano presentato "offerte rispondenti ai requisiti formali della procedura medesima", intendendo, quindi, che vi possano essere state nella precedente gara offerte regolari.

Ciò detto e posto che la condizione per la procedura negoziata è chiara ed inequivoca ossia che tutte le offerte della precedente gara siano irregolari o inammissibili, per dare alla disposizione un senso coerente occorre porre attenzione alla distinzione contenuta nella disposizione medesima ed infatti:

- (1) la prima parte della disposizione tratta di offerte irregolari ovvero inammissibili, in ordine a quanto disposto dal Codice in relazione ai requisiti degli offerenti e delle offerte;
- (2) la seconda parte della disposizione, tratta dell'invito rivolto a tutti i soggetti in possesso dei requisiti di partecipazione che abbia-

no presentato offerte rispondenti ai requisiti formali della procedura medesima.

Da qui la conseguenza che la disposizione sta a significare che è possibile ricorrere ad una procedura negoziata senza pubblicazione di bando di gara se, oltre ad offerte non conformi per irregolarità riguardanti i requisiti di partecipazione o i requisiti formali della procedura, vi siano state offerte in regola con i requisiti di partecipazione (di cui agli articoli da 34 a 45) e con i requisiti formali della procedura, che tuttavia non erano conformi con i requisiti sostanziali dell'offerta; in buona sostanza quindi offerte inammissibili.



La procedura negoziata con pubblicazione del bando negli appalti di lavori

Un'altra ipotesi disciplinata all'art. 56 del Codice si riferisce esclusivamente ai lavori e concerne la possibilità di esperire una procedura negoziata con pubblicazione di bando di gara per lavori realizzati unicamente a scopo di ricerca, sperimentazione o messa a punto, e non per assicurare una redditività o il recupero dei costi di ricerca e sviluppo (lett. d), primo comma, art. 56 del Codice). L'articolo prevedeva altre due ipotesi, disciplinate alle lettere b) e c), primo comma, art. 56 del Codice, ora abrogate con il secondo decreto correttivo del Codice, ossia il D.Lgs. 31 luglio 2007, n. 113.

2.1. Le regole per lo svolgimento della negoziazione

Il Codice prevede, all'art. 56, comma 1, lett. a), che, in caso di procedura negoziata a seguito di precedente gara in cui tutte le offerte sono risultate irregolari o inammissibili, la stazione appaltante non può modificare in modo sostanziale le condizioni iniziali del contratto stabilite nella precedente gara.

Si evidenzia che la modifica sostanziale delle condizioni iniziali del contratto attiene princi-

palmente alla previsione di differenti caratteristiche tecniche dell'oggetto dell'appalto tali da modificare incisivamente gli aspetti tecnici del prodotto e del servizio richiesto con effetti sulla struttura dei costi necessari per la formulazione dell'offerta.

L'art. 56, commi 2, 3 e 4, prescrive le modalità operative per l'espletamento della procedura negoziata previa pubblicazione di bando di gara:

Le stazioni appaltanti:

- negoziano con gli offerenti, soggetti che hanno partecipato alla procedura precedente e che hanno manifestato nuovamente interesse per la successiva, le offerte presentate, per adeguarle alle esigenze indicate nel bando di gara, nel capitolato d'oneri e negli eventuali documenti complementari, e per individuare l'offerta migliore con uno dei due criteri di selezione previsti (prezzo più basso o offerta economicamente più vantaggiosa).
- garantiscono la parità di trattamento tra tutti i partecipanti alla negoziazione e conseguentemente non forniscono informazioni in maniera discriminatoria in modo da avvantaggiare determinati offerenti rispetto ad altri.

3. Le ipotesi di procedura negoziata senza previa pubblicazione di bando di gara

L'art. 57 del Codice disciplina le ipotesi nelle quali è consentito il ricorso alla procedura negoziata senza previa pubblicazione di bando di gara. Alcune tra tali ipotesi si riferiscono indistintamente agli appalti di lavori, servizi e forniture, altre riguardano solo l'una o l'altra tipologia.

In tutti i casi in cui una stazione appaltante decide di aggiudicare un contratto di appalto mediante tale procedura deve darne conto, con adeguata motivazione, nella delibera o determinazione a contrarre. La motivazione deve

indicare con precisione la sussistenza di tutti i presupposti di fatto e di diritto che legittimano la procedura negoziata, non essendo sufficiente un generico rinvio circa il ricorrere di una delle ipotesi previste.

3.1. Le ipotesi di procedura negoziata senza previa pubblicazione di bando di gara riguardanti indistintamente gli appalti di servizi e forniture (e lavori)

Il Codice disciplina all'art. 57, comma 2, i casi in cui la stazione appaltante può ricorrere ad una procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara per l'affidamento di un appalto di forniture o servizi. Essi sono così definiti.

A) Gara deserta

Ai sensi del comma 2, lett. a), la procedura negoziata è consentita per l'affidamento di forniture e servizi, nonché per l'affidamento di lavori di importo inferiore a un milione di euro, qualora, a seguito dell'esperimento di una procedura aperta o ristretta, non sia stata presentata nessuna offerta o nessuna offerta appropriata o nessuna candidatura.

Il presupposto per il ricorso a tale ipotesi di procedura negoziata è dunque la circostanza che sia stata già esperita una ordinaria gara a procedura aperta o ristretta che tuttavia non si sia conclusa positivamente con l'aggiudicazione perché la gara è andata deserta ovvero quando:

- nella procedura aperta o ristretta nessuna offerta viene presentata;
- nella procedura ristretta nessuna candidatura viene presentata;
- nella procedura aperta o ristretta sono pervenute una o due sole offerte che non sono state aperte in presenza della clausola del bando che prevede di non procedere all'ag-

giudicazione ai sensi dell'art. 55, comma 4, del Codice;

- nella procedura aperta o ristretta le offerte presentate sono inappropriate.

Tale deve considerarsi l'offerta quando risulta:

- a) non conveniente o non idonea in relazione all'oggetto (art. 81, comma 3); b) anormalmente bassa e pertanto inaffidabile (art. 86 e ss.).

Al pari dell'ipotesi di procedura negoziata previa pubblicazione di bando di gara per offerte irregolari o inammissibili, anche in tale ipotesi non possono essere modificate in modo sostanziale le condizioni iniziali del contratto.

Stante il carattere eccezionale e comunque facoltativo della procedura negoziata, il Codice prevede, inoltre, che, a seguito di specifica richiesta della Commissione Europea, vi sia l'obbligo di trasmissione alla stessa di una relazione sulle ragioni della mancata aggiudicazione a seguito di procedura aperta o ristretta e sulla opportunità della procedura negoziata.

La stazione appaltante - ferma restando la sussistenza delle condizioni per il ricorso alla procedura negoziata - dovrà quindi adeguatamente motivare in ordine:

- all'esito della precedente procedura ordinaria;
- alla circostanza che una nuova procedura ordinaria, aperta o ristretta, non risulterebbe comunque idonea rispetto al fine perseguito.

B) Unico operatore economico disponibile sul mercato

Ai sensi del comma 2, lett. b), la procedura negoziata è consentita qualora, per ragioni di natura tecnica o artistica ovvero attinenti alla tutela di diritti esclusivi, il contratto possa essere affidato unicamente ad un operatore economico determinato.

In tale ipotesi la giustificazione della procedura

negoziata risiede nella struttura del mercato di riferimento in relazione all'oggetto dell'appalto ed alle esigenze della stazione appaltante: anche attivando un'ordinaria procedura di gara ci sarebbe sul mercato un unico operatore economico in grado di eseguire la prestazione. Ovviamente l'unicità dell'operatore economico disponibile sul mercato va valutata oggettivamente con riferimento a caratteri di natura tecnica, artistica o attinenti alla tutela di diritti esclusivi e non può essere valutata invece per ragioni, ad esempio, di convenienza economica di un fornitore piuttosto che di un altro.



Sulla verifica dell'unicità dell'operatore economico

Al fine di dimostrare il legittimo ricorso alla procedura negoziata sarà opportuno esperire previamente un'indagine di mercato che comprovi l'unicità dell'operatore. Al riguardo in giurisprudenza è stato affermato che:

- *il ricorso alla procedura negoziata (già trattativa privata) non sia legittimo nell'ipotesi in cui l'amministrazione si limiti ad affermare, senza aver compiuto alcuna preventiva indagine di mercato, che l'attività svolta dalla ditta affidataria (nella specie, fornitura di rilevazioni ed analisi di trasmissioni televisive) non risulti, in base alle informazioni in possesso, esercitata da altre possibili concorrenti (C. Conti, Sez. contr., 20 gennaio 1992, n. 5);*
- *l'unicità del fornitore deve essere certa prima di addivenire alla procedura negoziata, e l'indagine di mercato deve avere il solo scopo di acquisire la certezza di tale unicità o di escluderla. Nel caso in cui un'amministrazione abbia svolto una preliminare indagine consultando più operatori non potrà, a seguito di ricezione delle offerte, ricorrere alla procedura negoziata con la motivazione che solo determinate caratteristiche di una delle proposte pervenute rendono unico il fornitore per le esigenze della stazione appaltante. In tale evenienza la postuma dichiarazione di aderenza alle proprie esigenze si presterebbe a giustificare qualsiasi eccezione alle regole della gara (Cons. St., Sez. V, 7 novembre 2007, n. 5766);*
- *l'affidamento di un servizio a procedura negoziata*

per motivi di natura tecnica ed artistica ovvero per l'esistenza di diritti di privativa industriale deve essere adeguatamente valutato nelle fasi procedurali che precedono la stipula del contratto, esplicitando le concrete ed obiettive ragioni tecniche previste dalla normativa, da riferire a casi del tutto particolari, di prestazioni infungibili o rese in posizioni monopolistiche. A tale riguardo il giudice ha ritenuto illegittimo un decreto approvativo di una convenzione tra un Ministero ed una Università per lo svolgimento di una ricerca specifica ma non infungibile, non preceduta da procedura concorsuale per la scelta del contraente. Il giudice ha censurato il fatto che l'amministrazione avesse motivato una tale scelta, peraltro solo a posteriori, a seguito di rilievo istruttorio dell'ufficio di controllo, attraverso il mero richiamo alla normativa comunitaria che consente la deroga alle procedure concorsuali in ragione della specificità tecnica delle attività (C. Conti, Sez. controllo, 21 luglio 2006, n. 11).

C) Estrema urgenza

Ai sensi del comma 2, lett. c), la procedura negoziata è consentita nella misura strettamente necessaria, quando l'estrema urgenza, risultante da eventi imprevedibili per le stazioni appaltanti, non è compatibile con i termini imposti dalle procedure aperte, ristrette, o negoziate previa pubblicazione di un bando di gara.

Il Codice stabilisce espressamente che le circostanze invocate a giustificazione della estrema urgenza non devono essere imputabili alle stazioni appaltanti.

Dalla norma in esame appare evidente come l'urgenza che giustifica e legittima il ricorso alla procedura negoziata sia un'urgenza qualificata, i cui presupposti sono chiaramente indicati nella disposizione in esame. L'estrema urgenza può considerarsi tale quando:

- *sia conseguente a fatti e circostanze impreviste ed al contempo non imputabili a fatti o omissioni della stazione appaltante;*
- *sia incompatibile con i termini imposti dalle procedure aperte, ristrette, o negoziate previa*

pubblicazione di un bando di gara.



Le caratteristiche dell'urgenza

L'AVCP con riferimento a tale fattispecie (già contemplata nell'art. 24, comma 1, lett. a) della legge 11 febbraio 1994, n. 109) ha ricordato come per consolidata giurisprudenza il presupposto della sussistenza di una situazione di urgenza sia costituito dalla imprevedibilità oggettiva dell'evento. Conseguentemente deve considerarsi illegittimo il ricorso alla procedura quando l'urgenza sia sopravvenuta per un comportamento imputabile all'amministrazione che, ad esempio, pur potendo prevedere l'evento, non ne ha tenuto conto ai fini della valutazione circa i tempi tecnici necessari alla realizzazione dell'intervento e quindi non ha provveduto ad attuare una corretta pianificazione dell'attività da svolgere. L'AVCP ritiene che le situazioni di urgenza devono essere circoscritte in ambiti definiti, l'urgenza non può essere generica, ma deve essere qualificata, e cioè "deve corrispondere ad esigenze eccezionali e contingenti e deve essere tale da far ritenere che il rinvio dell'intervento comprometterebbe irrimediabilmente il raggiungimento degli obiettivi che la stazione appaltante si è posta mediante la realizzazione dell'intervento stesso" (Determinazione AVCP, 5 aprile 2000, n. 18).

3.2. Le ulteriori ipotesi di procedura negoziata per gli appalti di forniture

Nei contratti pubblici relativi a forniture, la procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara è inoltre consentita nei seguenti casi.

A) Prodotti fabbricati esclusivamente a scopo di sperimentazione, di studio o di sviluppo.

Ai sensi dell'art. 57, comma 3, lett. a), la procedura negoziata è consentita qualora i prodotti oggetto del contratto siano fabbricati esclusivamente a scopo di sperimentazione, di studio o di sviluppo, a meno che non si tratti di produzione in quantità sufficiente ad accertare la red-

ditività del prodotto o a coprire i costi di ricerca e messa a punto.

Entrambi i presupposti devono sussistere, ed infatti nel caso in cui un bene fabbricato in via di sperimentazione fosse prodotto in quantità sufficiente a renderlo redditizio, la stazione appaltante dovrebbe acquisirlo tramite una ordinaria procedura di gara.

B) Consegne complementari per rinnovo o ampliamento di forniture.

Ai sensi dell'art. 57, comma 3, lett. b), la procedura negoziata è consentita, solo per appalti di forniture, nel caso di consegne complementari effettuate dal fornitore originario e destinate al rinnovo parziale di forniture o di impianti di uso corrente o all'ampliamento di forniture o impianti esistenti, qualora il cambiamento di fornitore obbligherebbe la stazione appaltante ad acquistare materiali con caratteristiche tecniche differenti, il cui impiego o la cui manutenzione comporterebbero incompatibilità o difficoltà tecniche sproporzionate.

Il presupposto per l'acquisizione di forniture complementari a procedura negoziata senza pubblicazione di bando di gara - senza la consultazione di almeno tre operatori economici - ricorre nel caso in cui il cambiamento di fornitore, che si avrebbe con l'indizione di una nuova procedura di gara, obbligherebbe la stazione appaltante ad acquisire beni aventi caratteristiche tecniche differenti da quelli acquisiti in precedenza il cui utilizzo o la cui manutenzione determinerebbero delle incompatibilità con i beni già in possesso dell'amministrazione o comunque delle difficoltà tecniche sproporzionate per rendere i beni, da usare congiuntamente, compatibili tra loro.

Lo scopo della previsione è dunque quello di evitare che l'imposizione di una procedura di

gara per acquisire una nuova fornitura, necessaria a sostituire parte della precedente fornitura o ad ampliarla per sopravvenute esigenze dell'amministrazione, possa rendere inutilizzabili i prodotti e beni acquistati precedentemente e quindi obblighi la stazione appaltante al rinnovo totale anche dei prodotti ancora utilizzabili.

Tuttavia, a tutela del principio della libera concorrenza degli appalti, tale possibilità, è consentita entro un determinato limite di tempo. Il Codice prevede infatti che la durata di tali contratti e dei contratti rinnovabili non possa complessivamente di regola superare i tre anni. Appare, pertanto, opportuno non superare la durata massima dei tre anni ed in ogni caso fornire adeguata motivazione nell'ipotesi in cui si dovessero rendere necessari affidamenti superiori globalmente al triennio.



Le differenze tra contratti di fornitura e contratti di servizi

Il Codice prevede l'esperimento della procedura negoziata per le forniture complementari e per il rinnovo di forniture in una medesima disposizione. Nel caso di contratti di servizi, di contro, la previsione è associata a due distinte ipotesi e diversi presupposti.

C) Forniture quotate e acquistate in una borsa di materie prime.

Ai sensi dell'art. 57, comma 3, lett. c) la procedura negoziata è consentita per forniture quotate e acquistate in una borsa di materie prime. Il Codice, riprendendo le ipotesi contemplate nella Direttiva comunitaria n. 18/2004, introduce tale nuova ipotesi di procedura negoziata.

D) Acquisto di forniture a condizioni particolarmente vantaggiose.

laramente vantaggiose.

Ai sensi dell'art. 57, comma 3, lett. d), la procedura negoziata è consentita per l'acquisto di forniture a condizioni particolarmente vantaggiose, da un fornitore che cessa definitivamente l'attività commerciale oppure dal curatore o liquidatore di un fallimento, di un concordato preventivo, di una liquidazione coatta amministrativa, di un'amministrazione straordinaria di grandi imprese.

Si è in presenza di una deroga, nell'ottica di economia delle risorse, al principio generale secondo il quale i soggetti che si trovano in stato di fallimento, di liquidazione coatta o di concordato preventivo non possono partecipare alle procedure di gara e quindi risultare aggiudicatari di un appalto pubblico.

Come detto i presupposti per l'acquisizione di forniture a procedura negoziata sono quindi due:

- che l'acquisto avvenga a condizioni particolarmente vantaggiose;
- che il fornitore con il quale negoziare sia un soggetto che cessa definitivamente l'attività commerciale oppure dal curatore o liquidatore di un fallimento, di un concordato preventivo, di una liquidazione coatta amministrativa, di un'amministrazione straordinaria di grandi imprese.

Quanto al primo presupposto si ritiene che le condizioni vantaggiose si riferiscano innanzitutto al prezzo di acquisto, donde la necessità che la stazione svolga un'indagine in tal senso. La particolare vantaggiosità non si sostanzia in una competitività del prezzo: è infatti necessario che il prezzo sia indubbiamente inferiore al miglior prezzo di mercato ed a parità di condizioni tecniche.

Quanto al secondo presupposto è necessario che la cessazione dell'attività sia rilevabile da un

atto giuridico di fallimento, di messa in liquidazione, anche volontaria, di concordato o di amministrazione straordinaria, da cui scaturiscono effetti giuridici.

3.3. Le ulteriori ipotesi di procedura negoziata per gli appalti di servizi

Nei contratti pubblici relativi a servizi, la procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara è inoltre consentita nei seguenti casi.

A) Servizi complementari.

Ai sensi dell'art. 57, comma 5, lett. a), negli appalti pubblici relativi a servizi la procedura negoziata è consentita per i servizi complementari, non compresi nel progetto iniziale né nel contratto iniziale, che, a seguito di una circostanza imprevista, sono divenuti necessari all'esecuzione del servizio oggetto del contratto iniziale, purché aggiudicati all'operatore economico che presta tale servizio.

Affinché la procedura negoziata sia consentita il Codice stabilisce che dovranno sussistere le seguenti condizioni:

- che i servizi complementari non possano essere separati, sotto il profilo tecnico o economico, dai servizi previsti nel contratto iniziale, senza recare gravi inconvenienti alla stazione appaltante, ovvero che, pur essendo separabili dall'esecuzione del contratto iniziale, siano strettamente necessari al suo perfezionamento;
- che il valore complessivo stimato dei contratti aggiudicati per servizi complementari non superi il cinquanta per cento dell'importo del contratto iniziale.

B) Ripetizione di servizi analoghi.

Ai sensi dell'art. 57, comma 5, lett. b), negli

appalti pubblici relativi a servizi la procedura negoziata è consentita per nuovi servizi consistenti nella ripetizione di servizi analoghi già affidati all'operatore economico aggiudicatario del contratto iniziale dalla medesima stazione appaltante.

Le condizioni affinché la stazione appaltante possa negoziare l'affidamento dei servizi sono che:

- tali servizi siano conformi a un progetto di base che sia stato oggetto di un primo contratto aggiudicato secondo una procedura aperta o ristretta;
- la possibilità del ricorso alla procedura negoziata senza bando sia stata indicata nel bando relativo all'appalto originario;
- la stazione appaltante abbia computato l'importo complessivo stimato dei servizi successivi per la determinazione del valore globale del contratto, ai fini della verifica delle soglie di rilevanza comunitaria, per decidere se svolgere una gara sopra o sotto soglia comunitaria.

In merito alla circostanza che la stazione appaltante indichi nel bando di gara la possibilità di ricorrere a procedura negoziata senza bando di gara va detto che ciò non la obbligherà ad affidare necessariamente i nuovi servizi allo stesso soggetto aggiudicatario della originaria gara. Essa rimane una facoltà della stazione appaltante che in vista della scadenza del primo contratto valuterà l'opportunità o meno di negoziare con l'originario contraente, il quale non potrà vantare alcun diritto qualora la stazione appaltante decida di indire una nuova gara.

Da ciò ne discende che:

- nel caso in cui il contratto originario sia di durata superiore ai tre anni non si avrà la facoltà di ricorrere alla procedura negoziata;
- la negoziazione con l'originario contraente può avvenire una sola volta, perché quella

successiva non deriverebbe più da un primo contratto aggiudicato secondo una procedura aperta o ristretta. Non si ritiene quindi di poter condividere l'operato di un'amministrazione che volesse effettuare delle negoziazioni annuali con un limite di tre anni.



Sui requisiti di partecipazione

Nella prima gara ordinaria nella quale la stazione appaltante intende indicare nel bando la possibilità del ricorso alla procedura negoziata senza bando per l'affidamento di nuovi servizi consistenti nella ripetizione dei servizi analoghi, se da una parte, ai fini della verifica delle soglie, il valore dell'appalto deve essere determinato anche computando il valore degli eventuali servizi analoghi, dall'altra i requisiti di partecipazione devono essere determinati in ragione e proporzionalmente ai servizi che effettivamente si intendono affidare con la gara.

Il Giudice amministrativo, al riguardo, ha avuto modo di affermare che, diversamente operando, si darebbe luogo ad una restrizione del possibile novero dei partecipanti contraria al principio di proporzionalità, poiché i requisiti di ammissione verrebbero a risultare inaspriti in funzione di un innalzamento dell'importo della gara che è invece solo eventuale (Cons. St., Sez. V, Sent., 11 maggio 2009, n. 2882).

È comunque evidente che la successiva negoziazione, dovrà e potrà aver luogo, solo previa verifica del possesso dei requisiti necessari per dimostrare la competenza ad eseguire i nuovi servizi.



Sulla differenza tra rinnovo contrattuale e l'ipotesi di ripetizione di servizi analoghi

Giova evidenziare che, stante l'eliminazione della facoltà di provvedere al rinnovo dei contratti di appalti pubblici di servizi e forniture ex art. 6, comma 2, della legge 24 dicembre 1993, n. 537 - a seguito dell'abrogazione della predetta norma disposta dall'art. 23 della legge comunitaria n. 62 del 2005 per far fronte ad una procedura di infrazione comunitaria per incompatibilità della predetta facoltà con i principi comunitari di tutela della concorrenza - il giudice amministrativo ha ritenuto

che il divieto di rinnovo dei contratti debba avere una valenza generale donde la conseguenza che la disposizione che consente di affidare a procedura negoziata nuovi servizi consistente nella ripetizione di servizi analoghi (già contenuta nell'art. 7, comma 2, lett. f), del D.Lgs. n. 157 del 1995) debba essere interpretata in senso restrittivo cioè al fine di evitare che questa possa risolversi in uno strumento per aggirare l'ormai pacifico divieto di rinnovo (Cons. St., Sez. IV, 31 ottobre 2006, n. 6458).

La procedura negoziata per affidamento di nuovi servizi consistenti nella ripetizione di servizi analoghi si differenzia dall'abrogata facoltà di rinnovo in quanto si concretizza in una particolare ipotesi di rinnovo, cioè in virtù:

- della regola secondo cui nel bando relativo all'appalto originario della prima gara deve indicarsi la possibilità del ricorso alla procedura negoziata, di modo che tutti i potenziali partecipanti alla competizione siano messi a conoscenza della chance dell'ulteriore affidamento in caso di aggiudicazione;
- della regola secondo cui la stazione appaltante deve calcolare l'importo complessivo stimato dei servizi successivi per la determinazione del valore globale del contratto, ai fini della verifica delle soglie di rilevanza comunitaria, onde evitare che un affidamento di rilevanza comunitaria sia aggiudicato senza ricorrere ad una gara comunitaria.

Peraltro di recente il Consiglio di Stato ha evidenziato come:

- l'istituto del rinnovo (vietato) e la ripetizione dei servizi analoghi (ammessa a determinate condizioni) siano istituti differenti e non sovrapponibili;
- il rinnovo del contratto si sostanzia nella riedizione del rapporto pregresso (generalmente in virtù di una clausola già contenuta nella relativa disciplina), la ripetizione di servizi analoghi postula una nuova aggiudicazione (sia pure in forma negoziata) in base ad un progetto di base;
- il rinnovo risulta applicabile a qualsiasi rapporto e comporta una ripetizione delle prestazioni per una durata pari a quella originariamente fissata nel contratto rinnovato;
- la ripetizione dei servizi analoghi comporta un nuovo e diverso vincolo contrattuale, con un diverso oggetto.

In conclusione l'art. 57 del Codice non fonda una nuova ipotesi di generale rinnovabilità dei contratti di servizi consistente nella ripetizione di servizi analoghi a quelli affidati all'esito di una gara, ma si riferisce soltanto ad eventuali esigenze di servizi analoghi (distinti dai servizi complementari) sopravvenute nel triennio successivo alla stipula del contratto.

In sostanza il Consiglio di Stato ha affermato che con la

disposizione di cui all'art. 57 del Codice non è stata reintrodotta una generalizzata facoltà di rinnovo contrattuale, e che l'introdotta facoltà di affidamento di nuovi servizi consistenti nella ripetizione di servizi analoghi è consentita solo al ricorrere di determinate condizioni. Tuttavia con riguardo all'interpretazione restrittiva del Consiglio di Stato secondo la quale i nuovi servizi analoghi debbano soddisfare sopravvenute esigenze dell'amministrazione non sussistenti al momento dell'originario contratto, condizione non espressamente richiesta nella disposizione dell'art. 57, comma 5, lett. b), ciò può essere condivisibile se tale assunto vuol intendere che la stazione appaltante possa previamente lasciarsi la facoltà di negoziare con l'aggiudicatario della prima gara l'affidamento di nuovi servizi di cui potrà, potenzialmente, aver bisogno. Laddove invece si volesse ritenere che le sopravvenute esigenze dell'amministrazione debbano intendersi quali necessità imprevedute allora si imporrebbe una condizione non contemplata dal legislatore. È evidente che se quest'ultimo avesse voluto subordinare la negoziazione a esigenze sopravvenute e non imprevedute lo avrebbe espressamente previsto, come ad esempio per il caso di servizi complementari. Non solo mentre per questi ultimi, proprio perché divenuti necessari a seguito di circostanze imprevedute non ne viene richiesta la menzione nel bando iniziale, per l'affidamento dei nuovi servizi analoghi il presupposto è quello di indicare la facoltà nel bando, perché l'amministrazione può prevedere che sorga l'esigenza di acquisire nuovi servizi.

3.4 Le regole della negoziazione

L'art. 57, comma 6, definisce le fasi in cui deve articolarsi la negoziazione.

Esso stabilisce che, ove possibile, la stazione appaltante individua gli operatori economici da consultare sulla base di informazioni riguardanti le caratteristiche di qualificazione economico-finanziaria e tecnico-organizzativa desunte dal mercato.

È evidente che l'onere di procedere all'invito di almeno tre soggetti non può riguardare le ipotesi di procedura negoziata che consentono la negoziazione con un soggetto già individuato. È il caso, ad esempio, della negoziazione con l'unico operatore determinato o con il precedente

aggiudicatario in caso di forniture complementari, servizi complementari o nuovi servizi consistenti nella ripetizione di servizi analoghi.

L'individuazione degli operatori economici deve essere svolta nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza, rotazione.



Sulla discrezionalità dell'amministrazione nella scelta dei soggetti da invitare alla negoziazione

Come ricordato, l'art. 57, comma 6, del Codice impone alla stazione appaltante di invitare alla procedura negoziata almeno tre operatori economici, se sul mercato sussistono in tale numero soggetti idonei. Tale disposizione è volta a garantire un minimo di concorrenzialità in una procedura che comunque resta derogatoria delle ordinarie procedure di gara e dunque non vincola l'amministrazione alle rigide regole poste per le gare aperte e ristrette.

Si pone dunque il problema del comportamento che la stazione appaltante deve tenere nel caso in cui siano presenti sul mercato soggetti che, seppure non invitati direttamente dalla stazione appaltante, manifestino interesse a partecipare alla negoziazione. A tale riguardo occorre far riferimento a quanto espresso dalla giurisprudenza:

- nella procedura negoziata senza pubblicazione di bando non sussiste un obbligo per l'amministrazione di trattare con chiunque ne faccia richiesta, atteso che tale tipo di procedura consente all'amministrazione di invitare un numero ristretto di imprese;
- è ragionevole la scelta di un'amministrazione di non invitare l'impresa che gestiva il servizio nell'ipotesi in cui la procedura negoziata sia svolta immediatamente per effetto dell'avvenuta risoluzione per inadempimento nei confronti di tale impresa (Cons. St., Sez. V, 19 maggio 2009, n. 3080);
- in una procedura negoziata per il caso di urgenza la conclusione del giudice amministrativo, in ordine all'illegittimità della procedura medesima per non aver la stazione appaltante adeguatamente giustificato la sua scelta, è stata avvalorata dal fatto che la stazione appaltante, ancorché avesse avuto notizia della possibilità di estendere il confronto concorrenziale ad altra impresa, stante la espressa richiesta di partecipazione, abbia respinto tale richiesta sostanzialmente senza motivazione (Cons. St., Sez. VI, 16 ottobre 2008, n. 5023).

La stazione appaltante deve invitare contemporaneamente tutti gli operatori economici che ha selezionato a presentare le offerte oggetto della negoziazione. La relativa lettera di invito contiene gli elementi essenziali della prestazione richiesta, i requisiti di qualificazione ed il criterio di aggiudicazione dell'appalto.

La stazione appaltante ha facoltà di aggiudicare l'appalto all'operatore economico che ha offerto le condizioni più vantaggiose, secondo il criterio del prezzo più basso o dell'offerta economicamente più vantaggiosa. In tale ultimo caso nella lettera d'invito deve indicare anche i criteri di valutazione dell'offerta.

Quanto ai requisiti di qualificazione la stazione appaltante è tenuta a chiedere gli stessi requisiti di qualificazione previsti per l'affidamento di contratti di uguale importo mediante procedura aperta, ristretta, o negoziata previo bando.

4. Limiti al ricorso alla procedura negoziata: analisi di casi

Sul ricorso alla procedura negoziata la casistica è varia. Di seguito si forniscono alcuni esempi paradigmatici che ricorrono con maggiore frequenza.



Sulla procedura negoziata per l'ipotesi di estrema urgenza

Un'amministrazione bandiva una gara a procedura aperta per la fornitura dei servizi di copertura assicurativa dei propri veicoli. La procedura, secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, prevedeva l'attribuzione di 8 punti per l'offerta tecnica e 92 punti per l'offerta economica; in particolare i punti relativi all'offerta economica sarebbero stati attribuiti in base ad una formula matematica per attribuire rilevanza a tutti i tipi di assicurazione oggetto della gara.

A seguito dell'aggiudicazione la stazione appaltante, in autotutela, nell'annullare la procedura di gara, con la

motivazione che l'applicazione della formula per l'attribuzione del punteggio economico comportava l'alterazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, provvedeva ad indire una procedura negoziata senza bando per il medesimo servizio.

Il giudice adito da un concorrente alla prima procedura, riteneva illegittimo il ricorso alla procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara in mancanza dei presupposti previsti dalla legge.

Nel caso di specie, la stazione appaltante, nella lettera di invito aveva giustificato il ricorso alla procedura negoziata senza bando in relazione alla estrema urgenza stante la necessità della stipulazione dei contratti di assicurazione entro il 31 dicembre dell'anno.

Il giudice ha ritenuto che tale motivazione non fosse adeguata in quanto tale circostanza era non solo prevedibile, ma anche evitabile con la semplice conclusione della procedura aperta inizialmente bandita. In particolare il giudice ha ritenuto che l'erronea individuazione della formula per l'attribuzione del punteggio economico non potesse essere considerata una circostanza imprevedibile, né non imputabile alla stazione appaltante. Peraltro, una consulenza tecnica richiesta nel giudizio, rilevava come la seconda formula predisposta dalla stazione appaltante non costituiva una correzione necessaria e immediata di una formula adottata per errore, ma derivava da una nuova e diversa scelta della stazione appaltante di considerare alcune circostanze di fatto relative all'oggetto del contratto assicurativo più o meno rilevanti (Cons. St., Sez. V, 11 maggio 2009, n. 2882).

Sulla procedura negoziata per l'ipotesi di unico operatore economico disponibile sul mercato: due casi a confronto

Un'impresa proponeva ricorso per l'annullamento dell'affidamento a procedura negoziata della fornitura di un sistema di telegestione e di risparmio energetico sugli impianti di illuminazione pubblica comunale.

La ricorrente riteneva si fosse violato l'art. 57, comma 2, lett. b) per illegittimità dei presupposti di legge in virtù dei quali l'amministrazione aveva affidato l'appalto ad un unico operatore.

Il giudice amministrativo riteneva infondato il ricorso atteso che nell'ampia motivazione contenuta nell'atto impugnato veniva dato effettivamente conto dell'esistenza dei presupposti di legge. Secondo il TAR l'amministrazione aveva esposto gli obiettivi desiderati, i mezzi per ottenerli e le possibilità offerte dal mercato, indicando infine i diritti brevettuali che giustificano l'attribuzione

dell'appalto direttamente ad un operatore individuato. In virtù della disponibilità dei brevetti di cui era titolare l'aggiudicataria, risultava l'unica interlocutrice per la fornitura di un sistema di telecontrollo e di telegestione in grado di garantire gli obiettivi fissati dall'amministrazione, rappresentati dal conseguimento di risparmi energetici e manutentivi e, contestualmente, dalla possibilità di integrare nella rete pubblica di illuminazione una rete informativa. Il giudice amministrativo ha peraltro rilevato come l'impresa ricorrente non avesse dato alcuna prova dell'esistenza di un sistema alternativo che potesse soddisfare le esigenze pubbliche estemate nella delibera comunale e della disponibilità di un sistema del genere da parte della stessa ricorrente.

In conclusione il TAR ha ritenuto legittimo l'affidamento a procedura negoziata (TAR Puglia, Lecce, 29 gennaio 2010, n. 372).

La pronuncia del TAR Puglia va messa a confronto con un'altrettanto recente pronuncia, di opposto orientamento, del TAR Emilia Romagna, che si è parimenti occupata di decidere sulla legittimità di un affidamento a procedura negoziata del servizio e fornitura inerente una proposta

tecnica di installazione, telecontrollo e risparmio energetico impianti di pubblica illuminazione, giungendo tuttavia a conclusioni opposte.

Il TAR emiliano ha rilevato che dalla documentazione in atti non sembrava potersi escludere a priori che un sistema di telecontrollo e di risparmio energetico proposto dalla ricorrente non rappresentava un'alternativa rispetto a quello proposto dall'affidataria. Ciò in considerazione del fatto che la ricorrente forniva una perizia tecnica dalla quale risultava che il proprio sistema sarebbe stato in grado di soddisfare le richieste della stazione appaltante al pari del sistema del concorrente, e che l'affidatario contro interessata, per dimostrare le peculiarità del proprio sistema, aveva prodotto una relazione contenente una comparazione tecnica fra i due sistemi. A giudizio del TAR entrambi i documenti dimostravano che non fosse possibile escludere, a priori da parte della stazione appaltante, che la ricorrente non operasse in diretta concorrenza con altre imprese del mercato nazionale ed europeo, come l'affidataria.

In considerazione di ciò, doveva, pertanto, ritenersi necessario un confronto competitivo fra i due sistemi (TAR Emilia Romagna, Bologna, 31 luglio 2009, n. 1107).

Gli obblighi di informazione dei concorrenti

Gli obblighi di informazione dei concorrenti

(Teresa Felicetti)

1. Le comunicazioni in ordine ai mancati inviti, alle esclusioni ed all'aggiudicazione

Il Codice prevede una serie di obblighi di trasparenza e di informazione a carico delle stazioni appaltanti nei confronti degli operatori economici che concorrono all'aggiudicazione di un appalto. Oggetto di tali obblighi sono le attività che la stazione appaltante svolge nel corso della procedura di gara e che intercettano i diritti, gli interessi e le aspettative dei concorrenti.

In particolare l'art. 79 del Codice prevede che le stazioni appaltanti debbano fornire ai concorrenti comunicazioni in ordine ai mancati inviti, alle esclusioni ed all'aggiudicazione della gara.

La norma in esame prevede che alcune delle informazioni e delle comunicazioni ivi indicate siano rese su richiesta della parte interessata, mentre altre siano rese d'ufficio dalla stazione appaltante.

1.1. Le comunicazioni rese su istanza di parte

1.1.1. IL CONTENUTO

L'art. 79, comma 1, del Codice prevede che, su richiesta della parte interessata, le stazioni appaltanti informano tempestivamente i candidati e gli offerenti:

- delle decisioni prese relativamente alla conclusione di un accordo quadro, all'aggiudicazione di un appalto o all'ammissione ad un sistema dinamico di acquisizione;
- dei motivi della decisione di non concludere un accordo quadro, ovvero di non aggiudicare un appalto per il quale è stata indetta una gara, ovvero di riavviare la procedura, ovvero di non attuare un sistema dinamico di acquisizione.

L'art. 79, comma 2, del Codice prevede, inoltre, che le stazioni appaltanti comunicano:

- ad ogni candidato escluso i motivi del rigetto

della candidatura;

- ad ogni offerente escluso i motivi del rigetto della sua offerta, inclusi, per i casi di cui all'art. 68, commi 4 e 7, i motivi della decisione di non equivalenza o della decisione secondo cui i lavori, le forniture o i servizi non sono conformi alle prestazioni o ai requisiti funzionali;
- ad ogni offerente che abbia presentato un'offerta selezionabile, le caratteristiche ed i vantaggi dell'offerta selezionata e il nome dell'offerente cui è stato aggiudicato il contratto o delle parti dell'accordo quadro.

1.1.2. LE MODALITÀ DI COMUNICAZIONE

Ai sensi dell'art. 79, comma 3, le informazioni di cui al paragrafo precedente sono fornite:

- su richiesta scritta della parte interessata;
- per iscritto;
- il prima possibile e comunque non oltre quindici giorni dalla ricezione della domanda scritta.

1.1.3. LIMITAZIONI AGLI OBBLIGHI DI COMUNICAZIONE

L'art. 79, comma 4, prevede che le stazioni appaltanti possano motivatamente omettere talune informazioni relative all'aggiudicazione dei contratti, alla conclusione di accordi quadro o all'ammissione ad un sistema dinamico di acquisizione, di cui al comma 1 del medesimo articolo, qualora la loro diffusione ostacoli l'applicazione della legge, sia contraria all'interesse pubblico, pregiudichi i legittimi interessi commerciali di operatori economici, pubblici o privati o dell'operatore economico cui è stato aggiudicato il contratto, oppure possa recare pregiudizio alla leale concorrenza tra questi.

1.2. Le comunicazioni rese d'ufficio

La disciplina relativa alle comunicazioni che la stazione appaltante deve rendere d'ufficio è sta-

ta di recente modificata ed integrata ad opera del D.Lgs. 20 marzo 2010, n. 53.

1.2.1. IL CONTENUTO

La stazione appaltante è in ogni caso tenuta a comunicare d'ufficio, ai sensi dell'art. 79, comma 5, del Codice:

- l'aggiudicazione definitiva tempestivamente, e comunque entro un termine non superiore a cinque giorni, all'aggiudicatario, al concorrente che segue nella graduatoria, a tutti i candidati che hanno presentato un'offerta ammessa in gara, a coloro la cui candidatura o offerta siano state escluse, se hanno proposto impugnazione avverso l'esclusione, o sono in termini per presentare detta impugnazione, nonché a coloro che hanno impugnato il bando o la lettera di invito, se dette impugnazioni non siano state ancora respinte con pronuncia giurisdizionale definitiva; va peraltro ricordato che, ai sensi dell'art. 11, comma 10, del Codice, il contratto, salvo le eccezioni di legge previste nel medesimo art. 11, non può essere stipulato prima di trentacinque giorni dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione definitiva ai sensi dell'art. 79;
- l'esclusione dalla procedura tempestivamente e comunque entro un termine non superiore a cinque giorni dalla determinazione di esclusione;
- la decisione di non aggiudicare un appalto ovvero di non concludere un accordo quadro;
- la data di avvenuta stipulazione del contratto con l'aggiudicatario, tempestivamente e comunque entro un termine non superiore a cinque giorni, all'aggiudicatario, al concorrente che segue nella graduatoria, a tutti i candidati che hanno presentato un'offerta am-

messa in gara, a coloro la cui candidatura o offerta siano state escluse se hanno proposto impugnazione avverso l'esclusione, o sono in termini per presentare detta impugnazione, nonché a coloro che hanno impugnato il bando o la lettera di invito, se dette impugnazioni non siano state ancora respinte con pronuncia giurisdizionale definitiva.

Ai sensi dell'art. 79, comma 5-ter, le comunicazioni dell'aggiudicazione definitiva e dell'esclusione indicano la data di scadenza del termine dilatorio per la stipulazione del contratto.



L'AVCP con Determinazione 10 gennaio 2008, n. 1 ha, tra l'altro, stabilito che al fine di consentire la completa tutela degli interessi dell'operatore economico la stazione appaltante:

- deve notificare all'operatore economico, ai sensi dell'art. 79 del Codice, il provvedimento di esclusione dello stesso dalla gara, precisando che detto provvedimento è congiuntamente comunicato all'AVCP per l'inserimento del dato nel Casellario informatico;
- deve informare l'operatore economico circa le comunicazioni inoltrate all'AVCP sulle notizie relative agli operatori economici che non hanno comportato l'esclusione, relativamente a violazioni, anche non gravi, in materia di sicurezza e ad ogni altro obbligo derivante dai rapporti di lavoro, di cui la stazione appaltante sia venuta a conoscenza nel corso della gara;
- deve informare l'operatore economico circa le comunicazioni inoltrate all'AVCP sui fatti riguardanti la fase di esecuzione dei contratti di servizi e forniture da annotare nel Casellario.

1.2.2. LE MODALITÀ DI COMUNICAZIONE

Le comunicazioni obbligatoriamente rese d'ufficio, ai sensi dell'art. 79, comma 5-bis:

- sono fatte per iscritto, con lettera raccomandata con avviso di ricevimento o mediante notificazione o mediante posta elettronica certificata ovvero mediante fax, se l'utilizzo

di quest'ultimo mezzo è espressamente autorizzato dal concorrente, al domicilio eletto o all'indirizzo di posta elettronica o al numero di fax indicato dal destinatario in sede di candidatura o di offerta; la medesima disposizione prevede altresì che nel caso di invio a mezzo posta o notificazione, sia data contestualmente notizia dell'avvenuta spedizione al destinatario mediante fax o posta elettronica, anche non certificata, al numero di fax ovvero all'indirizzo di posta elettronica indicati in sede di candidatura o di offerta;

- sono accompagnate dal provvedimento adottato dalla stazione appaltante e dalla relativa motivazione contenente almeno gli elementi di cui all'art. 79, comma 2, lettera c), ossia le caratteristiche e i vantaggi dell'offerta selezionata e il nome dell'offerente cui è stato aggiudicato il contratto o delle parti dell'accordo quadro, fatta salva la possibilità di omettere talune informazioni qualora la loro diffusione ostacoli l'applicazione della legge, sia contraria all'interesse pubblico, pregiudichi i legittimi interessi commerciali di operatori economici pubblici o privati o dell'operatore economico cui è stato aggiudicato il contratto, oppure possa recare pregiudizio alla leale concorrenza tra questi.

La disposizione in esame prevede altresì ulteriori modalità di comunicazione relativamente ai singoli atti della stazione appaltante:

- l'onere di comunicazione dell'aggiudicazione definitiva, dell'esclusione, ai candidati e agli offerenti esclusi, nonché della decisione di non aggiudicare un appalto ovvero di non concludere un accordo quadro, può essere assolto mediante l'invio dei verbali di gara;
- l'onere di comunicazione della data di avvenuta stipulazione del contratto con l'aggiudicatario, può essere assolto mediante richiamo

alla motivazione relativa al provvedimento di aggiudicazione definitiva, se già inviata;

- la comunicazione dell'aggiudicazione definitiva e quella della stipulazione, e la notizia della spedizione sono, rispettivamente, spedita e comunicata nello stesso giorno a tutti i destinatari, salva l'oggettiva impossibilità di rispettare tale contestualità a causa dell'elevato numero di destinatari, della difficoltà di reperimento degli indirizzi, dell'impossibilità di recapito della posta elettronica o del fax a taluno dei destinatari, o altro impedimento oggettivo e comprovato.

Le comunicazioni andranno inviate al domicilio eletto dal concorrente. A tal proposito l'art. 79, comma 5-quinquies, del Codice prevede che il bando o l'avviso con cui si indice la gara o l'invito nelle procedure senza bando fissano l'obbligo del candidato o concorrente di indicare, all'atto di presentazione della candidatura o dell'offerta, il domicilio eletto per le comunicazioni; nella medesima disposizione è altresì previsto che il bando o l'avviso possono obbligare il candidato o concorrente a indicare l'indirizzo di posta elettronica o il numero di fax al fine dell'invio delle comunicazioni.

2. L'avviso volontario per la trasparenza preventiva

L'art. 3 del D.Lgs. 20 marzo 2010, n. 53 ha inserito nel Codice l'art. 79-bis che disciplina l'avviso volontario per la trasparenza preventiva. Tale adempimento è diretto a garantire una sempre maggiore tutela del principio di trasparenza nella materia degli appalti pubblici. A tal fine la disposizione in esame prevede che le stazioni appaltanti debbano dare pubblicità di tutte le procedure negoziate senza bando e di tutti gli affidamenti diretti ed in economia, ossia di tutte le procedure che non prevedono un bando di

gara.

L'avviso in questione deve contenere:

- la denominazione ed il recapito della stazione appaltante;
- la descrizione dell'oggetto del contratto;
- la motivazione della decisione della stazione appaltante di affidare il contratto senza la previa pubblicazione di un bando di gara nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea o nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, rispettivamente per i contratti di rilevanza comunitaria e per quelli sotto soglia;
- denominazione e recapito dell'operatore economico a favore del quale è avvenuta l'aggiudicazione definitiva;
- se del caso, qualunque altra informazione ritenuta utile dalla stazione appaltante.

Il formato dell'avviso volontario per la trasparenza preventiva è stabilito, per i contratti di rilevanza comunitaria, dalla Commissione europea secondo la procedura di consultazione di cui all'art. 3-ter, paragrafo 2, della direttiva 89/665/CE e di cui all'art. 3-ter, paragrafo 2, della direttiva 92/13/CE.

L'adozione dell'avviso volontario per la trasparenza preventiva risulta rilevante anche con riferimento alle ipotesi di inefficacia del contratto in caso di gravi violazioni. A tal proposito infatti l'art. 245-bis, comma 5, del Codice, introdotto dal D.Lgs. 20 marzo 2010, n. 53, prevede che l'inefficacia del contratto - prevista nelle ipotesi in cui l'aggiudicazione definitiva è avvenuta senza previa pubblicazione del bando o avviso con cui si indice una gara, ovvero con procedura negoziata senza bando o con affidamento in economia fuori dai casi consentiti e questo abbia determinato l'omissione della pubblicità del bando o avviso con cui si indice una gara - non trovi applicazione quando la stazione appaltante abbia posto in essere la seguente procedura:

- abbia con atto motivato anteriore all'avvio della procedura di affidamento dichiarato di ritenere che la procedura senza previa pubblicazione del bando o avviso con cui si indice una gara nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea ovvero nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana sia consentita dal Codice;
- abbia pubblicato, rispettivamente per i contratti di rilevanza comunitaria e per quelli sotto soglia, nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea ovvero nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana un avviso volontario per la trasparenza preventiva ai sensi dell'art. 79-bis, in cui manifesta l'intenzione di concludere il contratto;
- il contratto non sia stato concluso prima dello scadere di un termine di almeno dieci giorni decorrenti dal giorno successivo alla data di pubblicazione del suddetto avviso.

3. La pubblicità successiva alla gara

3.1. L'avviso sui risultati della procedura di affidamento (c.d. avviso di post-informazione)

La stazione appaltante è tenuta a dare pubblicità dell'esito della procedura di gara con cui viene aggiudicato un appalto pubblico ovvero viene concluso un accordo quadro. Tale adempimento, ai sensi dell'art. 65 del Codice:

- si sostanzia nell'invio di un avviso relativo ai risultati della procedura di aggiudicazione;
- deve essere espletato entro quarantotto giorni dall'aggiudicazione del contratto o dalla conclusione dell'accordo quadro.

3.1.1. CONTENUTO

Ai sensi dell'art. 65, comma 5, del Codice, l'avviso sui risultati della procedura di affidamento deve contenere gli elementi indicati nel Codice,

le informazioni di cui all'allegato IX A e ogni altra informazione ritenuta utile, secondo il formato dei modelli di formulari adottati dalla Commissione Europea.



Allegato IX A del Codice **Avviso relativo agli appalti aggiudicati**

1. Nome e indirizzo dell'amministrazione aggiudicatrice.
2. *Procedura di aggiudicazione prescelta; nel caso di procedura negoziata non preceduta da pubblicazione di un bando di gara, motivazione del ricorso a tale procedura.*
3. *Appalti pubblici di lavori: natura ed entità delle prestazioni, caratteristiche generali dell'opera.*
Appalti pubblici di forniture: natura e quantità dei prodotti forniti, eventualmente, per fornitore; numero di riferimento della nomenclatura.
Appalti pubblici di servizi: categoria del servizio e sua descrizione; numero di riferimento della nomenclatura; quantità di servizi oggetto della commessa.
4. *Data di aggiudicazione dell'appalto.*
5. *Criteri di aggiudicazione dell'appalto.*
6. *Numero di offerte ricevute.*
7. Nome e indirizzo dell'aggiudicatario o degli aggiudicatari.
8. *Prezzo o gamma di prezzi (minimo/massimo) pagati.*
9. *Valore dell'offerta (o delle offerte) cui è stato aggiudicato l'appalto o offerta massima e offerta minima prese in considerazione ai fini di tale aggiudicazione.*
10. *Se del caso, valore e parte del contratto che può essere subappaltato a terzi.*
11. *Data di pubblicazione del bando di gara in conformità alle specifiche tecniche di pubblicazioni indicate nell'allegato X.*
12. *Data d'invio del presente avviso.*
13. *Nome ed indirizzo dell'organo competente per le procedure di ricorso e, se del caso, di mediazione. Precisioni quanto ai termini per l'introduzione di ricorsi o, se del caso, nome, indirizzo, numero di telefono e di fax, nonché indirizzo elettronico del servizio presso il quale si possono richiedere tali informazioni.*

cazione del contratto o alla conclusione dell'accordo quadro possano essere omesse qualora:

- la loro divulgazione ostacoli l'applicazione della legge;
- sia contraria all'interesse pubblico;
- pregiudichi i legittimi interessi commerciali di operatori economici pubblici o privati;
- possa recare pregiudizio alla concorrenza leale tra questi.

3.1.2. LE MODALITÀ DI PUBBLICAZIONE

Ai sensi dell'art. 65, comma 1, del Codice, l'avviso sui risultati della procedura deve essere pubblicato con le modalità di cui all'art. 66 del Codice, che disciplina le modalità di pubblicazione degli avvisi e dei bandi.

3.1.3. IPOTESI PARTICOLARI

L'art. 65 del Codice prevede una disciplina peculiare in tema di avviso sui risultati dell'affidamento dell'appalto in caso di:

- accordi quadro: ai sensi del comma 2, le stazioni appaltanti sono esentate dall'invio di un avviso in merito ai risultati della procedura di aggiudicazione di ciascun appalto basato su tale accordo;
- appalti basati su un sistema dinamico di acquisizione: ai sensi del comma 3, le stazioni appaltanti inviano un avviso relativo al risultato dell'aggiudicazione entro quarantotto giorni dall'aggiudicazione di ogni appalto. Esse possono tuttavia raggruppare detti avvisi su base trimestrale. In tal caso, esse inviano gli avvisi raggruppati al più tardi quarantotto giorni dopo la fine di ogni trimestre;
- appalti pubblici di servizi elencati nell'allegato II B (servizi alberghieri e di ristorazione, servizi di trasporto per ferrovia e per via d'acqua, servizi di supporto e sussidiari

La norma in esame prevede altresì, al comma 6, che talune informazioni relative all'aggiudi-

per il settore dei trasporti, servizi legali, servizi di collocamento e reperimento di personale, esclusi i contratti di lavoro, servizi di investigazione e di sicurezza, eccettuati i servizi con furgoni blindati, servizi relativi all'istruzione, anche professionale, servizi sanitari e sociali, servizi ricreativi, culturali e sportivi): ai sensi del comma 4, le stazioni appaltanti indicano nell'avviso se acconsentono o meno alla sua pubblicazione.

3.2. La pubblicazione degli avvisi e dei bandi (rinvio)

La stazione appaltante dovrà provvedere a dare conoscenza dei bandi degli avvisi adottati secondo precise modalità e forme, la cui disciplina è dettata dall'art. 66 del Codice. In tale disposizione sono infatti previste le modalità di pubblicazione degli avvisi di preinformazione, degli avvisi di post informazione e dei bandi di gara relativamente ai settori ordinari e per gli importi corrispondenti o superiori alla soglia comunitaria.

4. L'accesso agli atti delle procedure di affidamento ed esecuzione dei contratti pubblici

Dal principio di trasparenza, che permea l'intera materia degli appalti pubblici, discende la generale conoscibilità degli atti che si collocano nell'ambito delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici. Tali atti, ivi comprese le candidature e le offerte, sono accessibili secondo le modalità e con le limitazioni previste all'art. 13 del Codice. La norma in esame peraltro nel dettare la disciplina dell'accesso ai documenti di gara dispone che, per quanto in tale norma non previsto, sarà necessario fare riferimento alle disposizioni contenute nella legge 7 agosto 1990, n. 241.

4.1. La legittimazione attiva all'accesso

Ai sensi dell'art. 22 della legge n. 241 del 1990 il diritto di accedere alla documentazione amministrativa è attribuito ai soggetti interessati, ossia a tutti i soggetti privati, compresi quelli portatori di interessi pubblici o diffusi, che abbiano un interesse diretto, concreto ed attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso.

Tali presupposti, con riferimento alla richiesta di accesso agli atti della procedura di gara, sono stati riconosciuti dalla giurisprudenza soltanto nei confronti di quei soggetti utilmente ammessi alla ponderazione comparativa delle offerte e non, quindi, ad esempio di quelli esclusi. Secondo tale ricostruzione infatti solo i primi risulterebbero destinatari di una posizione qualificata e differenziata, la quale consentirebbe loro l'esercizio del diritto di accesso alle proposte presentate dagli altri concorrenti, nel momento in cui il pregiudizio lamentato (e, conseguentemente, le esigenze di tutela che si intendono far valere) trovi fondamento proprio nello svolgimento dell'attività di selezione e valutazione delle offerte (TAR Lazio, Roma, Sez. I, 09 luglio 2008, n. 6488).

Va peraltro segnalato che il giudice amministrativo ha avuto modo di pronunciarsi in senso maggiormente ampliativo rispetto alla legittimazione all'accesso degli atti di gara. In tal senso è stato affermato l'interesse ad accedere agli atti del procedimento di gara dell'impresa che, sebbene non invitata, aveva presentato comunque domanda di partecipazione alla procedura medesima e la stazione appaltante aveva mostrato di avere in qualche modo valutato l'offerta spontaneamente inviata (TAR Lazio, Roma, Sez. I, 06 novembre 2000, n. 8956).



Un'impresa che opera nel settore della gestione dei servizi di fornitura di energia e manutenzione degli impianti di condizionamento e riscaldamento impugna il silenzio diniego dell'amministrazione in ordine alla propria istanza tesa a conoscere gli atti e le procedure attraverso le quali l'amministrazione medesima, alla scadenza del precedente contratto, ha riaffidato il servizio in questione.

L'amministrazione assume la carenza di legittimazione della ricorrente all'accesso ai documenti, non avendo un interesse concreto e diretto.

Il giudice sostiene che la ricorrente è impresa del settore che svolge professionalmente la medesima attività per la quale l'amministrazione ha adottato verosimilmente atti di affidamento; e ciò è già sufficiente presupposto per legittimare l'accesso (Cons. St., Sez. V, 31 gennaio 2007 n. 404; TAR Sicilia, Palermo, Sez. II, 18 febbraio 2003, n. 210), avendo il richiedente una posizione differenziata rispetto al quisque de populo. A ciò si aggiungeva che la ricorrente aveva partecipato alla precedente gara per l'affidamento dell'appalto in questione; ha quindi un interesse diretto a sapere se è stata indetta una nuova gara alla quale avrebbe potuto partecipare (e quindi i modi della sua pubblicità) ovvero se il servizio sia stato affidato con altre modalità (TAR Lazio, Roma, Sez. III, 10 luglio 2007, n. 6205)

4.2. Le modalità dell'accesso

L'accesso agli atti di gara va consentito indistintamente sia nella forma della visione sia in quella dell'estrazione di copia dei documenti. In tal senso è orientata la giurisprudenza amministrativa più recente che ha avuto modo di affermare che né l'art. 13 del Codice, né l'art. 24 della legge sul procedimento prevedono che l'accesso difensivo, come tale prevalente sulle antagoniste ragioni di riservatezza o di segretezza tecnica o commerciale, possa essere circoscritto dall'amministrazione alla forma della sola visione, senza estrazione di copia. Di conseguenza risulta illegittima la limitazione alla sola visione degli atti nei confronti del soggetto che abbia interesse a conoscere la documentazione amministrativa per tutelare in sede giurisdizionale i

propri interessi (Cons. St., Sez. VI, 22 novembre 2005 n. 6524; TAR Puglia, Bari, Sez. I, 25 febbraio 2010, n. 678).

4.3. Le ipotesi di differimento

La generale conoscibilità degli atti delle procedure di gara non impedisce che, in alcune ipotesi, l'accesso alla suddetta documentazione possa subire delle limitazioni. In particolare l'art. 13, comma 2, del Codice dispone che, fatta salva la disciplina prevista dal Codice medesimo per gli appalti segreti o la cui esecuzione richiede speciali misure di sicurezza, il diritto di accesso è differito:

- nelle procedure aperte, in relazione all'elenco dei soggetti che hanno presentato offerte, fino alla scadenza del termine per la presentazione delle medesime;
- nelle procedure ristrette e negoziate, e in ogni ipotesi di gara informale, in relazione all'elenco dei soggetti che hanno fatto richiesta di invito o che hanno segnalato il loro interesse, e in relazione all'elenco dei soggetti che sono stati invitati a presentare offerte e all'elenco dei soggetti che hanno presentato offerte, fino alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte medesime; ai soggetti la cui richiesta di invito sia stata respinta, è consentito l'accesso all'elenco dei soggetti che hanno fatto richiesta di invito o che hanno segnalato il loro interesse, dopo la comunicazione ufficiale, da parte delle stazioni appaltanti, dei nominativi dei candidati da invitare;
- in relazione alle offerte, fino all'approvazione dell'aggiudicazione;
- in relazione al procedimento di verifica della anomalia dell'offerta, fino all'aggiudicazione definitiva.

Il differimento dell'accesso ha come ragione essenziale quella di evitare che la conoscenza di determinate informazioni in particolari momen-

ti della procedura di gara, ne comprometta il corretto svolgimento. Si pensi ad esempio all'indebito vantaggio che un soggetto che ancora non ha presentato l'offerta in una procedura di gara potrebbe ottenere dalla conoscenza preventiva dei soggetti che hanno già presentato la propria. È dunque previsto dall'art. 13, comma 3, che gli atti soggetti a differimento, fino ai termini previsti, non possano essere comunicati a terzi o resi in qualsiasi altro modo noti. Ai sensi del successivo comma 4 l'inosservanza delle suddette disposizioni comporta per i pubblici ufficiali o per gli incaricati di pubblici servizi l'applicazione dell'art. 326 del codice penale.



In tema di differimento in giurisprudenza è stato affermato che dall'art. 13, comma 2 lett. c) del Codice emerge che il diritto di accesso può essere differito fino alla aggiudicazione solo "in relazione alle offerte" presentate dalle società partecipanti e non può viceversa essere opposto alla richiesta di accesso che abbia ad oggetto i documenti attestanti i requisiti di ammissione alla gara, i verbali di gara e i provvedimenti di riammissione alla procedura di società che erano state escluse dalla gara (TAR Puglia, Bari Sez. I, 18 novembre 2008, n. 2612).

4.4. I casi di esclusione dal diritto di accesso: i segreti tecnici e commerciali

L'art. 13, comma 5, del Codice prevede che, sempre fatta salva la disciplina prevista per gli appalti segretati o la cui esecuzione richiede speciali misure di sicurezza, il diritto di accesso e ogni forma di divulgazione siano esclusi in relazione:

- alle informazioni fornite dagli offerenti nell'ambito delle offerte ovvero a giustificazione delle medesime, che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali;

- a eventuali ulteriori aspetti riservati delle offerte, da individuarsi in sede di regolamento;
- ai pareri legali acquisiti dai soggetti tenuti all'applicazione del Codice, per la soluzione di liti, potenziali o in atto, relative ai contratti pubblici;
- alle relazioni riservate del direttore dei lavori e dell'organo di collaudo sulle domande e sulle riserve del soggetto esecutore del contratto.

Le ipotesi di esclusione dell'accesso con riferimento alle offerte che costituiscano segreti tecnici o commerciali ovvero riguardino eventuali ulteriori aspetti riservati delle offerte subiscono peraltro un temperamento. In tali casi, infatti, ai sensi dell'art. 13, comma 6, del Codice è comunque consentito l'accesso al concorrente che lo chieda in vista della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto nell'ambito della quale viene formulata la richiesta di accesso.

Ulteriori limitazioni all'accesso sono previste per i contratti nei settori speciali soggetti alla disciplina della parte III del Codice. Ai sensi dell'art. 13, comma 7, in tali casi all'atto della trasmissione delle specifiche tecniche agli operatori economici interessati, della qualificazione e della selezione degli operatori economici e dell'affidamento dei contratti, le stazioni appaltanti possono imporre requisiti per tutelare la riservatezza delle informazioni che trasmettono.

4.4.1. LA GIURISPRUDENZA IN MERITO ALL'ESCLUSIONE DELL'ACCESSO PER LE OFFERTE CONTENENTI SEGRETI TECNICI E COMMERCIALI

Nelle procedure ad evidenza pubblica il diritto di accesso va generalmente riconosciuto nei confronti di tutti gli atti di gara e se finalizzato all'esercizio del diritto di difesa, anche delle informazioni fornite dagli offerenti nell'ambito delle offerte. A tal proposito è stato affermato in

giurisprudenza che:

- è principio di ordine generale quello in base al quale il partecipante ad una procedura concorsuale per l'aggiudicazione di un appalto pubblico può accedere nella forma più ampia agli atti del procedimento di gara, compresa l'offerta presentata dall'impresa e costituisce eccezione, debitamente comprovata dall'interessato, il limite ad alcune parti dell'offerta. Tale conclusione trova ragione nel fatto che la partecipazione ad una gara comporta che l'offerta tecnico progettuale fuoriesca dalla sfera di dominio riservata dell'impresa per porsi sul piano della valutazione comparativa rispetto alle offerte delle altre concorrenti, con la conseguenza che la concorrente non aggiudicataria che vi abbia interesse può accedere alla documentazione afferente le offerte presentate in vista della tutela dei propri interessi senza che possano essere opposti motivi di riservatezza (Cons. St., Sez. VI, ord., n. 524 del 2010; TAR Puglia, Bari, Sez. I, 27 maggio 2010, n. 2066; Cons. St., Sez. VI, 19 ottobre 2009, n. 6393; Cons. St., Sez. VI, 7 giugno 2006, n. 3418; TAR Puglia, Lecce, Sez. II, 31 gennaio 2009, n. 166).

Nell'art. 13, commi 5 e 6, è peraltro dettata la disciplina del rapporto tra il diritto di accesso ai documenti di gara ed il diritto di riservatezza che le imprese vantano rispetto alle proprie offerte ed in specie rispetto a quelle offerte contenenti segreti tecnici o commerciali.

Il legislatore ha infatti negato l'esercizio del diritto di accesso nei confronti della documentazione suscettibile di rivelare la *know-how* industriale e commerciale contenuto nelle offerte delle imprese partecipanti, sì da evitare che operatori economici in diretta concorrenza tra loro possano utilizzare l'accesso per giovare delle specifiche conoscenze possedute da altri, al fine di

conseguire un indebito vantaggio commerciale all'interno del mercato (TAR Puglia, Bari, Sez. I, 25 febbraio 2010, n. 678). Resta peraltro consentito l'accesso in vista della difesa in giudizio degli interessi del richiedente, di cui all'art. 13, comma 6, che si configura come una previsione che riafferma la tendenziale prevalenza del cosiddetto accesso difensivo, già sancita in via generale dall'art. 24, settimo comma, della legge n. 241 del 1990 (Cons. St., Sez. VI, 19 ottobre 2009 n. 6393).

Il giudice amministrativo ha peraltro precisato i termini delle suddette previsioni normative, affermando che:

- la circostanza per cui il comma quinto dell'art. 13 subordina l'operatività della causa di esclusione alla manifestazione di interesse "motivata e comprovata" proveniente dall'impresa controinteressata rende insufficiente una breve e laconica opposizione scritta da parte di questa, che non rappresenti specifiche ragioni di tutela del segreto industriale e commerciale (TAR Puglia, Bari, Sez. I, 25 febbraio 2010, n. 678);
- la deroga all'accesso costituisce eccezione che va debitamente comprovata dall'interessato e indubbiamente non è idonea motivazione la circostanza che trattasi di elaborati costituenti opera dell'ingegno e contenenti informazioni e dati frutto del patrimonio di conoscenze ed esperienze aziendali (TAR Puglia, Bari, Sez. I, 27 maggio 2010, n. 2066).
- sebbene debba comunque essere garantita in sede di accesso sia la visione, sia l'estrazione di copia della documentazione richiesta, in ogni caso, la stazione appaltante può adottare accorgimenti utili ad evitare la divulgazione di eventuali segreti tecnici o commerciali, iniziando la estrazione di copia di quelle parti dei documenti da cui potrebbero trarsi infor-

mazioni sui dati da mantenere segreti, se e nella misura in cui la loro acquisizione non risulti in ogni caso utile al ricorrente per la difesa dei propri interessi (Cons. St., Sez. VI, 01 febbraio 2010, n. 524);

- l'interesse del richiedente deve essere giudicato tenendo eventualmente conto del fatto che questi sia un partecipante alla gara, ossia un operatore del settore con un interesse concreto e specifico a quella determinata gara (CGA Sicilia, Sez. giur., 5 dicembre 2007, n. 1087);
- l'art. 13, comma 6, del Codice condiziona l'accesso alla sussistenza di un interesse alla difesa in giudizio in relazione alla procedura di affidamento del contratto nell'ambito della quale viene formulata la richiesta di accesso;
- sul piano soggettivo, la disposizione di cui all'art. 13, comma 6, riguarda solo il concorrente che abbia partecipato alla selezione; la preclusione all'accesso è invece totale qualora la richiesta sia formulata da un soggetto terzo, che pure dimostri di avere un interesse differenziato, alla stregua della legge generale sul procedimento (Cons. St., Sez. V, 9 dicembre 2008, n. 6121); risulta dunque altresì priva di legittimazione l'impresa esclusa dalla procedura e decaduta dai termini d'impugnazione; tale impresa non è titolare di un interesse all'accesso agli atti della gara tutelabile in sede giurisdizionale (TAR Sardegna, Sez. I, 30 dicembre 2009, n. 2694);
- sul piano oggettivo, l'accesso eccezionalmente consentito è strettamente collegato alla sola esigenza di una difesa in giudizio; in questa prospettiva, quindi, la previsione è molto più restrittiva di quella contenuta nell'art. 24, l. n. 241 cit., la quale contempla un ventaglio più ampio di possibilità consentendo l'accesso ove necessario per la tutela della posizione giuri-

dica del richiedente, senza alcuna restrizione alla sola dimensione processuale. Peraltro, nel contesto dell'art. 13 cit., poiché si utilizza la locuzione *"in vista"*, non è necessario che, al momento della richiesta di accesso, il giudizio sia già instaurato, ma è sufficiente che la lite sia anche solo potenziale (Cons. St., Sez. V, 9 dicembre 2008, n. 6121);

- si deve ritenere che la norma in esame imponga di effettuare un accurato controllo in ordine alla effettiva utilità della documentazione richiesta, alla stregua di una sorta di prova di resistenza; tale giudizio prognostico non può prescindere dalle eventuali preclusioni processuali in cui sia incorso il richiedente: si pensi al concorrente che intenda accedere all'offerta dell'aggiudicatario dopo che siano scaduti i termini decadenziali per impugnare l'aggiudicazione definitiva; ovvero al caso del tutto assimilabile (verificatosi nel presente giudizio), in cui siano scaduti i termini per proporre i motivi aggiunti avverso l'aggiudicazione (Cons. St., Sez. V, 9 dicembre 2008, n. 6121);
- dal combinato disposto dei commi 5 e 6, dell'art. 13, discende che non è consentito esercitare l'accesso alla documentazione posta a corredo dell'offerta selezionata, ove l'impresa aggiudicataria abbia dichiarato che sussistano esigenze di tutela del segreto tecnico o commerciale, ed il richiedente non abbia dimostrato la concreta necessità di utilizzare tale documentazione in uno specifico giudizio (Cons. St., Sez. V, 9 dicembre 2008, n. 6121).

4.5. L'accesso alle specifiche tecniche

L'art. 13, comma 7-bis, dispone che gli enti aggiudicatori mettono a disposizione degli operatori economici interessati e che ne fanno

domanda le specifiche tecniche regolarmente previste nei loro appalti di forniture, di lavori o di servizi, o le specifiche tecniche alle quali intendono riferirsi per gli appalti che sono oggetto di avvisi periodici indicativi. Quando le specifiche tecniche sono basate su documenti accessibili agli operatori economici interessati, si considera sufficiente l'indicazione del riferimento a tali documenti.

4.6. L'accesso agli atti di esecuzione del contratto

Il diritto di accesso ai documenti riguarda anche gli atti di esecuzione del contratto. L'art. 22, comma 1, lett. d), della legge n. 241 del 1990 nella definizione di documento amministrativo accessibile prescinde dalla natura pubblicistica o privatistica della disciplina sostanziale di questo. Nella materia degli appalti gli atti di esecuzione del contratto riguardano attività di pubblico interesse e dunque sono atti soggetti all'esercizio del diritto di accesso (TAR Lombardia Milano, Sez. I, 11 febbraio 2010, n. 373).

Va peraltro segnalato che in giurisprudenza è stato negato l'accesso ai documenti riguardanti l'esecuzione del contratto all'impresa, seconda classificata in una procedura di gara, che riteneva pertanto di avere un interesse a verificare l'andamento della esecuzione del contratto relativo al servizio stesso stipulato tra l'amministrazione e la prima aggiudicataria ritenendo di dover essere chiamata a sostituire questa ultima in caso di risoluzione del contratto per inadempimento. In merito a tale questione il giudice amministrativo ha sostenuto che non avendo la ricorrente dedotto e dimostrato l'esistenza nel bando di una clausola di subentro a favore del secondo in graduatoria, e non essendo stata la aggiudicazione a favore della controinteressata neppure sospesa, la medesima non è allo stato

in condizione di vantare un interesse giuridicamente qualificato a che venga pronunciata la risoluzione del contratto o comunque a vigilare sulla esecuzione di esso. Correttamente la stazione appaltante non ha dunque ravvisato la esistenza di una situazione di concreto interesse all'accesso (TAR Puglia, Bari, Sez. III, 04 giugno 2008, n. 1388).

4.7. L'accesso agli atti dei procedimenti relativi alla comunicazione dei mancati inviti, delle esclusioni e delle aggiudicazioni

L'art. 79, comma 5-quater, del Codice, di recente aggiunto dall'art. 2 del D.Lgs. 20 marzo 2010, n. 53, prevede che, fermi i divieti e differimenti dell'accesso previsti dall'art. 13, con riferimento agli atti del procedimento in cui sono adottati i provvedimenti oggetto di comunicazione dei mancati inviti, delle esclusioni e delle aggiudicazioni:

- l'accesso è consentito entro dieci giorni dall'inizio della comunicazione dei provvedimenti medesimi mediante visione ed estrazione di copia;
- non occorre istanza scritta di accesso e provvedimento di ammissione, salvi i provvedimenti di esclusione o differimento dell'accesso adottati ai sensi dell'art. 13;
- le comunicazioni rese d'ufficio dalle stazioni appaltanti indicano se ci sono atti per i quali l'accesso è vietato o differito, e indicano l'ufficio presso cui l'accesso può essere esercitato, e i relativi orari, garantendo che l'accesso sia consentito durante tutto l'orario in cui l'ufficio è aperto al pubblico o il relativo personale presta servizio.

PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI

Dipartimento per le politiche di gestione e di sviluppo delle risorse umane

Capo del Dipartimento Giuseppina Perozzi

Via della Mercede 96 - 00187 Roma

Tel. 06 67795288 Fax 06 67795465

E-mail: segreteria@palazzochigi.it

Ufficio programmazione politiche di gestione e formazione del personale

Coordinatore Alessandra Gasparri

Autori dei volumi:

Prof. Avv. Alberto Zito
Ordinario di diritto amministrativo nell'Università di Teramo e Docente nella SSPA

Prof. Avv. Salvatore Dettori
Docente di diritto degli appalti pubblici nell'Università di Teramo

Avv. Teresa Felicetti
Avvocato amministrativista esperto in materia di contratti pubblici

Dott. Ilario Sorrentino
Ufficiale dell'Arma dei Carabinieri ed esperto in materia di contratti pubblici

Piano dell'opera

VOL. 1°

Il mercato degli appalti pubblici

PARTE PRIMA

I principi e le tipologie contrattuali

PARTE SECONDA

Gli atti e le attività preliminari all'espletamento della procedura ad evidenza pubblica

VOL. 2°

L'evidenza pubblica

PARTE TERZA

La gestione della gara

VOL. 3°

Il contratto ed il contenzioso

PARTE QUARTA

La stipula del contratto ed il sistema dei controlli

PARTE QUINTA

I poteri di autotutela, l'esecuzione del contratto e la gestione del conflitto



Pubblicazione edita dalla **PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI**

Dipartimento per l'informazione e l'editoria

Capo del Dipartimento Elisa Grande

Progetto grafico: The Big Fusion srl



Presidenza del Consiglio dei Ministri
DIPARTIMENTO PER L'INFORMAZIONE E L'EDITORIA