

Determinazione n. 4 del 10 ottobre 2012

BANDO- TIPO. Indicazioni generali per la redazione dei bandi di gara ai sensi degli articoli 64, comma 4-bis e 46, comma 1-bis, del Codice dei contratti pubblici

Premessa

L'articolo 64, comma 4-bis, del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (nel seguito, Codice) stabilisce che «i bandi sono predisposti dalle stazioni appaltanti sulla base di modelli (bandi-tipo) approvati dall'Autorità, previo parere del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e sentite le categorie professionali interessate, con l'indicazione delle cause tassative di esclusione di cui all'articolo 46, comma 1-bis. Le stazioni appaltanti nella delibera a contrarre motivano espressamente in ordine alle deroghe al bando-tipo».

In base a tale previsione, l'Autorità ha predisposto il presente documento, denominato “bando- tipo”, finalizzato a dare una prima attuazione al combinato disposto degli articoli 46, comma 1-bis e 64, comma 4-bis, secondo cui le cause tassative di esclusione dalle gare devono essere indicate nei modelli approvati dall'Autorità. Il “bando-tipo” costituisce, pertanto, il quadro giuridico di riferimento sulla base del quale le stazioni appaltanti sono tenute a redigere la documentazione di gara, quanto alla individuazione delle cause tassative di esclusione, salva la facoltà di derogare motivando, nei termini più oltre specificati.

Il documento è stato sottoposto a due consultazioni (nel mese di settembre 2011 e di luglio 2012); è stato, inoltre, acquisito il prescritto parere del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, reso in data 25 settembre 2012.

A seguito della approvazione del “bando-tipo”, l'Autorità procederà ad elaborare specifici bandi tipo distinti in base all'oggetto del contratto (lavori, servizi o forniture) che, oltre a riprodurre le clausole relative alle cause tassative di esclusione come indicate in via generale nel presente documento, conterranno le ulteriori puntuali indicazioni sulla gestione della gara. La scelta in tal senso effettuata è funzionale anche all'aggiornamento tempestivo dei contenuti del presente bando- tipo e dei connessi bandi-tipo specifici, avuto riguardo all'evoluzione normativa e giurisprudenziale.

Sulla base di tali considerazioni

IL CONSIGLIO

approva l'allegato bando – tipo recante “Indicazioni generali per la redazione dei bandi di gara ai sensi degli articoli 64, comma 4-bis e 46, comma 1-bis, del Codice dei contratti pubblici”.

Il relatore: Piero Calandra

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data: 16 ottobre 2012

Il Segretario: Maria Esposito

BANDO- TIPO

Sommario

1. Orientamenti interpretativi	4
PARTE I - Adempimenti previsti da disposizioni di legge vigenti.....	7
1. Indicazioni generali.....	7
2. Requisiti di partecipazione.....	8
2.1 Requisiti di ordine generale	8
2.2 Requisiti speciali di partecipazione	9
3. Norme a garanzia della qualità e norme di gestione ambientale	12
4. Ricorso all'avvalimento	12
5. Verifiche sul possesso dei requisiti speciali	13
6. Termini per la presentazione delle offerte	15
7. Rispetto del divieto di partecipazione plurima/contestuale	15
7.1 Indicazioni specifiche per la partecipazione dei raggruppamenti temporanei, dei consorzi ordinari e dei consorzi stabili	16
7.1.1 Principio di corrispondenza	18
7.1.2 Modifiche soggettive.....	20
7.1.3 Raggruppamenti sovrabbondanti	21
8. Ricorso al subappalto	23
9. Mancato, inesatto o tardivo adempimento alla richiesta di chiarimenti.....	24
10. Disposizioni in materia di presentazione e valutazione delle offerte	25
10.1 Varianti in sede di offerta	25
10.2 Soglia di sbarramento.....	26

10.3 Offerte anomale	27
11. Mancato versamento del contributo all’Autorità	27
12. Ulteriori ipotesi specifiche previste da norme	27
PARTE II - Carenza di elementi essenziali ed incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell’offerta	31
1. Indicazioni generali.....	31
2. La sottoscrizione dell’offerta	32
3. Accettazione delle condizioni generali di contratto	33
4. Offerte condizionate, plurime ed in aumento	34
5. Presentazione della cauzione provvisoria	35
6. Mancata effettuazione del sopralluogo	38
6.1 Lavori	38
6.2 Servizi e forniture	39
PARTE III – Irregolarità concernenti gli adempimenti formali di partecipazione alla gara	41
1. Modalità di presentazione delle offerte e delle domande di partecipazione	41
2. Difetto di separazione dell’offerta economica dall’offerta tecnica	42
3. Modalità di presentazione delle dichiarazioni sostitutive.....	43
4. Utilizzo di moduli predisposti dalle stazioni appaltanti	44
5. Mezzi di comunicazione tra operatori economici e stazioni appaltanti	44

1. Orientamenti interpretativi

Secondo l'art. 46, comma 1-bis, l'esclusione dei concorrenti dalle procedure di gara è subordinata al verificarsi di uno o più dei seguenti presupposti:

- 1) mancato adempimento alle prescrizioni previste dal Codice e dal d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 (nel seguito, Regolamento) o da altre disposizioni di legge vigenti;
- 2) incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali;
- 3) non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte.

La norma trova applicazione generalizzata sia ai settori ordinari (art. 3, comma 4, del Codice) che ai settori speciali (art. 3, comma 5, del Codice), in virtù di quanto disposto dall'art. 206, comma 1, del Codice (nella versione risultante a seguito delle modifiche apportate dall'art. 4, comma 2, lett. ee, del cd. Decreto Sviluppo, d.l. 13 maggio 2011, n. 70, convertito dalla l. 12 luglio 2011, n. 106). Non assume rilievo l'importo del contratto che può, quindi, essere inferiore o superiore alle soglie comunitarie.

La ratio delle nuove disposizioni è rinvenibile nell'intento di garantire un concreto rispetto dei principi di rilievo comunitario di massima partecipazione, concorrenza e proporzionalità nelle procedure di gara, evitando che le esclusioni possano essere disposte a motivo della violazione di prescrizioni meramente formali, la cui osservanza non risponde ad alcun apprezzabile interesse pubblico. Secondo l'art. 4, comma 1, lett n), del Decreto Sviluppo, infatti, la novella è volta a sancire la «tipizzazione delle cause di esclusione dalle gare, cause che possono essere solo quelle previste dal Codice dei contratti pubblici e dal relativo regolamento di esecuzione ed attuazione, con irrilevanza delle clausole aggiuntive eventualmente previste dalle stazioni appaltanti nella documentazione di gara».

Come chiarito nella relazione illustrativa al Decreto Sviluppo, la finalità è quella di effettuare una «tipizzazione tassativa delle cause di esclusione dalle gare e di ridurre il potere discrezionale della stazione appaltante», limitando «le numerose esclusioni che avvengono sulla base di elementi formali e non sostanziali, con l'obiettivo di assicurare il rispetto del principio della concorrenza e di ridurre il contenzioso in materia di affidamento dei contratti pubblici».

La norma elenca, quindi, i vincoli ed i criteri che le stazioni appaltanti, nonché la stessa Autorità, devono osservare nell'individuazione delle ipotesi legittime di esclusione, allorché redigono, rispettivamente, i documenti di gara ed i bandi-tipo.

L'art. 46, comma 1-bis, nel circoscrivere l'area delle "esclusioni legittime", presenta, inoltre, una duplice valenza, poiché opera sia in riferimento alla predisposizione della documentazione di gara – delineando regole tassative affinché la previsione esplicita di ipotesi di esclusione possa essere ritenuta legittima - sia con riguardo alla successiva valutazione del comportamento dei concorrenti, in quanto impone di verificare se tale comportamento, anche a prescindere da quanto previsto dalla lex specialis di gara, produca comunque le conseguenze di cui all'art. 46, comma 1-bis, del Codice (incertezza assoluta sul contenuto dell'offerta o sulla provenienza della stessa, non integrità del plico o altre irregolarità relative alla chiusura tali da far ritenere violato il principio di segretezza delle offerte) e comportamenti, pertanto, l'esclusione del concorrente. La disposizione, inoltre, rafforza il dovere di leale collaborazione tra stazione appaltante e partecipanti alla procedura di gara, già codificato dal medesimo articolo 46, al comma 1, secondo il quale le stazioni appaltanti « invitano, se necessario, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati ».

Le eventuali prescrizioni imposte a pena di esclusione nei bandi, diverse da quelle derivanti dal Codice e dal Regolamento o da altre disposizioni di legge vigenti ovvero che non siano riconducibili alle ulteriori ipotesi prospettate dall'art. 46, comma 1-bis, sono nulle per espressa previsione del medesimo articolo. La sanzione della nullità, in luogo di quella dell'annullabilità, comporta che le clausole di bandi e lettere di invito, laddove prevedano cause di esclusione non consentite, siano automaticamente inefficaci e vadano disapplicate dal seggio di gara, senza necessità di annullamento giurisdizionale.

A sua volta, l'art. 64, comma 4-bis, stabilisce che la "tipizzazione" delle cause di esclusione deve essere effettuata ex ante dall'Autorità nei "bandi-tipo" che, quindi, elencano le cause di esclusione che possono essere legittimamente inserite nella documentazione di gara. Le stazioni appaltanti, nella delibera a contrarre, sono tenute a motivare espressamente in ordine alle eventuali deroghe rispetto a quanto ivi previsto, intendendosi per tali la previsione di ulteriori ipotesi di esclusione.

Al riguardo, si precisa, inoltre, che dette deroghe, ancorché motivate, non possono consistere nell'introduzione di clausole contrastanti con il disposto del citato art. 46, comma 1-bis, atteso che le stesse, in tal caso, sarebbero affette da nullità.

Dunque, rispetto alle ipotesi tipizzate nel presente bando-tipo, le stazioni appaltanti possono prevedere ulteriori cause di esclusione, previa adeguata e specifica motivazione, solo con riferimento a disposizioni di leggi vigenti ovvero alle altre regole tassative previste dall'art. 46, comma 1-bis, del Codice.

Alla luce delle considerazioni che precedono, il presente bando-tipo specifica le cause di esclusione legittime secondo i criteri stabiliti dall'art. 46, comma 1-bis, più volte citato: esso costituisce, quindi, una cornice di riferimento per orientare il comportamento delle stazioni appaltanti nella corretta applicazione

dell'art. 46, comma 1-bis, sia in fase di predisposizione della documentazione di gara che nella successiva fase di valutazione del comportamento dei concorrenti, secondo quanto già osservato.

Le indicazioni contenute nel presente bando-tipo sono prodromiche rispetto all'elaborazione dei modelli specifici distinti per lavori, servizi e forniture, giacché mirano ad enucleare un minimo comune denominatore valevole in via trasversale.

Occorre precisare che quanto riportato nel presente documento circa la verifica del possesso dei requisiti verrà successivamente aggiornato in relazione all'entrata in funzione della Banca dati nazionale dei contratti pubblici (BDNCP), istituita presso l'Autorità dall'art. 62-bis del d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82. Si rammenta, in proposito che, ex art. 6-bis, comma 1, del Codice, a partire dal 1° gennaio 2013, la documentazione comprovante il possesso dei requisiti per la partecipazione alle procedure di gara sarà acquisita nella BDNCP. L'Autorità stabilirà, con propria deliberazione, i dati concernenti la partecipazione alle gare e la valutazione delle offerte in relazione ai quali è obbligatoria l'inclusione della documentazione nella BDNCP, nonché i termini e le regole tecniche per l'acquisizione, l'aggiornamento e la consultazione dei predetti dati.

Il presente documento è suddiviso, per comodità di lettura, secondo le indicazioni contenute nell'art. 46, comma 1-bis, ed in particolare:

1. Parte I, "Adempimenti previsti dal Codice, dal Regolamento o da altre disposizioni di legge vigenti";
2. Parte II, "Carenza di elementi essenziali ed incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta";
3. Parte III, "Irregolarità concernenti gli adempimenti formali di partecipazione alla gara" (non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte).

Detta suddivisione non è, tuttavia, da intendersi in maniera rigida, poiché sussistono ipotesi di esclusione riconducibili contemporaneamente a più di uno dei criteri indicati dalla norma.

PARTE I - Adempimenti previsti da disposizioni di legge vigenti

1. Indicazioni generali

Tutti i comportamenti prescritti/vietati dal Codice o dal Regolamento (ovvero da altre norme rilevanti) devono essere considerati imposti a pena di esclusione sia qualora venga comminata espressamente la sanzione di esclusione sia qualora, pur mancando tale previsione esplicita, la norma di riferimento sancisca un obbligo ovvero un divieto o, più in generale, prescriva un adempimento necessario ad assicurare il corretto svolgimento del confronto concorrenziale (in tal senso, cfr. da ultimo, Cons. St., ad. plen., n. 21 del 7 giugno 2012, secondo cui è evidente che l'esclusione dalle gare può intervenire «oltre che nei casi in cui disposizioni del codice o del regolamento la prevedano espressamente, anche nei casi in cui dette disposizioni impongano adempimenti doverosi ai concorrenti o candidati, o dettino norme di divieto, pur senza prevedere una espressa sanzione di esclusione»; in senso conforme, già Cons. St., n. 1471 del 16 marzo 2012).

La dizione utilizzata dall'art. 46 («mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti») deve, quindi, essere considerata come autonoma ed alternativa rispetto a quanto previsto nella seconda parte del medesimo articolo («nonché nei casi di incertezza assoluta (...)»). Si tratta, cioè, di una disposizione generale, posta a chiusura del sistema, la quale comprende in sé tutte le ipotesi in cui sia riscontrabile una violazione del Codice o del Regolamento (o di altre leggi aventi contenuto prescrittivo), senza la necessità che la prescrizione violata si esprima esplicitamente in termini di un dover essere o di un obbligo e senza che sia espressamente comminata l'esclusione.

Correlativamente, devono ritenersi affette da nullità le prescrizioni che, nella *lex specialis*, impongano un dato adempimento ai partecipanti, a pena di esclusione, senza una specifica copertura nella normativa vigente o senza che il comportamento posto in essere dal concorrente produca le ulteriori conseguenze previste dall'art. 46, comma 1-bis.

Di seguito, sono illustrati gli insiemi omogenei di cause di esclusione che possono essere legittimamente inserite nei bandi di gara, avvisi di gara, lettere di invito, a seconda della procedura adottata. Come si vedrà nel prosieguo, in alcuni casi, l'esclusione opera anche a prescindere dalla previsione espressa nel bando di gara (come nel caso di mancato adempimento alle prescrizioni dell'articolo 38) e dalla procedura adottata (aperta, ristretta, negoziata con e senza bando, dialogo competitivo, cottimo fiduciario, ecc.), poiché vengono in rilievo norme di legge di natura imperativa a cui non è ammessa alcuna deroga (Cons. St. n.

467/2012). Negli altri casi, è onere della stazione appaltante rendere edotti i partecipanti, in modo chiaro e scevro da qualsiasi ambiguità, circa il fatto che un dato adempimento è imposto a pena di esclusione.

2. Requisiti di partecipazione

2.1 Requisiti di ordine generale

Costituisce causa di esclusione la mancanza di uno dei requisiti soggettivi di cui all'art. 38 del Codice, a prescindere dalle indicazioni riportate nel bando di gara (cfr., ex multis, Cons. St., sez. III, n. 2557 del 4 maggio 2012).

Le cause di esclusione di cui all'art. 38 concernono tutti i contratti pubblici (art. 3, comma 3, del Codice), qualunque ne sia la tipologia e l'oggetto ed indipendentemente dal valore del contratto e dalla procedura di scelta del contraente adottata (si vedano, al riguardo, le determinazioni dell'Autorità n. 1 del 12 gennaio 2010 e n. 1 del 16 maggio 2012). Sono parimenti esclusi i concorrenti per i quali sussistano ulteriori impedimenti ex lege alla partecipazione alla gara o, in ogni caso, alla sottoscrizione di contratti con soggetti pubblici, ad esempio nel caso in cui sia stata comminata la sanzione dell'incapacità di contrarre con la pubblica amministrazione¹.

A norma del comma 2 dell'art. 38, il candidato o il concorrente attesta il possesso dei requisiti mediante dichiarazione sostitutiva in conformità alle previsioni del d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445. La dichiarazione deve essere completa (cfr., sul punto, parte III, paragrafo 3, "Modalità di presentazione delle dichiarazioni sostitutive"); con particolare riferimento all'art. 38, comma 1, lett. c), la dichiarazione deve contenere tutte le sentenze di condanna subite, a prescindere dalla entità del reato e/o dalla sua connessione con il requisito della moralità professionale, la cui valutazione compete alla stazione appaltante.

Ai sensi dell'articolo 38, comma 2, secondo periodo, il concorrente non è tenuto ad indicare le condanne per reati depenalizzati ovvero dichiarati estinti dopo la condanna né le condanne revocate né quelle per le quali è intervenuta la riabilitazione. Stante il chiaro disposto normativo, deve quindi ritenersi che, oltre all'ipotesi di falsità, l'omissione o l'incompletezza delle dichiarazioni da rendersi ai sensi dell'art. 38 da parte di tutti i soggetti ivi previsti costituiscono, di per sé, motivo di esclusione dalla procedura ad evidenza pubblica anche in assenza di una espressa previsione del bando di gara (ex multis, parere AVCP 16 maggio 2012, n. 74 e Cons. St., sez. III, 3 marzo 2011, n. 1371). Le dichiarazioni sul possesso dei prescritti requisiti,

¹ A mero titolo esemplificativo possono citarsi le seguenti normative: art. 44, d.lgs 25 luglio 1998, n. 286 (*"Testo Unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero"*); art. 41, d.lgs. 11 aprile 2006 n. 198 (*"Codice delle pari opportunità tra uomo e donna"*); art. 36, l. 20 maggio 1970, n. 300 (*"Norme sulla tutela della libertà e dignità dei lavoratori, della libertà sindacale e dell'attività sindacale nei luoghi di lavoro e norme sul collocamento"*); art. 5, comma 2, lett. c), l. 15 dicembre 1990, n. 386 (*"Nuova disciplina sanzionatoria degli assegni bancari"*).

pertanto, non possono essere prodotte ex post, qualora mancanti (cfr., da ultimo, Cons. St., n. 1471 del 16 marzo 2012). Tuttavia, secondo la più recente giurisprudenza, nell'ipotesi in cui la stazione appaltante abbia predisposto moduli per l'attestazione dei requisiti di partecipazione, eventuali omissioni o errori non potrebbero riverberarsi a danno dei concorrenti che hanno fatto affidamento sulla correttezza ed esaustività del modello predisposto dall'amministrazione (Cons. St., sez. V, sentenza 22 maggio 2012, n. 2973): in tali ipotesi, all'esito di una attenta analisi del caso concreto, si può valutare l'ammissibilità di una eventuale regolarizzazione. Si precisa che, per quanto riguarda i soggetti cessati dalle cariche nell'anno antecedente la pubblicazione del bando, ove essi siano irreperibili o non disponibili, il legale rappresentante può presentare una dichiarazione, resa ai sensi dell'art. 47 del d.P.R. n. 445/2000, in cui affermi, "per quanto a propria conoscenza", il possesso dei requisiti richiesti, corredata dai dati anagrafici dei soggetti in modo da consentire alle stazioni appaltanti di effettuare le verifiche necessarie.

In caso di cessione di azienda o di ramo d'azienda, incorporazione o fusione societaria sussiste in capo alla società cessionaria, incorporante, o risultante dalla fusione, l'onere di presentare la dichiarazione relativa al requisito di cui all'art. 38, comma 1, lett. c), del Codice anche con riferimento agli amministratori ed ai direttori tecnici che hanno operato presso la società cedente, incorporata o le società fuse nell'ultimo anno ovvero che sono cessati dalla relativa carica in detto periodo; resta ferma la possibilità di dimostrare la c.d. dissociazione (cfr. Cons. St., ad. plen., n. 10 e n. 21 del 2012).

2.2 Requisiti speciali di partecipazione

I requisiti speciali - e, cioè, le caratteristiche di professionalità necessarie per contrarre con la pubblica amministrazione in relazione ad un determinato affidamento - costituiscono presupposti di natura sostanziale per la partecipazione alla gara, ai sensi dell'art. 2 del Codice.

Di conseguenza, la carenza dei requisiti speciali di partecipazione indicati nel bando di gara si traduce necessariamente nell'esclusione dalla gara.

Le stazioni appaltanti, anche nel mutato quadro normativo, fatto salvo quanto più oltre precisato in relazione agli appalti di lavori pubblici, individuano quali requisiti speciali di partecipazione devono possedere i candidati o i concorrenti, tenendo conto della natura del contratto ed in modo proporzionato al valore dello stesso; in ogni caso, detti requisiti non devono essere manifestamente irragionevoli, irrazionali, sproporzionati, illogici ovvero lesivi della concorrenza.

Si rammenta, inoltre, che, secondo consolidati principi comunitari e giurisprudenziali, in linea generale, i requisiti di partecipazione devono rimanere distinti dai criteri di aggiudicazione, pena la violazione del principio di parità di trattamento, fatto salvo quanto specificato nel paragrafo 4.4 della determinazione dell'Autorità n. 7 del 24 novembre 2011, "Linee guida per l'applicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa nell'ambito dei contratti di servizi e forniture".

I requisiti speciali devono essere posseduti al momento della presentazione dell'offerta o della domanda di partecipazione e della stipula del contratto: il mancato possesso o la perdita dei requisiti costituisce, pertanto, causa di esclusione dalla gara. Il candidato o il concorrente attesta il possesso dei requisiti speciali mediante dichiarazione sostitutiva in conformità alle previsioni del d.P.R. n. 445/2000, fatte salve le prescrizioni che impongono la produzione, in fase di partecipazione, di documentazione non autocertificabile (ad esempio, le referenze bancarie o l'ipotesi di cui all'art. 48, comma 1-bis).

Si precisa che, in caso di contratti misti, ai sensi dell'articolo 15 del Codice, l'operatore economico che concorre alla procedura di affidamento deve possedere i requisiti di qualificazione e capacità prescritti dal Codice per ciascuna prestazione di lavori, servizi e forniture prevista dal contratto.

2.2.1 Servizi e forniture

Per quanto riguarda i requisiti di capacità economica e finanziaria dei fornitori e dei prestatori di servizi, ai sensi dell'articolo 41 del Codice, le amministrazioni precisano nel bando di gara i requisiti ed i valori minimi degli stessi che devono essere posseduti dai concorrenti; in ragione della novella introdotta dall'art. 1, comma 2-bis, lett. b) del d.l. 6 luglio 2012, n. 95 (nel testo integrato dalla legge di conversione 7 agosto 2012, n. 135) sono illegittimi i criteri che fissano, senza congrua motivazione, limiti di accesso connessi al fatturato aziendale. Di conseguenza, la clausola del bando che introduce il fatturato aziendale/globale come requisito di partecipazione deve essere motivata in relazione, ad esempio, alla entità, alla complessità oppure alla specificità dell'appalto, rispettando il principio di proporzionalità.

Il possesso dei requisiti di capacità economica e finanziaria è dimostrato mediante la presentazione di dichiarazione sostitutiva, ad eccezione delle referenze bancarie che, per espressa previsione del citato art. 41 del Codice, devono essere prodotte già in sede di offerta e non sono autocertificabili.

In ogni caso, se il concorrente non è in grado, per giustificati motivi, ivi compreso quello concernente la costituzione o l'inizio dell'attività da meno di tre anni, di presentare i requisiti richiesti, può provare la propria capacità economica e finanziaria mediante qualsiasi altro documento considerato idoneo dalla stazione appaltante. Le stazioni appaltanti devono indicare in modo chiaro nei documenti di gara il periodo di riferimento in relazione al quale comprovare i requisiti di capacità finanziaria, avuto riguardo alla data di scadenza della presentazione dell'offerta/domanda di partecipazione.

Quanto alle modalità per attestare il possesso dei requisiti tecnici e professionali da parte dei fornitori e dei prestatori di servizi, a seconda della natura, della quantità o dell'importanza e dell'uso delle forniture o dei servizi, la stazione appaltante, ai sensi dell'art. 42 del Codice, precisa nel bando di gara o nella lettera d'invito quali requisiti devono essere dimostrati, nonché i valori minimi degli stessi ed i relativi periodi di riferimento. L'elenco contenuto nella norma in esame, a differenza di quello contenuto nell'art. 41, deve essere considerato tassativo, pena non solo la violazione del principio di parità di trattamento, ma anche il

netto contrasto con le esigenze di integrazione comunitaria (cfr. CGE, 17 novembre 1993, causa C-71/92; in senso conforme, parere AVCP n. 177 del 20 ottobre 2010).

2.2.2 Lavori pubblici

Nel settore dei lavori pubblici, per i contratti di importo superiore a 150.000 euro ed inferiore a 20.658.000 euro (art. 40, del Codice ed art. 60 del Regolamento), non è ammissibile richiedere requisiti ulteriori rispetto al possesso della attestazione SOA per categorie e classifiche adeguate ai lavori da affidare. Costituisce, pertanto, causa di esclusione il mancato possesso della attestazione - rilasciata da società di attestazione regolarmente autorizzata di cui alla parte II, titolo III del Regolamento - , in corso di validità e che documenti la qualificazione in categoria e classifica adeguata ai lavori da assumere. Dal momento che la durata pari a cinque anni delle attestazioni SOA è subordinata alla richiesta di verifica triennale ed al suo positivo esito, l'impresa che abbia richiesto in termini tale verifica può partecipare alle gare indette dopo il triennio anche se la verifica sia compiuta successivamente, fermo restando che l'efficacia dell'aggiudicazione è subordinata, ai sensi dell'art. 11, comma 8, del Codice, all'esito positivo della verifica stessa; di converso, l'impresa che abbia presentato la richiesta fuori termine può partecipare alle gare solo dopo la data di positiva effettuazione della verifica (cfr. Cons. St., ad. plen. n. 27/2012).

Per i contratti di lavori di importo pari o inferiore a 150.000 euro, si applicano le disposizioni di cui all'art. 90 del Regolamento, fermo restando che, qualora il concorrente sia comunque in possesso della attestazione SOA per categoria analoga ai lavori indicati nel bando di gara, la stessa è sufficiente a comprovare il possesso dei requisiti. Quindi, per gli appalti di lavori pubblici di importo pari o inferiore a 150.000 euro, la stazione appaltante deve prevedere nel bando di gara i requisiti di ordine tecnico-organizzativo indicati dall'art. 90, commi 1 e 3 del Regolamento. I requisiti sono documentati mediante dichiarazione sostitutiva e verificati dalla stazione appaltante secondo quanto previsto dagli artt. 38 e 48 del Codice.

Per gli appalti di lavori di importo a base di gara superiore ad euro 20.658.000, ai sensi dell'art. 61, comma 6, del Regolamento, l'impresa, oltre alla qualificazione conseguita nella classifica VIII, deve aver realizzato, nel quinquennio antecedente la data di pubblicazione del bando, una cifra di affari, ottenuta con lavori svolti mediante attività diretta ed indiretta, non inferiore a 2,5 volte l'importo a base di gara; il requisito è comprovato in conformità all'art. 79, commi 3 e 4 del Regolamento ed è soggetto a verifica da parte delle stazioni appaltanti.

Quando il contratto, ai sensi dell'art. 53, comma 3, lett. b) e c) del Codice, ha per oggetto anche la progettazione, il bando indica i requisiti richiesti per i progettisti, secondo quanto previsto dall'art. 92, comma 6, del Regolamento. I requisiti vanno stabiliti in relazione all'ammontare delle spese di progettazione ed in particolare:

a) qualora l'importo delle spese di progettazione sia pari o superiore a 100.000 euro, rilevano i requisiti indicati all'art. 263 del Regolamento;

b) qualora l'importo delle spese di progettazione sia inferiore a 100.000 euro, rilevano i requisiti indicati all'art. 267 del Regolamento.

Nel caso in cui l'impresa abbia l'attestazione per prestazioni di sola esecuzione, i suddetti requisiti devono essere posseduti attraverso un progettista associato o indicato in sede di offerta in grado di dimostrarli, scelto tra i soggetti di cui all'art. 90, comma 1, lett. d), e), f), f-bis), g) e h), del Codice.

Le imprese attestate per prestazioni di progettazione e costruzione possono, invece, dimostrare i requisiti sopra specificati alternativamente: a) documentando che i suddetti requisiti sono posseduti dai progettisti appartenenti al proprio staff di progettazione; b) attraverso l'associazione o l'indicazione in sede di offerta di un progettista scelto tra i soggetti di cui all'art. 90, comma 1, lettere d), e), f), f-bis), g) e h), del Codice in possesso dei requisiti in questione.

3. Norme a garanzia della qualità e norme di gestione ambientale

Ai sensi degli artt. 43 e 44 del Codice, le amministrazioni possono richiedere: (i) la presentazione di certificati rilasciati da organismi indipendenti per attestare l'ottemperanza dell'operatore economico a determinate norme in materia di garanzia della qualità (per quanto concerne il settore dei lavori pubblici, dette certificazioni sono contenute dalla attestazione SOA per le classifiche dalla III in poi); (ii) unicamente nei casi appropriati, l'indicazione delle misure di gestione ambientale che l'operatore economico potrà applicare durante l'esecuzione del contratto e, a tale scopo, la presentazione di certificati rilasciati da organismi indipendenti per attestare il rispetto da parte dell'operatore economico di determinate norme di gestione ambientale.

Vale, altresì, quanto disposto dall'art. 281 del Regolamento circa i criteri di applicabilità delle misure di gestione ambientale negli appalti di servizi e forniture.

4. Ricorso all'avvalimento

L'avvalimento consiste nella possibilità, riconosciuta a qualunque operatore economico, singolo o in raggruppamento, di soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti speciali necessari per partecipare ad una procedura di gara facendo affidamento sulle capacità di altri soggetti, indipendentemente dai legami sussistenti con questi ultimi.

Il comma 2 dell'art. 49 del Codice detta una disciplina specifica per la documentazione che l'impresa ausiliata deve presentare al fine di partecipare alla procedura di gara. A riguardo, stante il tenore della norma citata, deve ritenersi che tale documentazione, ivi compreso il contratto di avvalimento, debba essere allegata dal concorrente a pena di esclusione. Ad integrazione di quanto qui osservato, per le

ulteriori ipotesi di esclusione derivanti dalla violazione delle norme in tema di avalimento, si rinvia alla determinazione dell'Autorità n. 2 del primo agosto 2012 ("L'avalimento nelle procedure di gara").

5. Verifiche sul possesso dei requisiti speciali

Per espressa previsione normativa, costituisce causa di esclusione la mancata o tardiva comprova dei requisiti in sede di verifica ai sensi dell'art. 48, comma 1, del Codice. Per quanto concerne l'aggiudicatario ed il secondo in graduatoria trova applicazione quanto disposto dal secondo comma del medesimo articolo.

Nei casi in cui le stazioni appaltanti si avvalgono della facoltà di limitare il numero di candidati da invitare, ai sensi dell'art. 62, comma 1, del Codice, i candidati presentano, già in fase di offerta, la documentazione a comprova dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa indicati nel bando o nella lettera di invito, in originale o copia conforme ai sensi del d.P.R. n. 445/2000 (cfr. art. 48, comma 1-bis, del Codice).

E' da rilevare che l'art. 46 e l'art. 48 rispondono a presupposti e finalità differenti, giacché il primo tende a delimitare le ipotesi di esclusione delle imprese dalle gare, mentre il secondo, al fine di tutelare la correttezza e speditezza del procedimento di gara, è volto a preservare la specifica gara dalla partecipazione di imprese non adeguate.

Le stazioni appaltanti individuano nel bando o nella lettera di invito i mezzi di prova richiesti per dimostrare la veridicità di quanto dichiarato. Valgono, in proposito, le indicazioni fornite dall'Autorità mediante la determinazione n. 5 del 21 maggio 2009 ("Linee guida per l'applicazione dell'art. 48 del d.lgs. n. 163/2006").

L'art. 48, comma 1, esplica i propri effetti nei confronti di tutti i partecipanti, ivi incluse le micro, piccole e medie imprese (MPMI)². Deve ritenersi, infatti, che il comma 4 dell'art. 13 della l. 11 novembre 2011, n. 180 (cd. Statuto delle imprese) - secondo cui «la pubblica amministrazione e le autorità competenti, nel caso di micro, piccole e medie imprese, chiedono solo all'impresa aggiudicataria la documentazione probatoria dei requisiti di idoneità previsti dal codice di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163. Nel caso in cui l'impresa non sia in grado di comprovare il possesso dei requisiti si applicano le sanzioni previste dalla legge 28 novembre 2005, n. 246, nonché la sospensione dalla partecipazione alle procedure di affidamento per un periodo di un anno» - non abbia inteso modificare l'ambito soggettivo di operatività della verifica a campione, né sottrarre a tale verifica le MPMI. La norma, nel fare riferimento alla "impresa aggiudicataria",

² Per essere riconosciuta come MPMI l'impresa deve rispettare le soglie relative al numero di persone occupate ed al fatturato annuo definite dalla raccomandazione 2003/361/CE.

non può che riguardare i controlli esercitati ai sensi del comma 2 dell'art. 48 e, cioè, quelli che regolarmente la stazione appaltante effettua nei confronti del primo e del secondo graduato. Essa non attiene, invece, ai controlli a campione svolti ai sensi del precedente comma 1, perché gli stessi vengono posti in essere in una fase antecedente all'apertura delle offerte presentate e, quindi, all'individuazione dell'aggiudicatario.

In sintesi, la deroga di cui all'art. 13, comma 4, incide soltanto sull'operatività del comma 2 dell'art. 48 con l'effetto di esentare il secondo classificato, qualora non sorteggiato in sede di verifica a campione ed appartenente alla categoria delle MPMI, dal produrre la documentazione probatoria (adempimento che dovrebbe effettuare soltanto in caso di effettiva aggiudicazione a seguito di mancata comprova dei requisiti da parte del primo aggiudicatario).

In relazione, poi, all'art. 15 della l. 12 novembre 2011, n. 183 (legge di stabilità 2012), che ha introdotto significative modifiche al d.P.R. n. 445/2000 intese a rafforzare il principio della inutilizzabilità dei certificati nei rapporti con la pubblica amministrazione, nonché l'obbligo, per quest'ultima, di acquisire d'ufficio le informazioni oggetto delle dichiarazioni sostitutive di cui agli artt. 46 e 47 del d.P.R. n. 445/2000, si precisa quanto segue.

L'art. 48 del Codice prevede che la richiesta della documentazione probatoria sia rivolta direttamente all'interessato anziché acquisita d'ufficio dall'amministrazione o dall'ente pubblico certificante. Secondo l'orientamento sino ad oggi espresso dall'Autorità, fatto proprio dalla giurisprudenza, si tratta di una norma speciale che comporta, rispetto alla disciplina generale del d.P.R. n. 445/2000, oneri aggiuntivi a carico dei concorrenti giustificati in virtù del particolare rapporto di tipo negoziale cui la presentazione della documentazione è preordinata e dall'esigenza di assicurare la serietà dell'offerta, unitamente alla celerità della conclusione del procedimento di verifica (cfr. Cons. St., sez. III, ordinanza n. 2226/2012). Quindi, anche alla luce delle modifiche apportate dal citato art. 15 della l. n.183/2011, rimangono in vigore le modalità di comprova del possesso dei requisiti previste dall'art. 48.

Detta interpretazione e, più in generale, le indicazioni fornite a proposito delle modalità di verifica dei requisiti, dovranno essere coordinate in relazione all'entrata in vigore della BDNCP ex art. 6-bis, comma 1, del Codice, dal 1° gennaio 2013.

Si rammenta, al riguardo, che l'Autorità procederà, ai sensi del comma 2 del citato art. 6-bis, a stabilire con propria deliberazione i dati concernenti la partecipazione alle gare in relazione ai quali è obbligatoria l'inclusione della documentazione nella BDNCP, nonché i termini e le regole tecniche per l'acquisizione, l'aggiornamento e la consultazione dei predetti dati. In base al successivo comma 3, le stazioni appaltanti e gli enti aggiudicatori saranno tenuti a verificare il possesso dei requisiti di partecipazione esclusivamente tramite la BDNCP, a meno che non siano diversi da quelli di cui è prevista l'inclusione nella stessa.

6. Termini per la presentazione delle offerte

Le offerte devono essere tassativamente presentate entro i termini prescritti dal bando, come sancito dall'art. 55, commi 5 («Nelle procedure aperte gli operatori economici presentano le proprie offerte nel rispetto delle modalità e dei termini fissati dal bando di gara») e 6 («Nelle procedure ristrette gli operatori economici presentano la richiesta di invito nel rispetto delle modalità e dei termini fissati dal bando di gara e, successivamente, le proprie offerte nel rispetto delle modalità e dei termini fissati nella lettera invito»).

Quanto precede vale per tutte le tipologie di procedure, dal momento che il termine è posto a tutela del fondamentale principio, anche di derivazione comunitaria, della parità di trattamento. Costituisce, pertanto, causa di esclusione il mancato rispetto del termine di presentazione dell'offerta o della domanda di partecipazione.

7. Rispetto del divieto di partecipazione plurima/contestuale

A fini di tutela della concorrenza e per preservare la regolarità e l'efficacia del confronto competitivo, diverse disposizioni del Codice vietano la partecipazione, alla medesima gara, di soggetti tra loro non indipendenti, salvo quanto previsto dall'art. 38, comma 1, lettera m-quater).

Rientrano in questa casistica, a titolo esemplificativo, le disposizioni di seguito succintamente elencate:

- partecipazione contemporanea alla medesima gara di consorzi stabili e dei consorziati per i quali il consorzio ha dichiarato di concorrere in violazione dell'art. 36, comma 5;
- partecipazione a più di un consorzio stabile in violazione dell'art. 36, comma 5 (nei lavori pubblici tale condizione è dimostrata attraverso l'attestazione SOA ai sensi dell'art. 94 del Regolamento);
- partecipazione contemporanea alla medesima gara di consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro e/o consorzi tra imprese artigiane e dei consorziati per i quali il consorzio ha dichiarato di concorrere, ai sensi dell'art. 37, comma 7;
- violazione del divieto dell'art. 37, comma 7, di partecipare alla gara in più di un raggruppamento temporaneo o consorzio ordinario di concorrenti ovvero di partecipare alla gara anche in forma individuale qualora l'operatore economico abbia partecipato alla gara medesima in raggruppamento temporaneo o consorzio ordinario di concorrenti;
- violazione del divieto di cui all'art. 253 del Regolamento - relativo alle gare per l'affidamento dei servizi di ingegneria ed architettura - di partecipare alla medesima gara in più di un

raggruppamento temporaneo ovvero di partecipare singolarmente e quale componente di un raggruppamento temporaneo o di un consorzio stabile;

- violazione del divieto di cui all'art. 253 del Regolamento di partecipazione congiunta alla medesima gara per l'affidamento dei servizi di ingegneria ed architettura di liberi professionisti, qualora partecipi alla stessa gara, sotto qualsiasi forma, una società di professionisti o una società di ingegneria delle quali essi sono amministratori, soci, dipendenti, consulenti o collaboratori.

7.1 Indicazioni specifiche per la partecipazione dei raggruppamenti temporanei, dei consorzi ordinari e dei consorzi stabili

Fatto salvo quanto già osservato in via generale sul necessario possesso dei requisiti di partecipazione, per i raggruppamenti temporanei ed i consorzi ordinari valgono, altresì, le seguenti cause di esclusione:

- 1) nel caso di lavori, mancato possesso dei requisiti secondo le percentuali minime indicate dal Codice e dal Regolamento (art. 92 del Regolamento) in relazione alla tipologia di raggruppamento orizzontale, verticale o misto.
- 2) nel caso di forniture e servizi, mancato possesso dei requisiti secondo la tipologia e la misura indicate nel bando di gara ai sensi dell'art. 275 del Regolamento;
- 3) nel caso di forniture o servizi, mancata indicazione nell'offerta delle parti del servizio o della fornitura che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti o consorziati (cfr. Cons. St., ad. plen., n. 22 del 2012);
- 4) in caso di RTI costituendo:
 - mancata sottoscrizione dell'offerta da parte di tutti gli operatori economici;
 - mancato impegno alla costituzione del raggruppamento - in caso di aggiudicazione della gara - mediante conferimento di mandato collettivo speciale con rappresentanza ad uno degli operatori stessi, già indicato in sede di offerta e qualificato come mandatario;
- 5) nel caso di raggruppamento costituito, violazione delle prescrizioni relative al conferimento del mandato (art. 37, commi 14 e 15);
- 6) violazione del divieto di associazione in partecipazione;
- 7) nel caso di lavori pubblici violazione delle norme in tema di indicazione e ripartizione di quote tra le imprese raggruppate secondo quanto meglio specificato nel prosieguo (art. 37, comma 13).

Per esplicita previsione del comma 10 dell'art. 37, l'inosservanza dei divieti di cui al comma 9 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».

Inoltre, nel caso di lavori pubblici, l'art. 92, comma 2, del Regolamento, per i raggruppamenti di tipo "orizzontale", prevede, all'ultimo periodo, che «nell'ambito dei propri requisiti posseduti, la mandataria in ogni caso assume, in sede di offerta, i requisiti in misura percentuale superiore rispetto a ciascuna delle mandanti con riferimento alla specifica gara»; la disposizione conferma l'orientamento più volte espresso dall'Autorità in relazione alla previgente normativa, secondo cui l'espressione «l'impresa mandataria in ogni caso possiede i requisiti in misura maggioritaria» si riferisce ai requisiti minimi richiesti per la partecipazione allo specifico appalto, in relazione alla classifica posseduta risultante dall'attestazione SOA e concretamente "spesa" ai fini dell'esecuzione dei lavori e non in assoluto. Si precisa, al riguardo, che la mandataria deve spendere i requisiti nella percentuale maggioritaria in quella specifica gara e per ognuna delle categorie presenti nella gara (cfr., da ultimo, parere AVCP n.76 del 16 maggio 2012).

Con riguardo ai servizi ed alle forniture, l'art. 275, comma 2, del Regolamento prevede che, per i soggetti di cui all'art. 34, comma 1, lett. d), e), f), e f-bis), del Codice (RTI, consorzi di concorrenti, GEIE, operatori economici stabiliti in altri Stati membri), il bando individua i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi necessari per partecipare alla procedura di affidamento, nonché le eventuali misure in cui gli stessi devono essere posseduti dai singoli concorrenti. Inoltre, viene precisato che la mandataria, in ogni caso, deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria. Tale inciso è da intendersi nel senso che la mandataria deve spendere i requisiti in misura percentuale superiore rispetto a ciascuna delle mandanti, con riferimento alla specifica gara.

Sempre per il settore dei servizi e delle forniture, l'art. 277 del Regolamento dispone, per i consorzi stabili, che la sussistenza in capo agli stessi dei requisiti richiesti nel bando di gara sia valutata a seguito della verifica della effettiva esistenza dei predetti requisiti in capo ai singoli consorziati; per la partecipazione del consorzio alle gare, i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi, posseduti dai singoli consorziati - relativi alla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera, nonché all'organico medio annuo - sono sommati; i restanti requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi sono sommati con riferimento ai soli consorziati esecutori.

Per i servizi di ingegneria ed architettura, l'art. 261, comma 7, stabilisce che, in caso di raggruppamenti temporanei, i requisiti finanziari e tecnici di cui all'art. 263, comma 1, lettere a), b) e d), del Regolamento devono essere posseduti cumulativamente dal raggruppamento. Ai fini del computo complessivo dei requisiti del raggruppamento, il bando di gara, la lettera di invito o l'avviso di gara possono prevedere, con opportuna motivazione, che la mandataria debba possedere una percentuale minima degli stessi requisiti, la quale, comunque, non può essere fissata in misura superiore al sessanta per cento; la restante percentuale deve essere posseduta cumulativamente dal o dai mandanti, senza che sussista la possibilità di

richiedere agli stessi percentuali minime di possesso dei requisiti. La mandataria, in ogni caso, deve possedere i requisiti in misura maggioritaria percentuale superiore rispetto a ciascuna dei mandanti. La mandataria, poi, ove sia in possesso di requisiti superiori alla percentuale prevista dal bando di gara, dalla lettera di invito o dall'avviso di gara, partecipa alla gara per una percentuale di requisiti pari al limite massimo stabilito. Si precisa che il suddetto limite del sessanta per cento, valevole per la mandataria, costituisce il limite massimo che la stazione appaltante può fissare nel bando e non già il limite minimo, come avviene per i lavori pubblici. Pertanto, il concorrente che supera il limite indicato nel bando può, comunque, partecipare alla gara, fermo restando che i restanti requisiti devono essere posseduti dalle mandanti, per le quali, come rilevato, non è possibile stabilire un limite minimo; ciò non toglie che, ove le mandanti dichiarino di partecipare per una certa percentuale o parte del servizio, debbano poi dimostrare, di conseguenza, di possedere i requisiti di qualificazione in misura corrispondente (sul punto, si rinvia anche a quanto osservato nel successivo paragrafo).

La disposizione relativa al possesso dei requisiti in misura maggioritaria in capo alla mandataria si applica nel caso di raggruppamento di tipo orizzontale o misto (per la sub associazione orizzontale). Nel caso di raggruppamento verticale puro, invece, ogni concorrente deve avere i requisiti per la parte della prestazione che intende eseguire.

7.1.1 Principio di corrispondenza

Il profilo della corrispondenza tra le quote di partecipazione delle singole imprese ad un raggruppamento e le quote di esecuzione del lavoro/servizio/fornitura (e, quindi, la ripartizione delle relative capacità tecniche ed economico-finanziarie) negli appalti di lavori, servizi o di forniture necessita di alcune precisazioni.

Con riferimento agli appalti di lavori pubblici, l'art. 37 del Codice, nel disciplinare le modalità partecipative alle gare per l'aggiudicazione dei contratti dei raggruppamenti temporanei e consorzi ordinari di concorrenti, prevede che «nel caso di lavori, i raggruppamenti temporanei e i consorzi ordinari di concorrenti sono ammessi se gli imprenditori partecipanti al raggruppamento ovvero gli imprenditori consorziati abbiano i requisiti indicati nel regolamento» (comma 3). Stabilisce, ancora, il comma 13 dello stesso art. 37 che, per i lavori, i concorrenti riuniti in raggruppamento temporaneo «devono eseguire le prestazioni nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento».

Da tali disposizioni e da quanto prescritto dal Regolamento (cfr. art. 92), consolidata giurisprudenza, con riguardo ai lavori pubblici, ha concluso che deve sussistere una corrispondenza sostanziale tra quote di qualificazione (intese come quelle quote percentuali minime che ogni soggetto deve dimostrare di

possedere per accedere alla procedura di gara), quote di partecipazione (intese quali quote di partecipazione al raggruppamento) e quote di esecuzione dei lavori.

Tale principio di corrispondenza, che discende direttamente da norme imperative e prescinde dall'assoggettamento della gara alla disciplina comunitaria, comporta, quindi, l'obbligo di dichiarare già in sede di offerta le quote di partecipazione al raggruppamento e le quote di esecuzione dei lavori, al fine di assicurare che la stazione appaltante possa verificare il possesso dei requisiti di qualificazione delle singole imprese in corrispondenza alle prestazioni che ciascuna deve eseguire e, al contempo, evitare partecipazioni fittizie di imprese effettuate al solo scopo di far conseguire l'aggiudicazione a soggetti privi delle necessarie qualificazioni. D'altra parte, l'obbligo di indicare le suddette quote non si traduce in un onere eccessivamente gravoso, risolvendosi in una mera dichiarazione. Proprio in virtù della particolare valenza ad esso associata, inoltre, il principio di corrispondenza si impone ai concorrenti senza alcuna necessità di espressa previsione del bando di gara: quest'ultimo deve intendersi in ogni caso conformemente integrato (in tal senso, cfr. Cons. St., sez. VI, 8 febbraio 2008, n. 416).

In sintesi, dal combinato disposto dei commi 3 e 13 dell'art. 37 del Codice consegue che, all'atto della partecipazione, deve essere formulata l'indicazione delle quote partecipative al raggruppamento, dalle quali poter desumere la quota parte dei lavori che saranno eseguiti da ciascun associato, dovendo sussistere una perfetta corrispondenza tra quota di lavori e quota di effettiva partecipazione al raggruppamento: l'indicazione delle quote di partecipazione - e, conseguentemente dei lavori - si rivela, dunque, un requisito di ammissione alla gara e deve provvedersi a tale incombenza sin dalla presentazione della domanda di partecipazione/offerta, non essendo sufficiente che ciò avvenga in una fase successiva (cfr., ex multis, Cons. St., sez. V, 21 marzo 2012 n. 1597). Sulla base delle predette indicazioni preventive e formali, avverrà la verifica della sussistenza della qualificazione.

Si precisa, inoltre, che l'impresa cooptata può eseguire i lavori, ma non assume lo status di concorrente; essa, di conseguenza, non può acquistare alcuna quota di partecipazione all'appalto e, quindi, non deve (e, in realtà, neppure può) dichiarare la propria quota di partecipazione al raggruppamento temporaneo.

Per quanto concerne i servizi e le forniture, l'art. 37, comma 4, del Codice prevede solo che debbano essere specificate nell'offerta le parti del servizio o della fornitura che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti o consorziati: a seguito delle modifiche apportate al comma 13 dell'art. 37 dall'art. 1, comma 2-bis, del d.l. 6 luglio 2012, n. 95 (nel testo integrato dalla legge di conversione 7 agosto 2012, n. 135), infatti, l'obbligo di corrispondenza in fase di esecuzione vale solo per i lavori pubblici.

L'obbligo di specificazione ai sensi del citato art. 37, comma 4, del Codice, deve ritenersi assolto sia in caso di indicazione, in termini descrittivi, delle singole parti del servizio da cui sia evincibile il riparto di esecuzione tra le imprese associate sia in caso di indicazione, in termini percentuali, della quota di riparto

delle prestazioni che saranno eseguite tra le singole imprese, tenendo conto della natura complessa o semplice dei servizi oggetto della prestazione e della sostanziale idoneità delle indicazioni ad assolvere alle finalità di riscontro della serietà e affidabilità dell'offerta, nonché a consentire l'individuazione dell'oggetto e dell'entità delle prestazioni che saranno eseguite dalle singole imprese raggruppate.

Così come per i lavori pubblici, anche per i servizi e forniture, la violazione del precisato obbligo di specificare le parti di prestazione da eseguire non costituisce una violazione meramente formale. L'incidenza, anzi, risulta sostanziale, considerata la rilevanza che tale specificazione acquista sulla «serietà, affidabilità, determinatezza e completezza, e dunque, sugli elementi essenziali dell'offerta, la cui mancanza, pena la violazione dei principi della par condicio e della trasparenza, non è suscettibile di regolarizzazione postuma» (cfr. Cons. St., ad. plen. n. 26 del 2012).

In caso di procedure ristrette, negoziate o di dialogo competitivo o, più in generale, nelle procedure nelle quali vi è una fase di cd. "prequalifica" a seguito della quale la stazione appaltante sceglie i concorrenti da invitare, è comunque necessario, a pena di esclusione, indicare le quote già nella domanda di partecipazione, al fine di consentire alla stazione appaltante la verifica del possesso dei prescritti requisiti e la conseguente definizione dell'elenco degli operatori cui inviare le lettere di invito a presentare offerta. Ai sensi dell'art. 62, comma 5 del Codice, infatti, le stazioni appaltanti non possono invitare candidati che non abbiano i requisiti richiesti. Quanto precede non inficia la possibilità che intervenga una modificazione del raggruppamento sino al momento della presentazione dell'offerta (cfr. T.A.R. Lombardia Brescia, sez. II, 10 agosto 2012, n. 1444). Difatti, nella fase precedente la formulazione dell'offerta, il concorrente non assume alcun impegno particolare in ordine alla partecipazione alla gara: anche in caso di invito da parte della stazione appaltante, il concorrente resta libero di accoglierlo o meno (cfr., sul punto, T.A.R. Toscana, sez. I, 20 luglio 2011, n. 1254). Tale modificazione non deve, comunque, riguardare l'impresa capogruppo, né incidere negativamente sul livello dei requisiti di qualificazione del raggruppamento: è, quindi, ammissibile modificare le quote di partecipazione all'interno del raggruppamento, purché corrispondano alla qualificazione richiesta.

7.1.2 Modifiche soggettive

L'art. 37, ai commi 18 e 19, indica i casi in cui sono ammissibili modifiche soggettive della composizione dei raggruppamenti a seguito del verificarsi di eventi patologici che colpiscono il mandante o il mandatario. Con specifico riguardo alla normativa antimafia, si sottolinea quanto disposto dall'art. 95 del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 ("Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 13 agosto 2010, n. 136") circa il fatto che, se taluna delle situazioni dalle quali emerge un tentativo di infiltrazione mafiosa

(cfr. artt. 84, commi 4 e 91, comma 7 del medesimo Codice delle leggi antimafia) interessa un'impresa diversa da quella mandataria che partecipa ad un raggruppamento temporaneo, «le cause di divieto o di sospensione di cui all'articolo 67 non operano nei confronti delle altre imprese partecipanti quando la predetta impresa sia estromessa o sostituita anteriormente alla stipulazione del contratto. La sostituzione può essere effettuata entro trenta giorni dalla comunicazione delle informazioni del prefetto qualora esse pervengano successivamente alla stipulazione del contratto».

Anche al di fuori delle ipotesi espressamente normate, deve ritenersi ammissibile il recesso di una o più imprese dal raggruppamento (e non l'aggiunta o la sostituzione), a patto che i rimanenti soggetti siano comunque in possesso dei requisiti di qualificazione per le prestazioni oggetto dell'appalto. Tale limitata facoltà può essere esercitata (cfr. Cons. St., ad. plen. n. 8/2012) a condizione che la modifica della compagine soggettiva, in senso riduttivo, avvenga per esigenze organizzative proprie del raggruppamento o del consorzio e non per evitare una sanzione di esclusione dalla gara per difetto dei requisiti in capo al componente che recede (sul punto, si veda anche Cons. St., sez. VI, 16 febbraio 2010, n. 842). In altri termini, il recesso dell'impresa componente, nel corso della procedura di gara, non può mai valere a sanare ex post una situazione di preclusione all'ammissione alla procedura in ragione della esistenza, a suo carico, di cause di esclusione.

7.1.3 Raggruppamenti sovrabbondanti

Alcune precisazioni sono necessarie anche con riguardo alla discussa tematica del cd. raggruppamento sovrabbondante. L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha sviluppato, nel tempo, un orientamento consistente nel suggerire alle stazioni appaltanti la possibilità di inserire nei bandi di gara clausole di esclusione dei raggruppamenti costituiti da due o più imprese che già singolarmente posseggono i requisiti finanziari e tecnici per partecipare alla gara.

La costituzione di un raggruppamento che, nel concreto, presenti connotazioni tali da potersi ritenere "macroscopicamente" anticoncorrenziale si porrebbe in violazione dell'art. 101 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea, che, al pari dell'art. 2 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, vieta le intese aventi per oggetto o per effetto quello di falsare e/o restringere la concorrenza. La possibilità di escludere tali raggruppamenti dovrebbe, quindi, fondarsi sulla contemporanea convergenza di elementi di carattere formale (il possesso dei requisiti) e sostanziale (le concrete potenzialità anticoncorrenziali del raggruppamento), la cui verifica andrebbe operata dalla stazione appaltante per accertare la sussistenza di una volontà collusiva delle imprese partecipanti al raggruppamento. La previsione di una siffatta clausola di esclusione era espressamente consentita per le gare indette per l'affidamento dei servizi pubblici locali, ai sensi dell'art. 4, comma 11, lett. d) del d.l. 13 agosto 2011, n. 138 (convertito dalla l. 15 settembre 2011, n. 148), caducato a seguito della declaratoria di incostituzionalità da parte della sentenza della Corte

costituzionale n. 199, depositata il 20 luglio 2012. La citata norma stabiliva che, al fine di promuovere e proteggere l'assetto concorrenziale dei mercati interessati, il bando di gara o la lettera di invito potessero prevedere l'esclusione di «forme di aggregazione o di collaborazione tra soggetti che possiedono singolarmente i requisiti tecnici ed economici di partecipazione alla gara, qualora, in relazione alla prestazione oggetto del servizio, l'aggregazione o la collaborazione sia idonea a produrre effetti restrittivi della concorrenza sulla base di un'oggettiva e motivata analisi che tenga conto di struttura, dimensione e numero degli operatori del mercato di riferimento».

Sul punto, è stato posto in rilievo che la vigente disciplina degli appalti pubblici non vieta ad imprese già selezionate nella fase di prequalificazione – e, dunque, già in possesso dei requisiti di partecipazione - di associarsi temporaneamente in vista della gara e che, pertanto, un raggruppamento sovradimensionato non può considerarsi, di per sé, vietato. L'art. 37, comma 12, del Codice prevede, infatti, che, 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 hanno la facoltà di presentare un'offerta o di trattare per se stessi o quali mandatarî di operatori riuniti.

Come osservato dalla giurisprudenza amministrativa, non è dunque il sovradimensionamento del raggruppamento in sé ad essere illecito, ma «l'inserirsi di tale sovradimensionamento in un contesto di elementi di fatto che denotano i fini illeciti perseguiti con uno strumento, quello dell'a.t.i., in sé lecito» (Cons. St. n. 5067/2012).

Si ritiene, quindi, non ammissibile un divieto generale di partecipazione per i raggruppamenti "sovrabbondanti" (sul punto, Cons. St., 11 giugno 2012, n. 3402), dovendo la questione essere valutata in relazione alla eventuale concreta portata anticoncorrenziale, nella medesima ottica che connota l'art. 38, comma 1, m-quater.

Alla luce delle considerazioni che precedono, è ammissibile l'inserimento di una clausola di esclusione ad hoc qualora ciò sia proporzionato e giustificato in relazione alle esigenze del caso specifico, quali la complessità del servizio e/o l'assetto del mercato di riferimento, fermo restando che l'esclusione non potrà mai essere automatica. Deve, infatti, essere assicurata alle imprese la possibilità di giustificare, di fronte alla stazione appaltante, la necessità di unirsi in raggruppamento temporaneo presentando idonea documentazione. Tale giustificazione non dovrà, tuttavia, limitarsi ad una mera "autocertificazione", ma dovrà essere basata su precisi elementi in grado di corroborare la tesi delle imprese associate quali, ad esempio, il piano di business che evidenzia l'opportunità di partecipare in RTI alla luce del valore/dimensione/tipologia del servizio richiesto o dell'attuale stato delle imprese coinvolte (coinvolgimento in altri servizi, stato di difficoltà, temporanea impossibilità di utilizzare i mezzi a disposizione) (cfr. AGCM AS987 e AS880; si veda inoltre Cons. St., sez. VI, 24 settembre 2012, n. 5067).

8. Ricorso al subappalto

Il ricorso al subappalto deve avvenire nel rispetto delle condizioni dettate dall'art. 118 del Codice che impone, inter alia, l'indicazione, da parte del concorrente, dei lavori o delle parti di opere ovvero dei servizi e delle forniture o parti di servizi e forniture che intende subappaltare all'atto della presentazione dell'offerta (comma 2). Tale adempimento costituisce un presupposto essenziale in vista della successiva autorizzazione al subappalto da parte della stazione appaltante e non ai fini della partecipazione alla gara: da ciò consegue che l'erroneità e/o la mancanza della dichiarazione non può essere, di per sé, assunta a fondamento di un provvedimento di esclusione, ma rappresenta solo un impedimento per l'aggiudicataria a ricorrere al subappalto, di modo che la stessa dovrà provvedere direttamente all'esecuzione della prestazione, ove in possesso dei requisiti prescritti. Diversamente, la violazione dell'obbligo di indicare in sede di offerta la quota della prestazione che il candidato intende subappaltare potrà costituire causa di esclusione qualora questa sia necessaria per documentare il possesso dei requisiti richiesti ai concorrenti singoli o riuniti al momento di presentazione dell'offerta, necessari per eseguire in proprio la prestazione.

Per i lavori pubblici, inoltre, devono rammentarsi i principi di cui all'art. 92 del Regolamento:

- comma 1, secondo periodo: «I requisiti relativi alle categorie scorporabili non posseduti dall'impresa devono da questa essere posseduti con riferimento alla categoria prevalente»;
- comma 3, ultimo periodo: «I requisiti relativi alle lavorazioni scorporabili non assunte dalle mandanti sono posseduti dalla mandataria con riferimento alla categoria prevalente»;
- comma 7, primo periodo: «In riferimento all'articolo 37, comma 11, del codice, ai fini della partecipazione alla gara, il concorrente, singolo o riunito in raggruppamento, che non possiede la qualificazione in ciascuna delle categorie di cui all'articolo 107, comma 2, per l'intero importo richiesto dal bando di gara o dalla lettera di invito, deve possedere i requisiti mancanti relativi a ciascuna delle predette categorie di cui all'articolo 107, comma 2, e oggetto di subappalto, con riferimento alla categoria prevalente».

Ciò comporta che, qualora il bando di gara preveda, fra le categorie scorporabili e subappaltabili, categorie a qualificazione obbligatoria ed il concorrente non sia in possesso delle corrispondenti qualificazioni oppure, in alternativa, non abbia indicato nell'offerta l'intenzione di procedere al loro subappalto, la stazione appaltante deve disporre l'esclusione dalla gara in quanto, in fase di esecuzione, lo stesso, qualora aggiudicatario, non potrebbe né eseguire direttamente le lavorazioni né essere autorizzato a subappaltarle.

La normativa citata non comporta l'obbligo di indicare i nominativi dei subappaltatori in sede in offerta (cfr. Cons. St., sez. V, 19 giugno 2012, n. 3563), ma solamente l'obbligo di indicare le quote che il concorrente intende subappaltare, qualora non in possesso della qualificazione per la categoria scorporabile, fermo restando che la qualificazione "mancante" deve essere comunque posseduta in relazione alla categoria

prevalente, dal momento che ciò tutela la stazione appaltante circa la sussistenza della capacità economico-finanziaria da parte dell'impresa.

9. Mancato, inesatto o tardivo adempimento alla richiesta di chiarimenti

Costituisce causa di esclusione il mancato, inesatto o tardivo adempimento alla richiesta, formulata ai sensi dell'art. 46, comma 1, del Codice, di completare o fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati.

L'art. 46, comma 1, del Codice non assegna alle amministrazioni una mera facoltà o un potere eventuale ma codifica piuttosto un ordinario *modus procedendi*: in questo senso, esso costituisce attuazione del criterio del giusto procedimento ex art. 3 della l. 7 agosto 1990, n. 241 e del principio del *favor participationis*.

L'applicazione dell'art. 46, comma 1, del Codice deve, tuttavia, avvenire nel rispetto della *par condicio competitorum*.

Il cd. potere-dovere di soccorso istruttorio viene in rilievo qualora si tratti di completare o chiedere chiarimenti in ordine al contenuto di documenti che siano stati comunque presentati e non anche quando si tratti di produrre documenti in toto assenti, benché imposti per la partecipazione alla gara. Inoltre, la possibilità che i concorrenti regolarizzino, ovvero integrino, la documentazione allegata alla domanda incontra, tra gli altri, il limite della immodificabilità dell'offerta e della perentorietà del termine per la sua presentazione (ex multis, T.A.R. Lazio Latina, sez. I, 8 marzo 2012, n. 199; Corte di Giustizia europea, sentenza n. 599 del 29 marzo 2012). In particolare, la cd. regolarizzazione non può in alcun caso essere riferita agli elementi essenziali della domanda o dell'offerta e non deve essere consentita nell'ipotesi di documentazione del tutto assente; diversamente, si realizzerebbe un'alterazione degli elementi essenziali dell'offerta, che devono essere sempre presenti ab origine, ed una lesione del carattere perentorio del termine per la presentazione dell'offerta stessa. In altre parole, alla stazione appaltante è precluso sopperire, mediante il rimedio della regolarizzazione documentale, alla totale mancanza di un documento (Cons. St., sez. IV, 4 luglio 2012 n. 3925; sez. V, 6 agosto 2012, n. 4518).

A titolo esemplificativo, fermo restando che le valutazioni circa la possibilità di esercitare il potere-dovere di richiedere integrazioni e chiarimenti devono necessariamente essere operate dalla stazione appaltante in relazione al caso concreto, appare ammissibile che, in ipotesi di presentazione di un documento di identità non in corso di validità, il concorrente possa presentare un idoneo documento valido ovvero possa procedere alla regolarizzazione qualora sorgano dubbi in merito alla conformità all'originale di un documento presentato in copia.

10. Disposizioni in materia di presentazione e valutazione delle offerte

10.1 Varianti in sede di offerta

In linea generale, occorre osservare che l'offerta tecnica deve essere conforme alle prescrizioni in merito contenute nei documenti di gara.

La possibilità di presentare varianti in sede di offerta è ammessa nei limiti previsti dall'art. 76 del Codice, così come interpretato dalla giurisprudenza prevalente.

Ai sensi della disposizione citata – che riproduce la disciplina contenuta nell'art. 24 della direttiva 2004/18/CE e si applica indifferentemente ai contratti di lavori, servizi e forniture - la presentazione delle varianti può essere effettuata nel solo caso in cui il criterio di aggiudicazione sia quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa (art. 76, comma 1); inoltre, la stazione appaltante, in sede di redazione della lex specialis, deve esplicitamente indicare l'ammissibilità delle varianti (art. 76, comma 2), nonché specificare i requisiti minimi che le stesse devono rispettare e le relative modalità di presentazione (art. 76, comma 3).

Le stazioni appaltanti possono prendere in considerazione soltanto le varianti che rispondono ai requisiti stabiliti ex ante nella lex specialis (art. 76, comma 4) e, nel caso di gare relative a servizi e forniture, qualora sia stata autorizzata la presentazione di varianti, queste non possono essere respinte per il solo fatto che, se accolte, configurerebbero «o un appalto di servizi anziché un appalto pubblico di forniture o un appalto di forniture anziché un appalto pubblico di servizi » (art. 76, comma 5).

La giurisprudenza amministrativa ha elaborato alcuni criteri guida per l'applicazione della disciplina illustrata, che appare opportuno richiamare (cfr. Cons. St., sez. V, 20 febbraio 2009, n. 1019; sez. V, 11 luglio 2008, n. 3481; sez. V, 19 febbraio 2003, n. 923; sez. V, 9 febbraio 2001, n. 578):

- a) le varianti possono riguardare le modalità esecutive dell'opera o del servizio, purché non si traducano in una diversa ideazione dell'oggetto del contratto, che si ponga come del tutto alternativo rispetto a quello voluto dalla stazione appaltante;
- b) risulta essenziale che la proposta tecnica sia migliorativa rispetto al progetto base;
- c) l'offerente deve dare contezza delle ragioni che giustificano l'adattamento proposto e le variazioni alle singole prescrizioni progettuali;
- d) l'offerente deve fornire la prova che la variante garantisce l'efficienza del progetto e le esigenze della stazione appaltante sottese alla prescrizione variata;
- e) la lex specialis deve dettagliare i criteri motivazionali in base ai quali vanno espresse le valutazioni dei vari aspetti che caratterizzano le varianti ai fini della determinazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Tali criteri guida (in particolare, Cons. St., sez. V, 16 maggio 2008, n. 3481), valgono a superare la questione dell'individuazione del discrimen tra variante al progetto posto a base di gara e proposta migliorativa del progetto posto a base di gara: la prima, sarebbe ammessa solo se prevista dalla *lex specialis* di gara, mentre la seconda sarebbe sempre ammessa. In realtà, una simile distinzione non pare avere effetti in concreto, in quanto la *lex specialis* deve specificare non solo se la variante è o non è ammessa, ma anche quali sono i limiti entro i quali, se ammessa nel bando di gara, essa deve essere offerta. Detti limiti, possono essere stabiliti in positivo o in negativo, nel senso che è ammissibile sia indicare quale migliorie sono possibili - perché d'interesse della stazione appaltante - sia stabilire quali migliorie non possono essere proposte - in quanto non di interesse della stazione appaltante (cfr., sul punto, determinazione n. 5 del 2011 e parere sulla normativa del 13 marzo 2012 – REG. 25/2011).

10.2 Soglia di sbarramento

Il Codice, in caso di utilizzo dell'offerta economicamente più vantaggiosa, prevede la possibilità di fissare una soglia minima di punteggio (cd. soglia di sbarramento) che i concorrenti devono vedersi attribuire o acquisire in relazione a taluni criteri di valutazione, ritenuti particolarmente importanti (art. 83, comma 2). In tal caso, la stazione appaltante indica, nei documenti di gara, che gli offerenti, in relazione a tali criteri, devono obbligatoriamente conseguire un punteggio-soglia minimo prestabilito, prescrivendo, altresì, che, qualora tale soglia non venga raggiunta, non si procederà alla apertura dell'offerta economica, con conseguente non ammissione alle successive fasi del procedimento.

Si rammenta che, nel caso in cui un dato criterio di valutazione sia suddiviso in sub-criteri, è necessario procedere alla cd. riparametrazione dei punteggi assegnati ad ogni soggetto concorrente in base a tali sub-criteri con riferimento ai pesi previsti per il criterio di partenza, al fine di garantire il rispetto dei rapporti tra i pesi stabiliti nel bando di gara. Per ripristinare il corretto rapporto prezzo/qualità, occorre allora attribuire alla migliore offerta tecnica, cioè a quella a cui è stato attribuito il valore più alto tramite i sottocriteri, il punteggio massimo indicato dalla *lex specialis* e, conseguentemente, mediante proporzione lineare riparametrare tutte le altre offerte (cfr. parere AVCP n. 109/2012). Tale operazione è indispensabile nel caso in cui sia prevista una soglia di sbarramento per evitare anomale restrizioni alla concorrenza ed al principio di massima partecipazione. E', in ogni caso, opportuno specificare espressamente nella documentazione di gara la previsione di tale operazione, per renderne edotti i concorrenti.

Si rinvia, in merito, a quanto osservato nella determinazione n. 7 del 24 novembre 2011 ("Linee guida per l'applicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa nell'ambito dei contratti di servizi e forniture").

10.3 Offerte anomale

Costituisce causa di esclusione la presentazione di un'offerta economica che, all'esito del procedimento di verifica di cui agli artt. 87 ed 88 del Codice, appaia anormalmente bassa, ai sensi dell'art. 86 del Codice. Anche al di fuori delle ipotesi espressamente normate ai commi 1 e 2 del citato art. 86, le stazioni appaltanti possono valutare la congruità di ogni offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa (art. 86, comma 3).

La regola posta dall'art. 87, comma 1, del Codice – secondo cui all'esclusione può provvedersi solo all'esito dell'ulteriore verifica, in contraddittorio con il concorrente – incontra l'eccezione dell'esclusione automatica che può essere prevista nel bando nel caso in cui il criterio di aggiudicazione sia quello del prezzo più basso, le offerte presentino una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata ex art. 86 e siano rispettati i limiti di importo del contratto stabiliti, per i lavori, dall'art. 122, comma 9 (importo inferiore o pari a 1 milione di euro) e, per i servizi e le forniture, dall'art. 124, comma 8 (importo inferiore o pari a 100.000 euro). In ogni caso, la facoltà di esclusione automatica non è esercitabile quando il numero delle offerte ammesse sia inferiore a dieci. Occorre precisare che, in via transitoria (fino al 31 dicembre 2013), l'art. 253, comma 20-bis, del Codice consente l'esclusione automatica fino alla soglia comunitaria.

11. Mancato versamento del contributo all'Autorità

Costituisce causa di esclusione l'omesso versamento del contributo dovuto all'Autorità ai sensi dell'art. 1, commi 65 e 67, della l. 23 dicembre 2005, n. 266 ("Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato"). Di contro, un inadempimento meramente formale, consistente nell'aver effettuato il versamento seguendo modalità diverse da quelle impartite dall'Autorità stessa, non può essere sanzionato dalla stazione appaltante con l'esclusione, senza che si proceda ad un previo accertamento dell'effettivo assolvimento dell'obbligo in questione (cfr., pareri AVCP n. 8 dell'8 febbraio 2012; n. 4 del 12 gennaio 2011; n. 8 del 14 gennaio 2010; n. 67 del 25 marzo 2010). Ne deriva che, se è corretto riportare nella lex specialis il contenuto delle istruzioni operative concernenti il versamento del contributo all'Autorità e paventare l'esclusione in caso di mancato pagamento, non lo è altrettanto prevedere la medesima sanzione nel caso di una violazione meramente formale delle predette istruzioni.

12. Ulteriori ipotesi specifiche previste da norme

Costituisce causa di esclusione la violazione delle seguenti disposizioni del Codice e del Regolamento:

- 1) **Art. 90, comma 8 del Codice, in tema di esclusione dalle gare per incompatibilità tra il ruolo di**

progettista e quello di appaltatore.

Gli affidatari di incarichi di progettazione non possono partecipare agli appalti od alle concessioni di lavori pubblici, nonché agli eventuali subappalti o cottimi, per i quali abbiano svolto la suddetta attività di progettazione; ai medesimi appalti, concessioni di lavori pubblici, subappalti e cottimi non può partecipare un soggetto controllato, controllante o collegato all'affidatario di incarichi di progettazione. Le situazioni di controllo e di collegamento si determinano con riferimento a quanto previsto dall'art. 2359 del codice civile. I divieti si estendono ai dipendenti dell'affidatario dell'incarico di progettazione, ai suoi collaboratori nello svolgimento dell'incarico ed ai loro dipendenti, nonché agli affidatari di attività di supporto alla progettazione ed ai loro dipendenti.

2) Art. 56 del Regolamento, in tema di responsabilità del soggetto incaricato della verifica della progettazione.

Il soggetto incaricato dell'attività di verifica che sia inadempiente agli obblighi posti a suo carico dalle norme applicabili e dal contratto di appalto di servizi è escluso per i successivi tre anni dalle attività di verifica.

3) Art. 111 del Regolamento, in tema di offerta per l'esecuzione di lavori congiunta all'acquisizione di beni immobili.

L'art. 53, comma 6, del Codice prevede che, in sostituzione totale o parziale delle somme di denaro costituenti il corrispettivo del contratto, il bando di gara può contemplare il trasferimento all'affidatario della proprietà di beni immobili appartenenti all'amministrazione aggiudicatrice, alle condizioni ivi dettate, indicati nel programma di cui all'art. 128 per i lavori, o nell'avviso di preinformazione per i servizi e le forniture, e che non assolvono più a funzioni di interesse pubblico. In detta ipotesi, le offerte devono specificare (comma 8, art. 53 citato): a) se l'offerente ha interesse a conseguire la proprietà dell'immobile ed il prezzo che, in tal caso, viene offerto per l'immobile, nonché il differenziale di prezzo eventualmente necessario, per l'esecuzione del contratto; b) se l'offerente non ha interesse a conseguire la proprietà dell'immobile, il prezzo richiesto per l'esecuzione del contratto. La scelta fra dette opzioni, ai sensi dell'art. 111 del Regolamento, è obbligatoria a pena di esclusione (« (...) le buste contenenti le offerte specificano, a pena di esclusione, a quale delle due ipotesi ivi previste l'offerta fa riferimento»). Nel caso in cui la stazione appaltante, avvalendosi di quanto previsto al comma 10 dell'art. 53 del Codice, non abbia stanziato mezzi finanziari diversi dal prezzo per il trasferimento dell'immobile, quale corrispettivo del contratto, tenuto conto del fatto che la configurazione attuale dell'istituto non consente più la

presentazione di offerte finalizzate al solo acquisto dell'immobile, occorre precisare che sono escluse le offerte non congiunte e limitate alla sola esecuzione dei lavori.

4) Art. 119 del Regolamento, in tema di aggiudicazione al prezzo più basso determinato mediante offerta a prezzi unitari.

Se la procedura ristretta è aggiudicata con il metodo dell'offerta a prezzi unitari, alla lettera d'invito è allegata la lista delle lavorazioni e forniture previste per l'esecuzione dell'opera o dei lavori composta da sette colonne. Nella lista, vidimata in ogni suo foglio dal responsabile del procedimento, sono riportati per ogni lavorazione e fornitura, i dati previsti dal primo comma dell'art. 119 del Regolamento. Devono osservarsi le indicazioni dettate, a seconda della procedura di gara, dai successivi commi circa la conseguente redazione delle offerte. Inoltre, ai sensi del comma 5, nel caso di appalto di progettazione ed esecuzione, nonché nel caso di appalti i cui corrispettivi sono stabiliti esclusivamente a corpo ovvero a corpo e a misura, prima della formulazione dell'offerta, il concorrente ha l'obbligo di controllare le voci riportate nella lista attraverso l'esame degli elaborati progettuali, comprendenti anche il computo metrico estimativo, posti in visione ed acquisibili. In esito a tale verifica, il concorrente è tenuto ad integrare o ridurre le quantità che valuta carenti o eccessive e ad inserire le voci e relative quantità che ritiene mancanti, rispetto a quanto previsto negli elaborati grafici e nel capitolato speciale, nonché negli altri documenti che è stabilito facciano parte integrante del contratto, alle quali applica i prezzi unitari che ritiene di offrire. L'offerta va, inoltre, accompagnata, a pena di inammissibilità, da una dichiarazione di presa d'atto che l'indicazione delle voci e delle quantità non ha effetto sull'importo complessivo dell'offerta che, seppure determinato attraverso l'applicazione dei prezzi unitari offerti alle quantità delle varie lavorazioni, resta fisso ed invariabile.

A titolo esemplificativo, si elencano di seguito alcune ulteriori disposizioni del Codice e del Regolamento che prescrivono requisiti di partecipazione, in carenza dei quali è, quindi, possibile prevedere l'esclusione della gara, in relazione allo specifico appalto:

- 1) Art. 39 del Codice, relativo ai requisiti di idoneità professionale. Si applica la disposizione dell'art. 38, comma 3, che rinvia, ai fini degli accertamenti relativi alle cause di esclusione, all'art. 43 del d.P.R. n. 445/2000.
- 2) Art. 153 del Codice relativo ai requisiti del promotore e dei concessionari.
- 3) Art. 160-bis del Codice relativo alla locazione finanziaria di opere pubbliche o di pubblica utilità.
- 4) Art. 160 – ter del Codice relativo al contratto di disponibilità.
- 5) Artt. 186 – 191 del Codice, relativi ai requisiti di qualificazione dei contraenti generali.

- 6) Parte III, Capo III, Sezione V del Codice, riguardante la selezione qualitativa degli offerenti e la qualificazione nei cd. “settori speciali”.
- 7) Titolo II, Capo II del d.lgs. 15 novembre 2011 n. 208 (recante “Disciplina dei contratti pubblici relativi ai lavori, servizi e forniture nei settori della difesa e sicurezza, in attuazione della direttiva 2009/81/CE”), relativo ai requisiti negli appalti nel settore della difesa.
- 8) Artt. 48 e 50 del Regolamento, in tema di soggetti cui può essere affidata l’attività esterna di verifica della progettazione e di requisiti di partecipazione alle relative gare (si veda, anche, l’art. 29 dell’Allegato XXI del Codice).
- 9) Artt. 95 e 96 del Regolamento, laddove prevedono i requisiti del concessionario e del proponente.
- 10) Artt. 266 e 267 del Regolamento, sui requisiti per la partecipazione alle gare di servizi attinenti all’architettura e all’ingegneria.

PARTE II - Carenza di elementi essenziali ed incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta

1. Indicazioni generali

L'art. 46, comma 1-bis, prevede, accanto alla esclusione per violazione di norme, le seguenti ulteriori ipotesi:

- 1) incertezza assoluta sul contenuto dell'offerta;
- 2) incertezza assoluta sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali.

Al riguardo, si rammenta che, ai sensi degli artt. 73 e 74 del Codice:

- le domande di partecipazione e le offerte contengono gli elementi prescritti dal bando e, in ogni caso, gli elementi essenziali per identificare il candidato ed il suo indirizzo, nonché la procedura a cui la domanda di partecipazione si riferisce; esse sono, inoltre, corredate dei documenti prescritti dal bando;
- le offerte contengono gli elementi prescritti dal bando o dall'invito ovvero dal capitolato d'onori e, in ogni caso, gli elementi essenziali per identificare l'offerente ed il suo indirizzo, nonché la procedura cui si riferiscono, le caratteristiche ed il prezzo della prestazione offerta, unitamente alle dichiarazioni relative ai requisiti soggettivi di partecipazione.

Con dizione sostanzialmente identica, il comma 3 dell'art. 73 ed il comma 5 dell'art. 74 prevedono che le stazioni appaltanti richiedano gli elementi essenziali menzionati, nonché gli altri elementi e documenti necessari ovvero utili, nel rispetto del principio di proporzionalità in relazione all'oggetto del contratto ed alle finalità dell'offerta.

E' onere delle stazioni appaltanti redigere in modo chiaro la documentazione di gara, evidenziando gli adempimenti posti a pena di esclusione. Si rammenta, inoltre, che nell'interpretazione delle clausole della lex specialis deve darsi prevalenza alle espressioni letterali in esse contenute, dovendosi escludere ogni procedimento ermeneutico in funzione integrativa diretto ad evidenziare pretesi significati e ad ingenerare incertezze applicative. Inoltre, tutte le disposizioni che in qualche modo regolano i presupposti, lo svolgimento e la conclusione della gara, siano esse contenute nel bando, nella lettera d'invito ovvero negli altri documenti di gara, concorrono a formarne la disciplina e ne costituiscono, nel loro insieme, la lex

specialis. Quindi, in caso di oscurità ed equivocità, un corretto rapporto tra amministrazione e privato, che sia rispettoso dei principi generali del buon andamento dell'azione amministrativa e di imparzialità, del favor participationis nonché del dovere di buona fede delle parti nello svolgimento delle trattative (cfr. art. 1337 c.c.) impone che di quella disciplina sia data una lettura idonea a tutelare l'affidamento degli interessati (si veda, ad esempio, quanto già osservato in merito al potere-dovere di soccorso istruttorio).

2. La sottoscrizione dell'offerta

Le offerte e le domande di partecipazione devono essere debitamente sottoscritte da parte del titolare dell'impresa o del legale rappresentante dell'impresa o, comunque, da parte di altro soggetto munito di poteri idonei ad impegnare la volontà del concorrente, ai sensi degli artt. 73 e 74 del Codice.

Secondo il consolidato orientamento della giurisprudenza amministrativa e dell'Autorità, la sottoscrizione dell'offerta e della domanda di partecipazione è lo strumento mediante il quale l'autore fa proprie le dichiarazioni rese, serve a renderne nota la paternità ed a vincolare l'autore alla manifestazione di volontà in esse contenuta. Detta sottoscrizione costituisce, pertanto, un elemento essenziale, perché ha la funzione di ricondurre al suo autore l'impegno di effettuare la prestazione oggetto del contratto verso il corrispettivo richiesto ed assicurare, contemporaneamente, la provenienza, la serietà e l'affidabilità dell'offerta stessa (cfr. AVCP, parere n. 225 del 16 dicembre 2010; parere n. 78 del 30 luglio 2009).

Pertanto, la mancanza della sottoscrizione (o l'impossibilità di attribuirla ad un soggetto specifico, ad esempio perché illeggibile e priva della menzione della qualifica del sottoscrittore) inficia la validità della manifestazione di volontà contenuta nell'offerta/domanda di partecipazione, determinando la nullità delle stesse (e la conseguente irricevibilità), a garanzia della par condicio dei partecipanti (cfr. Cons. St., sez. V, 21 giugno 2012, n. 3669; sez. V, 25 gennaio 2011, n. 513).

Quanto precede vale sia con riguardo all'offerta economica che all'offerta tecnica, anche in assenza di una esplicita comminatoria di esclusione nella lex specialis; in caso di R.T.I. costituendo, è necessaria la sottoscrizione di tutti i partecipanti al raggruppamento temporaneo.

Si specifica che la sottoscrizione deve essere apposta in originale, al fine di scongiurare il rischio di eventuali manomissioni che pregiudicherebbero l'attendibilità dell'offerta/domanda di partecipazione e la loro insostituibilità (in tal senso, cfr. parere AVCP, 30 luglio 2009, n. 78).

Peraltro, deve ritenersi che il requisito della sottoscrizione possa dirsi soddisfatto per il tramite di forme equipollenti – quali, ad esempio, l'apposizione di una sigla, in calce all'offerta, unitamente al timbro dell'impresa ed alle generalità del legale rappresentante. Deve, al contrario, escludersi che possa essere

considerata equipollente alla sottoscrizione in calce l'apposizione della sottoscrizione sulla sigillatura del plico nel quale l'offerta stessa è contenuta, atteso che tale eventuale incombenza assolve unicamente all'esigenza di garantire la non manomissione del plico.

Occorre porre in rilievo che la sottoscrizione dell'offerta costituisce un adempimento di carattere essenziale anche in caso di procedura telematica di gara; vale in proposito quanto disposto dall'art. 77, comma 6, lett. b), del Codice, secondo cui le offerte presentate per via telematica possono essere effettuate solo utilizzando la firma elettronica digitale come definita e disciplinata dal d.lgs. n. 82/2005.

Quanto alla dibattuta questione della collocazione della sottoscrizione all'interno dell'offerta, è da escludersi la necessità di sottoscrizione su ogni pagina, atteso che detto adempimento sarebbe obiettivamente ridondante ed oneroso. E', pertanto, sufficiente l'apposizione della firma in calce ovvero in chiusura del documento (non sul frontespizio, in testa o sulla prima pagina del documento; in tal senso, cfr. anche Cons. St., sez. V, 20 aprile 2012, n. 2317), come volontà di adesione a quanto offerto e come consapevole assunzione della relativa responsabilità.

Per altro verso, non può essere richiesta, a pena di esclusione, l'allegazione del documento di identità per la parte economica e tecnica dell'offerta, sia perché quest'ultima non ha valore giuridico di "autocertificazione" ai sensi del d.P.R. n. 445/2000 sia perché l'allegazione di copia del documento di identità è, di norma, già prescritta dal disciplinare di gara all'interno della busta contenente la documentazione amministrativa (cfr. AVCP parere 9 febbraio 2011, n. 21; parere 20 ottobre 2011 n. 183; in senso analogo, T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 23 maggio 2012, n. 1397).

3. Accettazione delle condizioni generali di contratto

Si ritiene legittimo prescrivere, a pena di esclusione, l'accettazione delle condizioni contrattuali contenute nella documentazione di gara. Ciò avviene, di norma, mediante una espressa dichiarazione con la quale il concorrente dichiara di aver esatta cognizione del contenuto delle stesse, fatta comunque salva la facoltà dell'esecutore di apporre eventuali riserve in fase di esecuzione nei modi ed entro i limiti consentiti dalla normativa vigente.

Più in dettaglio, a titolo esemplificativo, possono citarsi:

- (i) l'accettazione delle norme e delle condizioni legittime contenute nel bando di gara, nel disciplinare di gara, nei suoi allegati, nel capitolato speciale d'appalto e, comunque, di tutte le disposizioni che concernono la fase esecutiva del contratto;
- (ii) la dichiarazione di aver preso esatta cognizione della natura del contratto e delle condizioni contrattuali, nonché di ogni altra circostanza che possa aver influito o che possa influire sulla determinazione dei prezzi e sull'esecuzione dell'opera/servizio/fornitura, anche a fronte di

eventuali maggiorazioni di costi che dovessero intervenire per lievitazione dei prezzi durante l'esecuzione, e la rinuncia a qualsiasi azione o eccezione in merito, avendo tenuto conto di tutto ciò nella determinazione dei prezzi offerti – che si ritengono remunerativi - e dei modi e tempi di esecuzione dell'opera/servizio/fornitura prospettati;

- (iii) l'accettazione del Piano di Sicurezza e Coordinamento, nonché la stima dei conseguenti oneri, che rimarranno comunque fissi ed invariabili, fatta salva la possibilità di esercitare la facoltà prevista dall'art. 100, comma 5, del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81 ("Attuazione dell'articolo 1 della legge 3 agosto 2007, n. 123, in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro);
- (iv) l'assunzione di tutti gli obblighi di tracciabilità dei flussi finanziari di cui all'art. 3 della legge 13 agosto 2010, n. 136 e successive modifiche ed integrazioni;
- (v) l'accettazione degli obblighi in materia di contrasto delle infiltrazioni criminali negli appalti previsti nell'ambito di protocolli di legalità/patti di integrità..

Alcune puntualizzazioni si rendono necessarie con riguardo a tale ultima fattispecie.

I cd. protocolli di legalità/patti di integrità sanciscono un comune impegno ad assicurare la legalità e la trasparenza nell'esecuzione di un dato contratto pubblico, in particolar modo per la prevenzione, il controllo ed il contrasto dei tentativi di infiltrazione mafiosa, nonché per la verifica della sicurezza e della regolarità dei luoghi di lavoro. Nei protocolli le amministrazioni assumono, di regola, l'obbligo di inserire nei bandi di gara, quale condizione per la partecipazione, l'accettazione preventiva, da parte degli operatori economici, di determinate clausole che rispecchiano le finalità di prevenzione indicate. Deve ritenersi che la previsione dell'accettazione dei protocolli di legalità e dei patti di integrità quale possibile causa di esclusione sia tuttora consentita, in quanto tali mezzi sono posti a tutela di interessi di rango sovraordinato e gli obblighi in tal modo assunti discendono dall'applicazione di norme imperative di ordine pubblico, con particolare riguardo alla legislazione in materia di prevenzione e contrasto della criminalità organizzata nel settore degli appalti.

Mediante l'accettazione delle clausole sancite nei protocolli di legalità al momento della presentazione della domanda di partecipazione e/o dell'offerta, infatti, l'impresa concorrente accetta, in realtà, regole che rafforzano comportamenti già doverosi per coloro che sono ammessi a partecipare alla gara e che prevedono, in caso di violazione di tali doveri, sanzioni di carattere patrimoniale, oltre alla conseguenza, comune a tutte le procedure concorsuali, della estromissione dalla gara (cfr. Cons. St., sez. VI, 8 maggio 2012, n. 2657; Cons. St., 9 settembre 2011, n. 5066).

4. Offerte condizionate, plurime ed in aumento

Deve essere ricondotta all'ipotesi di incertezza sul contenuto dell'offerta la presentazione di offerte condizionate o con riserve. L'offerta condizionata è vietata per principio generale in materia di appalti,

codificato dall'art. 72, r.d. 23 maggio 1924, n. 827 («Qualunque sia la forma degli incanti, non sono ammesse le offerte per telegramma, né le offerte condizionate o espresse in modo indeterminato o con semplice riferimento ad altra offerta propria o di altri») , in quanto la stessa, non essendo univoca ed idonea a manifestare una volontà certa dell'impresa, non può costituire un'offerta suscettibile di valutazione per la pubblica amministrazione.

Non possono, inoltre, ritenersi ammissibili le cd. offerte plurime, come del resto stabilito dall'art. 11, comma 6 del Codice, secondo cui «ciascun concorrente non può presentare più di un'offerta»: deve, al contrario, ribadirsi il principio della unicità dell'offerta che impone ai partecipanti alle gare di presentare un'unica proposta tecnica ed economica. Detto principio risponde non soltanto alla necessità di garantire l'effettiva par condicio dei concorrenti, ma anche a quella di far emergere la migliore offerta nella gara. In particolare, si specifica che l'offerta tecnica non può contenere, al suo interno, una pluralità di proposte progettuali tra loro alternative, fermo restando quanto osservato a proposito dell'applicazione della disciplina delle varianti.

Secondo la consolidata posizione dell'Autorità, inoltre, non vi sono dubbi circa la vigenza del divieto di presentazione di offerte in aumento rispetto all'importo a base di gara, introdotto con la l. 18 novembre 1998, n. 415 (c.d. Merloni ter) al precipuo fine di impedire lievitazioni della spesa pubblica rispetto alla preventiva programmazione e ribadito dall'art. 82, comma 1, del Codice. Detto divieto deve ritenersi sussistente qualunque sia il criterio di aggiudicazione della gara e, pertanto, sia nel caso di appalti da aggiudicare al prezzo più basso (cfr. parere AVCP 12 febbraio 2009) che nel caso di appalti da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Con riguardo a tale ultimo profilo, si rammenta che l'art. 283, comma 3, del Regolamento, nel delineare la procedura in caso di aggiudicazione di servizi e forniture con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, contiene un esplicito riferimento alla lettura dei “ribassi espressi in lettere” e delle riduzioni delle offerte economiche.

5. Presentazione della cauzione provvisoria

Il Codice disegna un peculiare e specifico sistema di garanzie, volto a tutelare la stazione appaltante sia nella fase pubblicistica di scelta del contraente sia in quella privatistica di esecuzione del contratto. Con riguardo alla fase di partecipazione alla procedura di gara, assumono rilievo le disposizioni dettate sulle garanzie a corredo dell'offerta, che coprono la stazione appaltante dal rischio di mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'affidatario.

Occorre, in proposito, distinguere tra contratti nei settori ordinari e contratti nei settori speciali.

Per i settori ordinari, la norma di riferimento è costituita dall'art. 75 del Codice. La disposizione presenta un contenuto immediatamente prescrittivo e vincolante, tale per cui deve ritenersi che la presentazione della cauzione provvisoria configuri un adempimento necessario a pena di esclusione. La garanzia provvisoria

assolve, infatti, allo scopo di assicurare la serietà dell'offerta e di costituire una liquidazione preventiva e forfettaria del danno nel caso non si addivenga alla stipula del contratto per causa imputabile all'aggiudicatario. Pertanto, essa è un elemento essenziale dell'offerta e non un mero elemento di corredo della stessa.

.

L'offerta presentata senza la garanzia ovvero con una garanzia sprovvista degli elementi di cui all'art. 75, comma 4, è, quindi, carente di un elemento essenziale e, per ciò stesso, non ammissibile.

A titolo esemplificativo, non è sufficiente che l'operatore economico si impegni a presentare la cauzione ovvero dichiarare di esserne nella disponibilità, senza produrla materialmente.

Più in dettaglio, il comma 1 dell'art. 75 prescrive che «l'offerta è corredata da una garanzia, pari al due per cento del prezzo base indicato nel bando o nell'invito, sotto forma di cauzione o di fideiussione, a scelta dell'offerente» ovvero, nel caso di procedure di gara realizzate in forma aggregata da centrali di committenza, «nella misura massima del 2 per cento del prezzo base»; il successivo comma 4 dell'art. 75 stabilisce che «la garanzia deve prevedere espressamente la rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale, la rinuncia all'eccezione di cui all'articolo 1957, comma 2, del codice civile, nonché l'operatività della garanzia medesima entro quindici giorni, a semplice richiesta scritta della stazione appaltante».

Nel caso degli appalti di lavori, la cauzione è parametrata all'importo complessivo degli stessi, inclusi gli oneri per la sicurezza; nel caso di appalto integrato, devono essere compresi anche gli oneri della progettazione.

Ai sensi dell'art. 75, comma 7, l'importo della garanzia e del suo eventuale rinnovo, è ridotto del cinquanta per cento per gli operatori economici ai quali venga rilasciata, da organismi accreditati, ai sensi delle norme europee della serie UNI CEI EN 45000 e della serie UNI CEI EN ISO/IEC 17000, la certificazione del sistema di qualità conforme alle norme europee della serie UNI CEI ISO 9000. La norma deve essere coordinata con quanto prescritto dall'art. 63 del Regolamento ai fini della qualificazione nelle classifiche superiori alla I ed alla II, per la quale le imprese devono possedere obbligatoriamente il sistema di qualità aziendale conforme alle norme europee della serie UNI EN ISO 9000. Pertanto, in tal caso, l'importo della cauzione è da ritenersi sempre dimezzato. Nelle altre ipotesi, l'art. 75, comma 7, prescrive che l'operatore economico segnali, in sede di offerta, il possesso del requisito e lo documenti nei modi prescritti dalle norme vigenti: di conseguenza, la presentazione di una cauzione dimezzata senza che il possesso della certificazione di qualità venga debitamente dichiarato e documentato costituisce causa di esclusione. E' ammissibile consentire al concorrente di integrare la documentazione attestante il possesso della certificazione, qualora questa sia stata segnalata, purché sussistente al momento della scadenza del termine per la presentazione delle offerte/domanda di partecipazione.

Con riguardo, invece, ai settori speciali, si rileva che l'art. 75 del Codice non è richiamato dall'art. 206, comma 1, e, pertanto, non sembra rientrare tra le disposizioni che trovano immediata applicazione

nell'ambito di tali settori. Tuttavia, il comma 3 dell'art. 206 prevede espressamente che, nel rispetto del principio di proporzionalità, gli enti aggiudicatori possano applicare altre disposizioni della parte II del Codice, alla cui osservanza non sono obbligati, indicandole nell'avviso con cui si indice la gara ovvero, nelle procedure in cui manchi l'avviso con cui si indice la gara, nell'invito a presentare un'offerta. Ciò significa che l'applicazione dell'art. 75 potrebbe essere legittimamente disposta dalla *lex specialis*, ove ritenuto opportuno e congruente con l'oggetto del contratto. In tal caso, tornerebbero valide le considerazioni esposte con riguardo ai settori ordinari.

Fermo restando quanto precede, più complessa appare l'ipotesi di presentazione di una cauzione provvisoria di importo deficitario, giacché parte della giurisprudenza ammette, in tal caso, l'esercizio del soccorso istruttorio volto a fare integrare la garanzia. Si ritiene che la questione vada ricondotta ai principi generali che presidono l'applicazione dell'art. 46, comma 1, del Codice in tema di integrazione documentale, ammissibile solo ove non incida sulla parità di trattamento tra i concorrenti e, quindi, nel caso di specie, in ipotesi di evidente errore formale.

Alla luce di quanto osservato, costituiscono cause di esclusione:

- 1) mancata presentazione della cauzione provvisoria;
- 2) cauzione non conforme a quanto stabilito dall'art. 75, comma 4 e, pertanto, priva della rinuncia espressa al beneficio della preventiva escussione del debitore principale, della rinuncia all'eccezione di cui all'art. 1957, comma 2, c.c., nonché priva della clausola di operatività della garanzia medesima entro quindici giorni, a semplice richiesta scritta della stazione appaltante;
- 3) cauzione di importo errato in diminuzione, fermo restando quanto sopra circa l'errore formale; rientra, in tale ultima ipotesi, il caso della cauzione presentata in misura dimezzata senza il rispetto di quanto osservato sul possesso di certificazione del sistema di qualità conforme alle norme europee della serie UNI CEI ISO 9000;
- 4) cauzione sprovvista dell'indicazione del soggetto garantito; nel caso di ATI costituenda, la cauzione deve essere intestata a tutte le imprese associande;
- 5) cauzione prestata con modalità non consentite; al riguardo, si evidenzia che l'art. 28 del d.lgs. 19 settembre 2012, n. 169 ha modificato l'art. 75, comma 3, del Codice prevedendo che la fideiussione, a scelta dell'offerente, «può essere bancaria o assicurativa o rilasciata dagli intermediari iscritti nell'albo di cui all'articolo 106 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, che svolgono in via esclusiva o prevalente attività di rilascio di garanzie e che sono sottoposti a revisione contabile da parte di una società di revisione iscritta nell'albo previsto dall'articolo 161 del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58»;
- 6) cauzione prestata con validità inferiore a quella prescritta dal bando o, in mancanza, inferiore a centottanta giorni come prescritto dall'art. 75, comma 5, del Codice;
- 7) cauzione non sottoscritta dal garante; si ritiene, inoltre, legittima l'esclusione da una gara d'appalto

dell'impresa concorrente che, in violazione di una espressa e chiara previsione della lex specialis, ometta di produrre la cauzione provvisoria con sottoscrizione autenticata (parere AVCP 19 luglio 2012 n. 118; Cons. St., sez. VI, 6 giugno 2011, n. 3365), purché il bando prescriva espressamente tale adempimento e lo sanzioni con l'esclusione.

- 8) mancata presentazione dell'impegno del fideiussore «a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto, di cui all'articolo 113, qualora l'offerente risultasse affidatario» (cfr. art. 75, comma 8, del Codice).

6. Mancata effettuazione del sopralluogo

6.1 Lavori

La mancata effettuazione del sopralluogo negli appalti di lavori integra, al contempo, una violazione di una prescrizione del Regolamento (art. 106, comma 2) ed una carenza di un elemento essenziale dell'offerta.

In base all'art. 106, comma 2, del Regolamento, infatti, l'offerta da presentare per l'affidamento degli appalti e delle concessioni di lavori pubblici «è accompagnata dalla dichiarazione con la quale i concorrenti attestano di avere direttamente o con delega a personale dipendente esaminato tutti gli elaborati progettuali, compreso il calcolo sommario della spesa o il computo metrico estimativo, ove redatto, di essersi recati sul luogo di esecuzione dei lavori, di avere preso conoscenza delle condizioni locali, della viabilità di accesso, di aver verificato le capacità e le disponibilità, compatibili con i tempi di esecuzione previsti, delle cave eventualmente necessarie e delle discariche autorizzate, nonché di tutte le circostanze generali e particolari suscettibili di influire sulla determinazione dei prezzi, sulle condizioni contrattuali e sull'esecuzione dei lavori e di aver giudicato i lavori stessi realizzabili, gli elaborati progettuali adeguati ed i prezzi nel loro complesso remunerativi e tali da consentire il ribasso offerto. La stessa dichiarazione contiene altresì l'attestazione di avere effettuato una verifica della disponibilità della mano d'opera necessaria per l'esecuzione dei lavori nonché della disponibilità di attrezzature adeguate all'entità e alla tipologia e categoria dei lavori in appalto».

Inoltre, per gli appalti e le concessioni di lavori pubblici relativi alle infrastrutture strategiche, l'allegato XXI del Codice, all'art. 36, comma 4, stabilisce che l'offerta da presentare è accompagnata «dalla dichiarazione con la quale i concorrenti attestano di avere esaminato gli elaborati progettuali, compreso il computo metrico, di essersi recati sul luogo di esecuzione dei lavori, di avere preso conoscenza delle condizioni locali, della viabilità di accesso, delle cave eventualmente necessarie e delle discariche autorizzate nonché di tutte le circostanze generali e particolari suscettibili di influire sulla determinazione dei prezzi, sulle condizioni contrattuali e sull'esecuzione dei lavori e di aver giudicato i lavori stessi realizzabili, gli elaborati progettuali adeguati ed i prezzi nel loro complesso remunerativi e tali da consentire il ribasso offerto. La

stessa dichiarazione contiene altresì l'attestazione di avere effettuato una verifica della disponibilità della mano d'opera necessaria per l'esecuzione dei lavori nonché della disponibilità di attrezzature adeguate all'entità e alla tipologia e categoria dei lavori in appalto».

Il citato art. 106, comma 2 – diversamente da quanto disposto dall'art. 119 del Regolamento in tema di formalità da osservarsi in caso di aggiudicazione al prezzo più basso determinato mediante offerta a prezzi unitari - non prescrive espressamente l'esclusione in caso di mancata effettuazione del sopralluogo; si tratta, tuttavia, di un adempimento che deve essere necessariamente eseguito in una fase antecedente alla presentazione dell'offerta, proprio perché volto ad assicurare che il concorrente abbia piena contezza delle condizioni di esecuzione dei lavori.

In altri termini, la mancata effettuazione tempestiva del sopralluogo non può che determinare l'esclusione del concorrente.

Le stazioni appaltanti sono tenute ad indicare chiaramente, nella lex specialis di gara, quali soggetti debbano effettuare il sopralluogo, consentendo alle imprese - per favorire la partecipazione alle gare e limitare le spese connesse - di delegare detto adempimento a soggetti diversi dal rappresentante legale o direttore tecnico, purché dipendenti del concorrente. Inoltre, è da ritenersi consentita la delega plurima ad un medesimo soggetto da parte di più imprese, purché appartenenti allo stesso raggruppamento, anche se non costituito.

Diversa dall'ipotesi di mancata effettuazione del sopralluogo è quella della mancata allegazione della dichiarazione ai sensi dell'art. 106 del Regolamento, nel caso in cui il concorrente abbia, comunque, materialmente provveduto ad effettuare detto adempimento. In tale evenienza, essendo la dichiarazione un documento rilasciato dalla medesima stazione appaltante, nel caso di mancata produzione all'interno della documentazione amministrativa, la sanzione dell'esclusione si rivela sproporzionata, potendo l'amministrazione procedente facilmente verificare l'avvenuta effettuazione del sopralluogo, purché la copia del relativo certificato, conservato presso la stazione appaltante, sia stata debitamente sottoscritta dal soggetto che ha effettuato il sopralluogo.

6.2 Servizi e forniture

L'art. 106 è riferito unicamente agli appalti di lavori e non vi è una norma analoga per i servizi e per le forniture. Tuttavia, anche in detti settori, vi sono dei casi in cui difficilmente un operatore economico può formulare un'offerta attendibile senza aver preso visione dei luoghi: in tali ipotesi, può ritenersi che il sopralluogo costituisca un elemento essenziale dell'offerta, poiché indispensabile per la formulazione della stessa (cfr. parere AVCP n. 105 del 9 giugno 2011). Una simile circostanza, peraltro, deve risultare espressamente ed inequivocabilmente dalla documentazione di gara.

In particolare, la stazione appaltante può prescrivere il sopralluogo a pena di esclusione qualora l'oggetto

del contratto abbia una stretta e diretta relazione con gli organismi edilizi – come, ad esempio, avviene per il global service – ovvero qualora la prestazione debba essere eseguita in ambienti specifici e particolari (si pensi al caso di forniture biomedicali da installare in ambienti ospedalieri).

Si ribadisce che le stazioni appaltanti sono tenute, in ogni caso, ad indicare chiaramente nella lex specialis di gara se il sopralluogo è obbligatorio o facoltativo, nonché quali soggetti devono effettuarlo, consentendo alle imprese - per favorire la partecipazione alle gare e limitare le spese connesse - di delegare detto adempimento a soggetti diversi dal rappresentante legale o direttore tecnico, purché dipendenti del concorrente. Inoltre, è da ritenersi consentita la delega plurima ad un medesimo soggetto da parte di più imprese, purché appartenenti allo stesso raggruppamento, anche se non costituito. Vale, altresì, quanto osservato per gli appalti di lavori a proposito del certificato di avvenuto sopralluogo.

PARTE III – Irregolarità concernenti gli adempimenti formali di partecipazione alla gara

L'art. 46, comma 1-bis, contempla la possibilità di esclusione in tutti i casi in cui sia violato il principio di segretezza delle offerte, riferendosi all'ipotesi di incertezza assoluta sulla provenienza dell'offerta ed alla non integrità del plico o ad altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte. Vanno, in effetti, ricondotti alla categoria in esame i casi di violazione di una serie di cautele previste nei documenti di gara, che sono volte ad assicurare l'integrità dei plichi contenenti l'offerta o la domanda di partecipazione e, in definitiva, il corretto svolgimento della procedura di gara. La presentazione delle offerte e delle domande di partecipazione, infatti, deve essere assistita dall'osservanza di alcuni adempimenti di carattere formale, tesi ad assicurare il rispetto di principi di primaria importanza, quali quello della segretezza ed immodificabilità delle proposte contrattuali formulate, nonché il principio di parità di trattamento.

1. Modalità di presentazione delle offerte e delle domande di partecipazione

Con specifico riguardo alla presentazione delle offerte e/o delle domande di partecipazione, per quanto attiene all'individuazione dell'offerente, si ritiene che l'esclusione possa conseguire alle seguenti violazioni:

1. mancata indicazione sul plico esterno generale del riferimento della gara cui l'offerta è rivolta;
2. apposizione sul plico esterno generale di un'indicazione totalmente errata o generica, al punto che non sia possibile individuare il plico pervenuto come contenente l'offerta per una determinata gara;
3. mancata sigillatura del plico e delle buste interne con modalità di chiusura ermetica che ne assicurino l'integrità e ne impediscano l'apertura senza lasciare manomissioni; si precisa che per "sigillatura" deve intendersi una chiusura ermetica recante un qualsiasi segno o impronta, apposto su materiale plastico come ceralacca o piombo o striscia incollata, tale da rendere chiusi il plico e le buste, attestare l'autenticità della chiusura originaria proveniente dal mittente, nonché garantire l'integrità e la non manomissione del plico e delle buste; si precisa, altresì, che il bando può prescrivere a pena di esclusione l'apposizione della controfirma sui lembi di chiusura del plico e delle buste ivi contenute;
4. mancata apposizione sulle buste interne al plico di idonea indicazione per individuare il contenuto delle stesse; si evidenzia che l'esclusione sarebbe da considerarsi illegittima qualora, ad esempio, la busta contenente l'offerta economica, ancorché priva della dicitura richiesta, fosse comunque distinguibile dalle restanti buste munite della corretta dicitura;
5. mancato inserimento dell'offerta economica e di quella tecnica in buste separate (cfr. infra),

debitamente sigillate, all'interno del plico esterno generale. Si precisa che, in caso di divisione in lotti con possibilità di concorrere all'aggiudicazione di più di un lotto, l'offerta economica acquista una propria autonomia in relazione ad ogni lotto e, pertanto, deve essere separatamente redatta per ogni lotto.

Al contrario, non possono costituire cause legittime di esclusione, inter alia:

1. la mancata o errata indicazione, su una o più delle buste interne, del riferimento alla gara cui l'offerta è rivolta, nel caso in cui detta indicazione sia comunque presente sul plico generale esterno, debitamente chiuso e sigillato;
2. la mancata indicazione del riferimento della gara su uno o più documenti componenti l'offerta;
3. la mancata apposizione sul plico dell'indicazione del giorno e dell'ora fissati per l'espletamento della gara.

Come osservato a proposito dell'applicazione dell'art. 46, comma 1-bis, resta salva la facoltà delle stazioni appaltanti di rilevare, nel caso concreto, ulteriori circostanze che, inducendo a ritenere violato il principio di segretezza delle offerte, comportino l'esclusione debitamente motivata del concorrente.

2. Difetto di separazione dell'offerta economica dall'offerta tecnica

La regola della separazione fisica dell'offerta economica dall'offerta tecnica costituisce un principio di derivazione giurisprudenziale oramai consolidato, che garantisce un ordinato svolgimento della gara ed impone, al contempo, di compiere le verifiche documentali e gli apprezzamenti tecnici in una fase antecedente a quella in cui si conoscerà l'ammontare delle offerte economiche (cfr. Cons. St., sez. VI, n.1935/2001; Cons. St., sez. V, n. 196/2007; T.A.R. Lombardia, Brescia, n. 555/2005; AVCP del. n. 31/2009). Risultano improntati a tale principio gli articoli 120 e 283 del Regolamento.

In questo caso, la forma procedurale risponde all'esigenza di assicurare trasparenza, imparzialità e segretezza delle offerte; in tal modo, la verifica dei requisiti e la valutazione dell'offerta tecnica vengano effettuate senza condizionamenti derivanti dalla anticipata conoscenza della componente economica. Tra le varie ipotesi che realizzano il difetto di separazione predetto si annoverano, a mero titolo esemplificativo: la mancata separazione dell'offerta tecnica e dell'offerta economica all'interno del plico, come prescritto dal bando; l'inserimento di elementi concernenti il prezzo esclusivamente in documenti non contenuti nella busta dedicata all'offerta economica.

3. Modalità di presentazione delle dichiarazioni sostitutive

In base al combinato disposto degli artt. 46 e 47 ed alla definizione contenuta nell'art. 1 del d.P.R. n. 445/2000, la dichiarazione sostitutiva deve essere debitamente sottoscritta, in quanto solamente la sottoscrizione costituisce fonte di responsabilità, anche penale, in conseguenza della eventuale falsità dell'atto; in difetto di sottoscrizione, l'atto è privo di un elemento essenziale, perché possa venire in esistenza in relazione alla funzione cui è destinato. Da ciò consegue, inoltre, che la dichiarazione sostitutiva non sottoscritta è insuscettibile di successiva sanatoria (Cons. St., sez. V, n. 5489/2002), pena la violazione della par condicio competitorum.

La dichiarazione può essere resa utilizzando una pluralità di fogli separati tra loro, apponendo un'unica sottoscrizione nell'ultima pagina, dal momento che non si rinviene, nella normativa vigente, un obbligo di sottoscrizione su ogni pagina (cfr. art. 38 del d.P.R. n. 445/2000); inoltre, detto onere non sembra rispondere ad alcun apprezzabile interesse della pubblica amministrazione, non potendo, di per sé, evitare la produzione di dichiarazioni mendaci. La sottoscrizione in calce sta, quindi, a significare l'appropriazione dell'atto nel suo complesso, senza che il dichiarante possa disconoscerne parte del contenuto in un momento successivo al rilascio.

Una ulteriore formalità concerne l'indicazione della data di rilascio della dichiarazione che, secondo recente giurisprudenza (T.A.R. Piemonte, Torino, sez. II, n. 336/2011), a cui si ritiene di aderire, non è determinante per la validità dell'atto, in quanto il riferimento temporale può essere agevolmente individuato nella data di scadenza del termine per la presentazione delle offerte.

Parimenti, non costituisce un requisito sostanziale per la validità delle dichiarazioni, ai sensi del d.P.R. n. 445/2000, il richiamo alle sanzioni penali previste per il rilascio di dichiarazioni mendaci.

Per giurisprudenza consolidata, invece, l'allegazione della copia del documento di identità costituisce un elemento essenziale per il perfezionamento della dichiarazione medesima, consentendo di comprovare non solo le generalità del dichiarante, ma anche la riferibilità della dichiarazione stessa al soggetto dichiarante (si veda, ex multis, Cons. St., sez. III, 16 marzo 2012 n. 1524). La mancanza di tale elemento essenziale costituisce una carenza non superabile con successiva integrazione dei documenti ai sensi dell'art. 46 del Codice. Appare, al contrario, ammissibile che il concorrente produca un documento di identità valido in luogo di quello allegato, ma scaduto (cfr. Cons. St., sez. VI, 18 aprile 2011, n. 2366).

Fermo restando quanto sin qui osservato, deve precisarsi che, qualora più dichiarazioni vengano rese dalla medesima persona e facciano parte di un medesimo insieme probatorio, non può costituire causa di esclusione la circostanza che dette dichiarazioni non siano accompagnate, ciascuna, da una copia del documento di identità (cfr. parere AVCP n. 48 del 21 marzo 2012; Cons. St., sez. V, 3 gennaio 2006, n. 25; cfr. anche sez. IV, 5 marzo 2008, n. 94), giacché, in tal caso, la prova del nesso di imputabilità soggettiva della dichiarazione alla determinata persona fisica da cui proviene emerge oggettivamente dal riscontro del contesto documentale. Pertanto, nel caso in cui venga inserita nel plico almeno una copia fotostatica del

documento di identità, ciò è sufficiente a conseguire lo scopo della identificazione del rappresentante che ha reso le dichiarazioni sostitutive ed instaura un nesso biunivocamente rilevante tra dichiarazione e responsabilità personale del sottoscrittore (cfr. Cons. St., sez. V, 20 ottobre 2008, n. 5109; id., 26 gennaio 2012, n. 337).

Quanto al contenuto della dichiarazione sostitutiva, questa deve avere i caratteri della completezza, correttezza e veridicità, sufficienti a dimostrare il possesso dello specifico requisito di gara e consentire il controllo ex post da parte della stazione appaltante.

4. Utilizzo di moduli predisposti dalle stazioni appaltanti

La prescrizione dell'utilizzo di moduli predisposti dalle stazioni appaltanti per la presentazione delle domande non può essere imposta a pena di esclusione (artt. 73, comma 4 e 74, comma 3), fatto salvo il disposto dell'art. 74, comma 3, per il caso in cui l'offerta del prezzo sia determinata mediante prezzi unitari. Il comma 2-bis dello stesso art. 74 specifica, inoltre, che le stazioni appaltanti richiedono, di norma, l'utilizzo di moduli di dichiarazione sostitutiva dei requisiti di partecipazione di ordine generale e, per i contratti relativi a servizi e forniture o per i contratti relativi a lavori di importo pari o inferiore a 150.000 euro, dei requisiti di partecipazione economico-finanziari e tecnico-organizzativi. I moduli sono predisposti dalle stazioni appaltanti sulla base dei modelli standard definiti con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, acquisito l'avviso dell'Autorità.

Secondo la più recente giurisprudenza, nell'ipotesi in cui la stazione appaltante abbia predisposto moduli per l'attestazione dei requisiti di partecipazione, eventuali omissioni non potrebbero riverberarsi a danno dei concorrenti che hanno fatto affidamento sulla correttezza ed esaustività del modello predisposto dall'amministrazione (Cons. St., sez. V, sentenza 22 maggio 2012 n. 2973).

5. Mezzi di comunicazione tra operatori economici e stazioni appaltanti

L'art. 77 del Codice stabilisce che tutte le comunicazioni e tutti gli scambi di informazioni tra stazioni appaltanti ed operatori economici possono avvenire, «a scelta delle stazioni appaltanti», mediante i mezzi ivi menzionati, che devono essere comunemente disponibili, nonché individuati nel bando di gara o nell'invito alla procedura.

La libertà di scelta accordata alle stazioni appaltanti deve esercitarsi nel rispetto delle regole poste dallo stesso art. 77 e, più in generale, dei principi di proporzionalità, ragionevolezza e non discriminazione. La norma deve, inoltre, essere coordinata con quanto disposto dal comma 5-quinquies dell'art. 79 del Codice (inserito dall'art. 2, comma 1, lett. d) del d.lgs 20 marzo 2010, n. 53) secondo cui «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».

Al riguardo, si osserva che, mentre il domicilio può considerarsi un elemento essenziale per identificare il concorrente e, quindi, per accertare la provenienza dell'offerta (per cui si ritiene possibile prevederne l'indicazione nella domanda di partecipazione/offerta a pena di esclusione), la stessa valenza non può essere attribuita al numero di fax ed all'indirizzo di posta elettronica, che rilevano, invece, esclusivamente ai fini delle comunicazioni; di conseguenza, la mancata indicazione degli stessi comporta solo l'esonero della responsabilità della stazione appaltante per le comunicazioni non effettuate o non correttamente pervenute (in tal senso, cfr. parere AVCP n. 23 del 9 febbraio 2011).

E', quindi, ammissibile la richiesta del fax o dell'indirizzo di posta elettronica ai fini delle comunicazioni, anche cumulativamente, con l'avvertimento che, in caso mancata indicazione, l'amministrazione non sarà responsabile per il tardivo o mancato recapito delle comunicazioni.