



Nota illustrativa

Bando tipo n. .../2020

Schema di disciplinare di gara

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

Premessa.....	4
1. Il bando tipo per i contratti di servizi e forniture: aspetti generali	6
2. La tassatività delle cause di esclusione e il soccorso istruttorio	6
3. Prescrizioni per la prevenzione dell'illegalità e della corruzione.....	9
4. Le premesse al Disciplinare tipo.....	10
5. La piattaforma telematica: utilizzo e funzionamento (articolo 1 Disciplinare)	11
6. Documentazione di gara, chiarimenti e comunicazioni (articolo 2 Disciplinare).....	12
7. Oggetto dell'appalto, importo e suddivisione in lotti (articolo 3 Disciplinare).....	13
8. Durata dell'appalto, opzioni e rinnovo (articolo 4 Disciplinare).....	15
9. Soggetti ammessi in forma singola e associata e condizioni di partecipazione (articolo 5 Disciplinare).....	16
10. Requisiti generali (articolo 6 Disciplinare).....	17
11. Requisiti speciali e mezzi di prova (articolo 7 Disciplinare)	17
12. Avalimento (articolo 8 Disciplinare).....	20
13. Subappalto (articolo 9 Disciplinare).....	21
14. Garanzia provvisoria (articolo 10 Disciplinare)	22
15. Sopralluogo (articolo 11 Disciplinare)	23
16. Pagamento in favore dell'Autorità (articolo 12 Disciplinare).....	24
17. Modalità di presentazione dell'offerta e sottoscrizione dei documenti di gara (articolo 13 Disciplinare).....	25
18. Soccorso istruttorio (articolo 14 Disciplinare).....	26
19. Documentazione amministrativa (articolo 15 Disciplinare).....	26
20. Offerta tecnica (articolo 16 Disciplinare).....	27
21. Offerta economica (articolo 17 Disciplinare).....	27
22. Criterio di aggiudicazione (articolo 18 Disciplinare).....	27
23. Commissione giudicatrice (articolo 19 Disciplinare)	30

24.	Svolgimento delle operazioni di gara (articolo 20 Disciplinare)	30
25.	Verifica documentazione amministrativa (articolo 21 Disciplinare).	31
26.	Valutazione delle offerte tecniche ed economiche (articolo 22 Disciplinare).....	32
27.	26 Verifica di anomalia delle offerte (articolo 23 Disciplinare).....	32
28.	Aggiudicazione dell'appalto e stipula del contratto (articolo 24 Disciplinare).....	33
29.	Obblighi relativi alla tracciabilità dei flussi finanziari (articolo 25 Disciplinare)	35
30.	Clausola sociale e altre condizioni di partecipazione (articolo 26 Disciplinare)	35
31.	Codice etico (articolo 27 Disciplinare)	36
32.	Accesso agli atti (articolo 28 Disciplinare)	36
33.	Definizione delle controversie (articolo 29 Disciplinare).....	36
34.	31 Trattamento dei dati personali (articolo 30 Disciplinare)	36

Premessa

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

L'Autorità ha avviato un'attività di aggiornamento del Bando tipo n. 1, sulla scorta delle diverse modifiche introdotte al Codice ad opera, in particolare, del decreto legge n. 32/19 convertito in legge n. 55/19 e del decreto legge n. 76/20 convertito in legge 120/20. A tal fine, dopo aver emanato il Comunicato del Presidente del 23 ottobre 2019, nel quale erano indicate le modifiche normative intervenute che avevano un impatto sul Bando tipo n. 1, l'Autorità ha provveduto ad effettuare una valutazione di impatto della regolazione circa l'effettivo utilizzo del Bando tipo n.1 da parte delle stazioni appaltanti, ai sensi dell'articolo 14 del Regolamento dell'Autorità del 13 giugno 2018, recante la disciplina della partecipazione ai procedimenti di regolazione dell'Autorità Nazionale Anticorruzione e di una metodologia di acquisizione e analisi quali-quantitativa dei dati rilevanti ai fini dell'analisi di impatto della regolazione (AIR) e della verifica dell'impatto della regolazione (VIR), pubblicato nella Gazzetta Ufficiale Serie Generale n. 155 del 6 luglio 2018. Gli esiti della predetta valutazione sono stati riportati nella relativa Relazione VIR, pubblicata sul sito istituzionale il 5 ottobre 2020.

Tenuto conto delle risultanze della citata Relazione e delle modifiche normative intervenute, l'Autorità ha deciso di adottare il Bando tipo per procedura aperta, svolta totalmente con sistemi telematici, per l'affidamento di contratti pubblici di servizi e forniture nei settori ordinari sopra soglia comunitaria con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo così perseguendo l'obiettivo di fornire alle stazioni appaltanti uno strumento a garanzia di efficienza, standard di qualità dell'azione amministrativa e omogeneità dei procedimenti (articolo 213). Si tratta, invero, dello Schema di Disciplinare di gara, che presenta aspetti di complessità maggiore rispetto al mero Bando di gara e tiene conto delle esigenze di orientamento e standardizzazione più avvertite dalle stazioni appaltanti. Il lavoro di redazione del Disciplinare avviene, infatti, all'esito della considerazione degli orientamenti più consolidati e aggiornati dell'opera interpretativa della Corte di Giustizia, della Commissione Europea, dell'ANAC e del Consiglio di Stato, nonché dello scambio di informazioni e delle migliori pratiche constatate presso le amministrazioni aggiudicatrici.

Rispetto ai bandi tipo già adottati dall'Autorità e predisposti per dare indicazioni alle stazioni appaltanti per lo svolgimento di "gare tradizionali" (ossia svolte con supporto cartaceo), la preparazione del presente modello ha richiesto, da un lato, l'introduzione di apposite clausole connesse all'utilizzo di sistemi informatici per lo svolgimento della gara e, dall'altro, l'adeguamento di diversi istituti giuridici alle previsioni normative introdotte dai decreti legge n. 32/19 e 76/20 (es. inversione procedimentale, nomina della commissione giudicatrice, avvalimento, subappalto). L'adozione dello Schema del Disciplinare ha comportato, inoltre, l'analisi della giurisprudenza comunitarie e nazionale e l'armonizzazione della disciplina dei contratti pubblici con quella dettata in materia di trasparenza, prevenzione della corruzione e semplificazione.

Lo Schema del Disciplinare richiama in più articoli le linee guida già adottate dall'ANAC e, in particolare, la Linea guida 21 settembre 2016, n. 2, recante "Offerta economicamente più vantaggiosa"; la Linea guida 26 ottobre 2016, n. 3, recante "Nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento di appalti e concessioni" e Linea guida 13 febbraio 2019 n. 13 recante "La disciplina delle clausole sociali". Nelle more dell'adozione del Regolamento unico di attuazione del Codice di cui all'articolo 216, comma 27-octies, del Codice, (disposizione introdotta dal decreto legge n. 32/19), le predette linee guida devono considerarsi efficaci nei limiti di compatibilità con le nuove disposizioni del Codice e in quanto non oggetto delle procedure di infrazione nn. 2017/2090 e 2018/2273. Una volta entrato in vigore il suddetto Regolamento, la Linea guida n. 3 cesserà di avere efficacia e le stazioni appaltanti dovranno fare riferimento alle disposizioni contenute nel Regolamento. La Linea guida n. 2/2016 e la Linea guida n. 13/2018 continueranno, invece, ad essere efficaci anche dopo

l'entrata in vigore del Regolamento in quanto sono state adottate ai sensi dell'articolo 213, comma 2, del Codice e tale disposizione non è stata modificata dal decreto legge n. 32/2019. Come indicato dal Comunicato del Presidente dell'ANAC del 15 luglio 2019, a seguito della sospensione dell'efficacia dell'articolo 77, comma 3, del Codice ad opera del decreto legge 32/19, è da ritenersi sospesa fino al 31 dicembre 2021 l'efficacia della Linea guida 16 novembre 2016, n. 5, recante *"Criteri di scelta dei commissari di gara e di iscrizione degli esperti nell'albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici"*.

Il Disciplinare prende in considerazione la sola procedura aperta di cui all'articolo 60 del Codice, con applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità prezzo, di cui all'articolo 95, comma 2, Codice, svolta interamente con l'ausilio di sistemi informatici, per evidenti ragioni di semplificazione, di ricorrenza tipologica e per rispondere a esigenze di utilità pratica per le stazioni appaltanti.

Tale scelta si impone innanzitutto in considerazione della previsione dell'articolo 58 del decreto legislativo n. 50/16, secondo cui le stazioni appaltanti ricorrano a procedure di gara interamente gestite con sistemi telematici. Dai dati in possesso dell'Autorità risulta che attualmente circa il 30% delle procedure di gara è gestito ancora in modalità cartacea, ma la situazione dovrebbe evolvere verso una diffusione dell'utilizzo delle gare telematiche, atteso che l'articolo 1, commi 78, 258-260 e 581-587, della legge 27 dicembre 2019, n. 160 (legge di bilancio 2020) ha introdotto un significativo rafforzamento degli obblighi di acquisizione centralizzata dei dati per le Pubbliche Amministrazioni, già previsti dal citato articolo 58. La scelta in parola, inoltre, è corroborata anche dai risultati riportati nella predetta Relazione VIR, dai quali è emerso che in numerosi casi le stazioni appaltanti hanno derogato alle clausole del Bando tipo n. 1 in ragione della necessità di adattare queste ultime a gare svolte con strumenti telematici. Il criterio prescelto appare, infine, di particolare significato anche per il legislatore comunitario, al fine di contemperare i fattori qualitativi accanto agli aspetti meramente economici (artt. 67 e 68 della direttiva 2014/24/UE).

Come conseguenza di ciò, dal momento dell'adozione del presente Bando tipo, l'attuale Bando tipo n. 1 sarà definitivamente superato e sostituito dal presente. Le stazioni appaltanti che vogliono ancora procedere con affidamenti in modalità cartacea dovranno modificare le clausole incompatibili con le previsioni contenute nel presente Bando tipo, motivando in merito.

Nel caso in cui la stazione appaltante voglia predisporre un bando che prevede l'aggiudicazione con il criterio del prezzo più basso, il Disciplinare può essere opportunamente adattato e utilizzato nella misura di quanto compatibile. Il Disciplinare in parola non è vincolante per gli enti aggiudicatori che operano nei settori speciali. Tuttavia, si invitano gli stessi ad utilizzare le parti dello schema proposto, in quanto compatibili con la disciplina dei suddetti settori, al fine di ottenere una maggiore standardizzazione dei bandi di gara.

In considerazione dell'interpretazione già fornita dall'Autorità circa l'applicazione dell'articolo 2, comma 4, del decreto legge n. 76/20, le stazioni appaltanti possono ricorrere alla procedura aperta anche nel caso degli affidamenti ivi espressamente contemplati e, quindi, utilizzare il Disciplinare predisposto dall'Autorità (*ANAC, Esame e commento degli articoli del decreto-legge 16 luglio 2020 "misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione"*).

Si ricorda al riguardo che per le procedure bandite fino alla data del 31 dicembre 2021 si applica la riduzione dei termini procedurali per ragioni di urgenza di cui all'articolo 60, comma 3, del Codice. In tal caso come disposto dall'articolo 8, comma 1, lettera c) del decreto legge n. 76/20, convertito in legge 120/20, nella motivazione del provvedimento che dispone la riduzione dei termini non è necessario dar conto delle ragioni di urgenza, che, comunque, si considerano sussistenti.

Il modello è corredato dalla presente Nota illustrativa che fornisce istruzioni circa le modalità di compilazione e ne descrive le caratteristiche, con particolare riguardo alle parti vincolanti e all'indicazione delle cause di esclusione, tenendo conto delle disposizioni in materia di regolarizzazione documentale introdotte dal Codice.

La relazione AIR, che seguirà la fase di consultazione, conterrà un'esplicitazione delle ragioni delle scelte effettuate e dei motivi per cui non si è dato eventualmente seguito ad alcuni dei suggerimenti pervenuti in fase di consultazione.

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

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

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

Il modello contiene gli elementi fondamentali della procedura di affidamento che le stazioni appaltanti sono tenute ad inserire nella documentazione di gara ed è tendenzialmente esaustivo di tutte le possibili fattispecie che in concreto possono verificarsi. Per le procedure indette dalle centrali di committenza il modello predisposto potrà essere utilizzato nei limiti di compatibilità con le specificità dell'oggetto delle diverse tipologie di appalto.

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

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

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

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

Il Disciplinare contempla precise e tassative cause di esclusione sulla base di quanto previsto dal Codice e dalle leggi vigenti, anche in considerazione dell'elaborazione giurisprudenziale intervenuta nel tempo, ed evidenzia le stesse utilizzando l'espressa formula "*a pena di esclusione*". L'inserimento nel Disciplinare di gara di ulteriori cause di esclusione, rispetto a quelle previste dal Codice e dalle leggi vigenti, è sanzionato dal Codice con la nullità della clausola stessa, senza che sia inficiato l'intero atto (articolo 83, comma 8, ultimo periodo).

La norma da ultimo richiamata prevede, infatti, che *"I bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal presente codice e da altre disposizioni di legge vigenti. Dette prescrizioni sono comunque nulle"*. Le stazioni appaltanti, pertanto, devono avere cura di non incorrere nella previsione di cause nulle. Rispetto al quadro normativo previgente – in cui si citavano espressamente il mancato adempimento alle prescrizioni previste dal codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, l'incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta il difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali, la non integrità o irregolarità del plico e quindi la violazione del principio di segretezza delle offerte (articolo 46, comma 1-*bis* e richiamate dall'articolo 38, comma 2-*bis*, del decreto legislativo n. 163/06) – sono rinvenibili nel nuovo Codice solo il mancato adempimento alle prescrizioni del Codice e delle leggi (articolo 83, comma 8) e le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa (articolo 83, comma 9, ultimo periodo). Ciononostante, è da ritenere che anche le altre ipotesi non più espressamente menzionate possano essere legittimamente contemplate in forza dei principi generali che informano la materia dell'evidenza pubblica e segnatamente dei principi di parità di trattamento, segretezza delle offerte e perentorietà del termine di presentazione delle medesime.

In considerazione del parere del Consiglio di Stato n. 1322 del 17 novembre 2020 reso sullo schema di decreto di cui all'articolo 44 del Codice, in caso di esclusione dalla gara di un partecipante, il sistema telematico, consente alla stazione appaltante la comunicazione del relativo provvedimento di esclusione alla banca dati nazionale dei contratti pubblici (BDNCP) di cui all'articolo 213, comma 8, del Codice, anche ai fini dell'iscrizione nel Casellario informatico dei contratti pubblici di cui all'articolo 213, comma 10, del decreto legislativo n.50/16.

In tale contesto normativo si colloca l'istituto del soccorso istruttorio e in esso trova i limiti di operatività. L'istituto, infatti, è volto ad evitare che irregolarità e inadempimenti meramente estrinseci possano pregiudicare gli operatori economici più meritevoli, anche nell'interesse del seggio di gara, che potrebbe perdere l'opportunità di selezionare il concorrente migliore, per vizi procedurali facilmente emendabili. La disposizione in esame è espressione dei principi di *favor participationis* e concorrenza, da un lato, e *par condicio* tra i concorrenti, dall'altro, e recepisce il Considerando n. 84 e l'articolo 56 della direttiva 24/2014/UE secondo cui: *"Se le informazioni o la documentazione che gli operatori economici devono presentare sono o sembrano essere incomplete o non corrette, o se mancano documenti specifici, le amministrazioni aggiudicatrici possono chiedere, salvo disposizione contraria del diritto nazionale che attua la presente direttiva, agli operatori economici interessati di presentare, integrare, chiarire o completare le informazioni o la documentazione in questione entro un termine adeguato, a condizione che tale richiesta sia effettuata nella piena osservanza dei principi di parità di trattamento e trasparenza"* (paragrafo 3). L'istituto in esame, pertanto, trova applicazione anche nel caso in cui la stazione appaltante intenda avvalersi della deroga di cui all'articolo 2, comma 4, del decreto legge n. 76/20 per l'affidamento dei contratti ivi espressamente contemplati.

La disciplina del soccorso istruttorio conferma, nondimeno, la ratio di fondo volta a evitare esclusioni per carenze meramente formali, che non corrispondano ad interessi sostanziali connessi ai principi e alle regole che presiedono al corretto svolgimento delle procedure di gara.

Nell'intento di fornire una guida quanto più possibile esente da incertezze, il Disciplinare promuove un'identificazione chiara delle clausole escludenti e della relativa sanabilità, alla luce del soccorso istruttorio, fermo restando che le circostanze del caso concreto potrebbero comportare una diversa declinazione delle fattispecie e dei rimedi connessi alle diverse carenze, irregolarità e omissioni.

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

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

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

Sotto il profilo procedimentale, al fine di consentire al concorrente la regolarizzazione della documentazione presentata, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine non superiore a dieci giorni affinché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicando il contenuto e i soggetti che le devono rendere. In caso di inutile decorso del termine assegnato, il concorrente è escluso dalla gara. Sebbene la norma non individui un termine minimo per l'integrazione/regolarizzazione da parte del concorrente, si evidenzia l'opportunità che il termine assegnato, comunque non superiore a dieci giorni, sia congruo in riferimento all'oggetto della sanatoria. Decorso tale termine, senza che il concorrente abbia provveduto, la stazione appaltante procede all'esclusione, ai sensi dell'articolo 83, comma 9, del decreto legislativo n. 50 del 2016.

Come sottolineato dalla giurisprudenza amministrativa, alla luce dei principi di imparzialità e di buon andamento dell'azione amministrativa (articolo 97 della Costituzione), dei principi di trasparenza, di parità di trattamento e di proporzionalità nell'affidamento dei contratti pubblici (articolo 30 del decreto legislativo n. 50/16) e dei principi di collaborazione e di buona fede nei rapporti con l'amministrazione (articoli 1337 e 1375 del codice civile; articolo 1, comma 2 bis, della legge n. 241/90) il Disciplinare prevede che la stazione appaltante comunica la richiesta di soccorso istruttorio al domicilio digitale presente negli indici di cui agli articoli 6-bis e 6-ter del decreto legislativo n. 82/05 o, per gli operatori economici transfrontalieri, attraverso un indirizzo di servizio elettronico di recapito certificato qualificato ai sensi del Regolamento eIDAS. A tal fine va utilizzata lo strumento della posta elettronica certificata in quanto tale forma telematica garantisce con ragionevole certezza che la comunicazione è giunta presso il domicilio elettronico del destinatario in modo da poter desumere che questi possa averne avuto contezza, salvo fornire idonea prova contraria (Sentenza TAR Lazio, Sezione II, 16 ottobre 2020, n. 10550; Sentenza TAR Lazio, Sezione III, 30 gennaio 2019, n. 1192).

A fronte della disciplina consolidata sul soccorso istruttorio, si deve anche rilevare che l'utilizzo di sistemi telematici evoluti dovrebbe consentire di superare almeno una delle cause di ricorso all'istituto del soccorso istruttorio, ovvero la mancanza delle dichiarazioni o della documentazione richiesta nel Disciplinare di gara. Tali sistemi, infatti, dovrebbero impedire la presentazione dell'offerta se non sono rese tutte le dichiarazioni previste o se non è presentata tutta la documentazione richiesta. Sono evidenti i risparmi in termini di tempo necessario per l'esame della documentazione amministrativa e di riduzione del contenzioso consentiti da una tale modalità di funzionamento dei sistemi telematici.

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

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

Il Disciplinare prevede la possibilità di integrare protocolli di legalità, mediante apposita dichiarazione di accettazione, ove questi siano vigenti per il settore o per il territorio, posto che il mancato rispetto delle clausole contenute negli stessi costituisce causa di esclusione dalla gara o di risoluzione del contratto ai sensi dell'articolo 83-bis, comma 3, del decreto legislativo 159/11. La presente disposizione trova applicazione anche nel caso in cui la stazione appaltante intenda avvalersi della deroga di cui all'articolo 2, comma 4, del decreto legge n. 76/20 per l'affidamento dei contratti ivi espressamente contemplati in quanto il predetto comma fa espressamente salve le disposizioni del codice antimafia.

In secondo luogo, è posta a presidio della legalità la subordinazione della stipula del contratto al positivo esito delle procedure previste dalla normativa vigente in materia di lotta alla mafia e al controllo del possesso dei requisiti prescritti. Al riguardo il Disciplinare precisa che fino al 31 dicembre 2021 si applica il regime semplificato delle verifiche antimafia introdotto dall'articolo 3 del decreto legislativo n. 76/20 per corrispondere con efficacia e celerità alle esigenze di rilancio del sistema economico conseguenti all'emergenza sanitaria globale del COVID-19.

Più precisamente fino alla suddetta data l'acquisizione dell'informativa liberatoria provvisoria consente di stipulare, approvare o autorizzare i contratti e subcontratti relativi a lavori, servizi e forniture, sotto condizione risolutiva, ferme restando le ulteriori verifiche ai fini del rilascio della documentazione antimafia da completarsi entro sessanta giorni (articolo 3, comma 2 del decreto legislativo n. 76/20). La predetta informativa è rilasciata immediatamente a seguito della consultazione della banca dati nazionale unica della documentazione antimafia e delle risultanze delle altre banche dati, anche quando l'accertamento è eseguito per un soggetto che risulti non censito, a condizione che non emergano nei confronti dei soggetti sottoposti alle verifiche antimafia le situazioni di applicazioni di misure di prevenzione e tentativi di infiltrazione mafiosa di cui agli articoli 67 e 84, comma 4, lettere a), b) e c), del decreto legislativo n. 159/11.

Qualora successivamente al rilascio dell'informativa liberatoria provvisoria sia accertata la sussistenza di una delle predette cause interdittive, la stazione appaltante recede dal contratto, fatti salvi il pagamento del valore delle opere già eseguite e il rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione del rimanente, nei limiti delle utilità conseguite. In tal caso, comunque, il contratto può continuare ad essere eseguito dallo stesso appaltatore, se ricorrono i presupposti di cui all'articolo 94, commi 3 e 4, del decreto legislativo n. 159/11 o quelli dall'articolo 32, comma 10, del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114.

Una particolare disciplina è prevista nell'ipotesi di servizi o forniture rientranti in una delle attività a maggior rischio di infiltrazione mafiosa di cui all'articolo 1, comma 52, della legge n. 190/12. In tal caso per la partecipazione alla gara è stata prevista la necessità di richiedere, a pena di esclusione, l'iscrizione del concorrente nell'elenco dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori non soggetti a tentativo di infiltrazione mafiosa (cosiddetta *white list*) istituito presso la Prefettura della provincia in cui l'operatore economico ha la propria sede, oppure, in ossequio a quanto previsto nella circolare del Ministero dell'interno n. 11001/119/20(8), del 23 marzo 2016, l'intervenuta presentazione della domanda di iscrizione. Secondo la richiamata circolare, infatti, *"allorché l'impresa che ha presentato domanda di iscrizione nelle white list sia interessata ad accedere ad un contratto o ad un subcontratto che si inserisce nel piano di realizzazione di un'opera pubblica, e non abbia ancora conseguito l'iscrizione in white list, si pone l'esigenza di evitare che la mancata conclusione della procedura di iscrizione finisca per determinare un pregiudizio patrimoniale all'impresa, per causa ad essa non imputabile, derivante dalla impossibilità di pervenire alla conclusione del contratto"*.

Per la stipulazione del contratto occorre considerare che ai *sensi dell'articolo 83-bis* del decreto legislativo n. 159/2011, l'iscrizione nel predetto elenco nonché l'iscrizione nell'anagrafe antimafia degli esecutori istituita dall'articolo 30 del decreto-legge 17 ottobre 2016, n. 189, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 dicembre 2016, n. 229, equivale al rilascio dell'informazione antimafia.

Il Disciplinare recepisce, inoltre, la causa di esclusione nei confronti degli operatori economici che trattino con la pubblica amministrazione in violazione del divieto di cui all'articolo 53, comma 16-ter, del decreto legislativo n. 165/01, secondo cui *"(i) dipendenti che, negli ultimi tre anni di servizio, hanno esercitato poteri autoritativi o negoziali per conto delle pubbliche amministrazioni (...) non possono svolgere, nei tre anni successivi alla cessazione del rapporto di pubblico impiego, attività lavorativa o professionale presso i soggetti privati destinatari dell'attività della pubblica amministrazione svolta attraverso i medesimi poteri. I contratti conclusi e gli incarichi conferiti in violazione di quanto previsto dal presente comma sono nulli ed è fatto divieto ai soggetti privati che li hanno conclusi o conferiti di contrattare con le pubbliche amministrazioni per i successivi tre anni con obbligo di restituzione dei compensi eventualmente percepiti e accertati ad essi riferiti"*.

Il Disciplinare di gara prevede, anche, la possibilità, per la stazione appaltante, di prevedere l'attribuzione di un punteggio aggiuntivo in favore dei concorrenti in possesso del rating di legalità. A tal fine è richiesta, nell'offerta tecnica, la presentazione di una dichiarazione sostitutiva attestante il possesso del rating medesimo, fermo restando che la stazione appaltante verificherà la veridicità e sostanza della dichiarazione mediante accesso all'elenco degli operatori in possesso del rating di legalità pubblicato sul sito dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e che gli operatori economici stranieri devono essere messi in condizione di fornire certificazioni equivalenti rilasciate da altri organismi o autorità pubbliche.

Il Disciplinare richiede, inoltre, all'aggiudicatario di uniformarsi nello svolgimento delle attività oggetto del contratto ai principi e doveri richiamati nel Codice Etico in vigore presso la stazione appaltante e nel Modello di organizzazione, gestione e controllo adottato dalla medesima ai sensi del decreto legislativo. n. 231/01 ovvero nel Piano Triennale di Prevenzione della Corruzione e della trasparenza adottato ai sensi della legge 190/12.

Il Disciplinare dedica, infine, particolare attenzione agli obblighi di tracciabilità dei flussi finanziari derivanti dall'esecuzione del contratto, al fine di rafforzare gli strumenti di prevenzione e contrasto alla criminalità organizzata. Tali obblighi sono disciplinati dalla legge n. 136/10 che costituisce la sintesi di un approccio innovativo alle strategie di contrasto dei tentativi di penetrazione mafiosa nell'economia legale, di cui le disposizioni sulla tracciabilità rappresentano solo un tassello, anche se fondamentale. A tal fine, la legge prevede che tutti i movimenti finanziari connessi a contratti di appalto (e relativi subappalti e subcontratti) siano effettuate secondo modalità, stabilite nella medesima norma, che ne garantiscano la piena tracciabilità. Gli obblighi di tracciabilità si articolano essenzialmente in tre adempimenti principali:

- a) utilizzo di conti correnti bancari o postali dedicati alle commesse pubbliche, anche in via non esclusiva;
- b) effettuazione dei movimenti finanziari relativi alle commesse pubbliche esclusivamente mediante lo strumento del bonifico bancario o postale ovvero attraverso l'utilizzo di altri strumenti di pagamento idonei a consentire la piena tracciabilità delle operazioni;
- c) indicazione negli strumenti di pagamento relativi ad ogni transazione del codice identificativo di gara (CIG) e, ove obbligatorio ai sensi dell'articolo 11 della legge 16 gennaio 2003, n. 3, del codice unico di progetto (CUP).

Il Disciplinare indica gli adempimenti che l'aggiudicatario è tenuto a compiere e le sanzioni in caso di omissioni o di ritardi.

4. Le premesse al Disciplinare tipo

Le "Premesse" al Bando Tipo sono preordinate a fornire le informazioni generali sull'appalto: denominazione della stazione appaltante che bandisce la gara, procedura adottata e così via. Questa parte può essere implementata dalla stazione

appaltante con l'inserimento di ulteriori informazioni utili, quali l'indicazione del RUP o i contatti della stazione appaltante. È stata prevista, altresì, la possibilità di richiedere l'indicazione del Codice Unico di Progetto (CUP), non potendosi escludere l'applicabilità a taluni affidamenti di servizi di investimento pubblico. Tale codice accompagna ciascun progetto a partire dalla fase formale di assegnazione delle risorse ed è costituito da una stringa alfanumerica di 15 caratteri.

Parimenti, l'articolo può essere utilizzato per riportare la motivazione, già contenuta nella determina a contrarre, della richiesta di un determinato fatturato che costituisce una condizione di legittimità della previsione del requisito (articolo 83, comma 5 del Codice) o per indicare le motivazioni circa la mancata suddivisione dell'appalto in lotti ovvero delle deroghe al Disciplinare-tipo (articolo 71, comma 1 del Codice) o le ragioni che hanno indotto la stazione appaltante a fissare la quota di subappalto nella misura indicata all'articolo 9.

Per le procedure di affidamento aventi ad oggetto servizi e/o forniture in relazione ai quali è vigente un decreto del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare per la definizione dei Criteri ambientali minimi (CAM), la stazione appaltante deve tener conto delle indicazioni di cui al decreto medesimo ai fini della predisposizione della documentazione di gara. Al riguardo, si richiamano le previsioni di cui all'articolo 34 del Codice, che sanciscono l'obbligo per le stazioni appaltanti di contribuire al conseguimento degli obiettivi ambientali previsti dal Piano d'azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della pubblica amministrazione (PAN GPP), adottato con decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze e con il Ministro dello sviluppo economico dell'11 aprile 2018, attraverso l'inserimento, nella documentazione progettuale e di gara, almeno delle specifiche tecniche e delle clausole contrattuali contenute nei criteri ambientali minimi adottati con decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare. Il medesimo articolo prevede, altresì, che i criteri ambientali minimi, in particolare i criteri premianti, sono tenuti in considerazione anche ai fini della stesura dei documenti di gara per l'applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Sul sito del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare (all'indirizzo <https://www.minambiente.it/pagina/i-criteri-ambientali-minimi>) sono liberamente consultabili i decreti vigenti per le diverse categorie merceologiche. Tenuto conto di quanto stabilito dal citato articolo 34 del Codice, le stazioni appaltanti, individuato il decreto CAM di riferimento, introducono nella documentazione di gara i criteri ambientali minimi di cui alle sezioni "Specifiche tecniche" e "Clausole contrattuali", definiti, in genere come criteri di base. I criteri di cui alle sezioni "Selezione dei candidati" (o "Requisiti dei candidati") e "Criteri premianti" sono, invece, inseriti a discrezione della stazione appaltante; se si opta per l'inserimento dei "Criteri premianti", questi sono considerati tra i criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

5. *La piattaforma telematica: utilizzo e funzionamento (articolo 1 Disciplinare)*

La procedura di gara disciplinata dal Bando tipo è gestita interamente attraverso sistemi telematici in conformità alla previsione dell'articolo 58, comma 1, del decreto legislativo n. 50/16. L'articolo 44 del Codice rinvia ad un decreto interministeriale la definizione della normativa di dettaglio, concernente, in particolare, le modalità di digitalizzazione delle procedure di tutti i contratti pubblici, anche attraverso l'interconnessione e l'interoperabilità dei dati delle pubbliche amministrazioni. Una volta che entrato in vigore il predetto decreto, i sistemi telematici devono essere conformi alle prescrizioni ivi previste. Nelle more dell'adozione del citato atto normativo, si è ritenuto di recepire nello Schema del Disciplinare una serie di principi e indicazioni funzionali a garantire che l'utilizzo dei sistemi telematici non alteri la parità di accesso degli operatori o impedisca, limiti o modifichi la concorrenza.

A tal fine, in particolare, è stato indicato che la gestione e l'utilizzo della Piattaforma avviene nel rispetto del Regolamento UE n. 910/14 (Regolamento eIDAS - electronic IDentification Authentication and Signature), del decreto legislativo n. 82/05, del Codice, nonché del testo della bozza di decreto ministeriale su cui è stato acquisito il parere del Consiglio di

Stato. È stata, inoltre, chiarita la gratuità dell'utilizzo dello strumento telematico scelto dalla stazione appaltante, precisando che nessun corrispettivo è dovuto dall'operatore economico per il mero utilizzo della stessa.

Quest'ultimo deve, però, disporre a propria cura, spesa e responsabilità, di tutta la strumentazione tecnica ed informatica indicata nel Disciplinare e nella documentazione di gara necessaria per potere validamente presentare la propria offerta.

Lo Schema del Disciplinare, in un'ottica deflattiva del contenzioso, distingue il rischio di malfunzionamento dei sistemi telematici, legato a possibili disservizi di rete dei sistemi informatici prescelti dalla stazione appaltante dal "rischio informatico/tecnologico", legato alla strumentazione tecnica e alle caratteristiche dei software utilizzati dall'operatore economico per inviare l'offerta. Più precisamente, in applicazione del principio di leale collaborazione, che deve informare i rapporti tra privati e pubblica amministrazione, il Disciplinare prevede che il malfunzionamento del sistema telematico di cui non si possa comprovare la causa grava sulla stazione appaltante, essendo stato prescelto da quest'ultima come strumento per lo svolgimento della gara (si vedano la Sentenza del Consiglio di Stato, Sezione V, 20 novembre 2019, n. 7922, e la Sentenza del TAR Trentino Alto Adige 13 febbraio 2020, n. 24), mentre il mancato o tardivo invio della domanda dovuto a difficoltà di connessione e trasmissione e/o a lentezza del collegamento internet dell'operatore economico rimangono a carico di quest'ultimo (si veda la Sentenza del Tar Lazio, Sezione II, 7 febbraio 2020 n. 1710).

Si precisa che al fine di promuovere la programmazione e l'utilizzo di sistemi telematici che effettivamente possano corrispondere alle esigenze di semplificazione e celerità negli acquisti da parte delle stazioni appaltanti, il Disciplinare prevede che il sistema non accetti offerte oltre il termine di presentazione della domanda (articolo 13) e, una volta che quest'ultimo sia scaduto, garantisca la conservazione, l'integrità e l'immodificabilità, di tutta la documentazione inserita da ciascun concorrente nonché la tracciabilità di ogni operazione compiuta. Inoltre, lo sblocco di ciascuna Area/Sezione relativa rispettivamente alla documentazione di gara, all'offerta tecnica, all'offerta economica, deve essere consentito nel rispetto delle fasi della gara, come indicate nel Disciplinare. Nel caso in cui il sistema telematico prescelto dalla stazione appaltante non abbia tali caratteristiche, la stessa dovrà adattare il Disciplinare alle funzionalità di quest'ultimo (ad esempio se il sistema consente di inviare la domanda oltre il termine fissato dal bando, il soggetto preposto al controllo della documentazione amministrativa dovrà in primo luogo verificare il tempestivo invio della stessa).

6. Documentazione di gara, chiarimenti e comunicazioni (articolo 2 Disciplinare)

In un'ottica di digitalizzazione dell'intera procedura il Disciplinare dispone che tutta la documentazione di gara è disponibile in formato elettronico sul sistema telematico prescelto e sul profilo del committente, come previsto all'articolo 73, comma 4, e nell'allegato V, punto 2, lettera a) del Codice e che tutte le comunicazioni e gli scambi di informazioni sono eseguiti utilizzando mezzi di comunicazione elettronici in conformità con quanto disposto dall'articolo 52 del Codice e dal decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82. Si ricorda al riguardo che gli strumenti e i dispositivi da utilizzare per comunicare in via elettronica, nonché le relative caratteristiche tecniche, devono avere carattere non discriminatorio, essere comunemente disponibili e compatibili con i prodotti TIC generalmente in uso e non limitare l'accesso degli operatori economici alla procedura di aggiudicazione, fermo restando le deroghe di cui all'articolo 52, comma 1, del Codice.

Attenzione, inoltre, è posta al tema della progettazione del servizio/fornitura, pertanto il progetto, di cui all'articolo 23, commi 14 e 15, del Codice, è annoverato espressamente tra i documenti di gara omnicomprensivo di tutti i documenti che regolano l'esecuzione del servizio/fornitura (capitolato speciale, schema di contratto e così via). Come ormai acquisito dal Codice, la predisposizione di un progetto preciso e di dettaglio, atto a descrivere in modo puntuale le prestazioni necessarie a soddisfare specifici fabbisogni della stazione appaltante, è uno strumento indispensabile per il corretto dispiegamento della concorrenza nelle gare d'appalto e per il controllo sulla fase esecutiva.

Le stazioni appaltanti devono prevedere e disciplinare le modalità e i termini per la sottoposizione di richieste di chiarimenti. Per la medesima finalità sopra ricordata, queste ultime sono presentate in via telematica attraverso la

Piattaforma. Si specifica che i chiarimenti forniti dalla stazione appaltante, sempre in formato elettronico, rivestono una funzione meramente esplicativa delle disposizioni contenute nel disciplinare di gara e, pertanto, non hanno capacità innovativa. Come più volte precisato dalla giurisprudenza amministrativa, nelle gare d'appalto le uniche fonti delle regole di gara sono costituite dal bando, dal capitolato e dal disciplinare con i relativi allegati. I chiarimenti della stazione appaltante non possono mai modificare le regole di gara, né possono integrarle, poiché le predette fonti devono essere interpretate e applicate per quello che esse oggettivamente prescrivono, senza che possano acquisire rilevanza atti interpretativi postumi forniti dalla stazione appaltante (si vedano al riguardo le Sentenze: Consiglio di Stato, Sezione III, 7 febbraio 2018, n. 78; Consiglio di Stato, Sezione III, 27 giugno 2019 n. 4418; Consiglio di Stato, Sezione V, 23 settembre 2015, n. 4441, Consiglio di Stato, Sezione V, 31 ottobre 2012, n. 5570).

Ai sensi dell'articolo 76, comma 6, del Codice le comunicazioni di cui al comma 5 della norma in esame (aggiudicazione, esclusione, decisione di non aggiudicare e stipula del contratto) sono fatte mediante posta elettronica certificata o strumento analogo negli altri Stati membri, pertanto le stazioni appaltanti devono prevedere nei bandi o nelle lettere di invito l'obbligo per i candidati o concorrenti di indicare un indirizzo di posta elettronica certificata per le eventuali comunicazioni.

Analoga previsione è stata inserita nel Disciplinare in caso di ricorso all'istituto del soccorso istruttorio e di attivazione del subprocedimento di anomalia (Sentenza del TAR Lazio, Sezione II, 16 ottobre 2020 n. 10550; Sentenza del TAR Lazio, Sezione III, 30 gennaio 2019 n. 1192).

7. *Oggetto dell'appalto, importo e suddivisione in lotti (articolo 3 Disciplinare)*

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

La stazione appaltante cura le informazioni generali sull'importo dell'appalto. L'importo posto a base di gara per i servizi/forniture oggetto d'appalto deve essere calcolato per tutta la durata contrattuale, al netto dell'IVA e degli oneri di sicurezza non soggetti al ribasso. I costi della manodopera, pur rientrando nell'importo complessivo dell'appalto e come tali soggetti a ribasso, devono essere individuati separatamente (articolo 23, comma 16, ultimo periodo, del Codice). Nei documenti contrattuali, la stazione appaltante può, in caso di appalto di servizi o di forniture periodiche, specificare la periodicità dei pagamenti/canoni. Ai sensi dell'articolo 35 del Codice, ai fini del calcolo del valore del contratto e dell'eventuale superamento delle soglie, è necessario determinare il valore complessivo dell'appalto come somma dell'importo a base di gara (al netto dell'IVA e degli oneri per la sicurezza non soggetti a ribasso) e delle eventuali opzioni o rinnovi, trattate al punto 4 del Disciplinare. In base a tale disposizione, è necessario che le stazioni appaltanti calcolino il valore complessivo dell'appalto sommando all'importo a base di gara gli importi connessi all'eventuale previsione di servizi analoghi e/o di rinnovi e/o di proroga tecnica.

In presenza dei prezzi di riferimento per servizi e forniture elaborati dall'ANAC in taluni settori, così come previsto dall'articolo 9, comma 7, del decreto legge 24 aprile 2014 n. 66, si richiama l'obbligo delle stazioni appaltanti di tener conto di tali prezzi, per la programmazione dell'attività contrattuale della pubblica amministrazione. In questo senso è altresì opportuno che la stazione appaltante tenga conto degli stessi nei documenti di gara, come ad esempio nel settore sanitario ai sensi dell'articolo 17 del decreto legge 6 luglio 2011 n. 98.

Tali prezzi costituiscono prezzo massimo di aggiudicazione, anche per le procedure di gara aggiudicate con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (articolo 9 del decreto legge n. 66/14) e i contratti stipulati in violazione di

tale prezzo massimo sono nulli, pertanto ove pubblicati la stazione appaltante dovrà tenerli in considerazione, nell'importo vigente alla data di pubblicazione del Bando, ai fini della determinazione dell'importo a base di gara. Gli enti non soggetti agli obblighi di cui al richiamato articolo 9 del decreto legge n. 66/14 potranno comunque considerare i prezzi di riferimento come utile parametro nella determinazione dell'importo a base di gara (si veda la Delibera ANAC numero 382 del 08 maggio 2019).

Si ritiene opportuno evidenziare che dal momento che i prezzi di riferimento sono elaborati alle condizioni di maggiore efficienza di beni e di servizi, è possibile che in caso di utilizzo degli stessi per la determinazione dell'importo a base di gara, i ribassi offerti dai concorrenti non avranno significativi scostamenti sia rispetto al prezzo posto a base di gara che rispetto alle offerte presentate da ciascun concorrente. Pertanto, in tali casi le stazioni appaltanti potrebbero valutare l'opportunità di diminuire l'importanza dell'elemento prezzo attraverso, ad esempio, la riduzione del peso della componente economica, di utilizzare formule per l'attribuzione del relativo punteggio diverse dall'interpolazione lineare (che, in situazioni quali quella descritte, rischia di premiare eccessivamente piccole variazioni di prezzo) oppure di utilizzare un criterio diverso da quello aggregativo-compensatore (si vedano al riguardo le Linee guida n. 2).

Nel Disciplinare sono state introdotte specifiche clausole per l'ipotesi di suddivisione dell'oggetto dell'appalto in lotti funzionali. Tale suddivisione è finalizzata a favorire l'accesso al mercato dei contratti pubblici delle micro, piccole e medie imprese e deve avvenire nel rispetto della disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici, conseguentemente il Disciplinare richiede di motivare la mancata suddivisione in lotti ai sensi dell'articolo 51, comma 1, del Codice. Al riguardo si potrebbe fare riferimento all'importo contenuto della gara o all'impossibilità tecnica di suddividere l'affidamento.

Si noti che la possibilità di suddividere in lotti funzionali può essere accompagnata da ulteriori misure volte a promuovere la partecipazione delle imprese di minori dimensioni, a favorire lo sviluppo della concorrenza e a contenere i rischi di gestione dei contratti. In presenza di un numero molto elevato di lotti, ad esempio individuati su base geografica, può essere utile valutare l'opportunità di porre un limite al numero di lotti assegnabili ad uno stesso concorrente. Tale limite - se ben calibrato tenendo opportunamente conto del numero, della natura e della dimensione dei lotti, nonché dei potenziali concorrenti per ciascun lotto - può favorire lo sviluppo della concorrenza, incoraggiando la partecipazione di imprese medio-piccole e più giovani che avrebbero ridotte possibilità di ottenere l'assegnazione dell'intero appalto. In tali casi si pone, per la stazione appaltante, il problema di quali lotti assegnare a ciascun concorrente risultato primo in graduatoria su un numero di lotti superiore alla propria capacità. La stazione appaltante, in sostanza, deve stabilire preventivamente, già nel bando di gara, il criterio di assegnazione dei lotti secondo i criteri indicati nel disciplinare.

Nello schema di disciplinare è stata inserita, pertanto, in ossequio alla disciplina nazionale e comunitaria, la possibilità di prevedere la limitazione della partecipazione a e/o aggiudicazione di un numero massimo di lotti. È stata, altresì, inserita la clausola facoltativa riferita alla possibilità di associare più lotti al medesimo offerente.

Si ricorda, inoltre, che nel Considerando n. 79 della Direttiva 2014/24/UE è specificato che: «l'obiettivo di facilitare un maggiore accesso agli appalti pubblici da parte delle PMI potrebbe essere ostacolato se le amministrazioni aggiudicatrici fossero obbligate ad aggiudicare un appalto lotto per lotto anche se ciò implicasse dover accettare soluzioni sostanzialmente meno vantaggiose rispetto a quella di un'aggiudicazione che raggruppi più lotti o tutti i lotti. Pertanto, qualora la possibilità di applicare tale metodo sia stata chiaramente indicata in precedenza, dovrebbe essere possibile per le amministrazioni aggiudicatrici effettuare una valutazione comparativa delle offerte per stabilire se quelle presentate da un particolare offerente per una specifica associazione di lotti rispondano meglio, nel loro complesso, ai criteri di aggiudicazione stabiliti in conformità della presente direttiva in relazione a tali lotti rispetto alle offerte per i singoli lotti in questione, prese isolatamente. In tal caso, all'amministrazione aggiudicatrice dovrebbe essere consentito aggiudicare un appalto che associ i lotti in questione all'offerente interessato. Occorre chiarire che le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero effettuare tale valutazione comparativa determinando prima quali offerte rispondano meglio ai criteri di aggiudicazione stabiliti per ogni singolo lotto per poi compararle, nel loro complesso, a quelle presentate da un particolare offerente per una specifica associazione di lotti.»

8. *Durata dell'appalto, opzioni e rinnovo (articolo 4 Disciplinare)*

La stazione appaltante indica la durata dell'appalto, comprensiva di eventuali proroghe, opzioni di revisione dei prezzi, prestazioni straordinarie, affidamento dei servizi analoghi, rinnovi, da compilarsi in base alle proprie specifiche esigenze.

Con riguardo alla flessibilità del contratto, si osserva che, tra le parti facoltative, è prevista, la possibilità di ricorrere alla cosiddetta "ripetizione di servizi analoghi" (articolo 63, comma 5, Codice). Tale facoltà può essere esercitata, mediante attivazione di una procedura negoziata ai sensi dell'articolo 63, comma 5, con un congruo preavviso, prima della scadenza del termine originario. L'esercizio di tale facoltà postula, infatti, che il contratto originario non sia ancora scaduto, disciplinando la norma in esame il caso di affidamenti paralleli e non in sequenza tra di loro. Ciò è reso evidente dal termine entro il quale i servizi aggiuntivi possono essere affidati, ossia il triennio decorrente dal momento di stipulazione del contratto iniziale, termine che implica fisiologicamente una concomitanza dei rapporti contrattuali piuttosto che una successione dei medesimi. Per assicurare un corretto esercizio della facoltà di cui all'articolo 63, comma 5, Codice, la clausola del Disciplinare, prevede l'affidamento dei servizi analoghi entro il termine di scadenza del contratto, se inferiore a tre anni, oppure, entro il termine di tre anni dalla sottoscrizione del contratto, se di durata superiore.

Tra le disposizioni a carattere facoltativo, il Disciplinare contempla anche la facoltà di ricorrere alla cosiddetta "proroga tecnica". Quest'ultima costituisce uno strumento di carattere eccezionale e temporaneo, poiché disattende i principi comunitari di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza (articolo 30, comma 1, del Codice) e, pertanto, è ammessa soltanto per il tempo strettamente necessario ad assicurare la conclusione della procedura indetta per il reperimento di un nuovo contraente (articolo 106, comma 11, del Codice; si veda anche la Sentenza del TAR Campania, Napoli, Sezione V, 2 aprile 2020, n. 1312). In altri termini la proroga, nell'unico caso oggi ammesso, ha carattere di temporaneità e rappresenta uno strumento atto esclusivamente ad assicurare il passaggio da un vincolo contrattuale ad un altro, come chiarito dall'Autorità con parere AG 38/2013 (più recentemente delibera del 17 aprile 2018, n. 389): la proroga "è teorizzabile ancorandola al principio di continuità dell'azione amministrativa (articolo 97 della Costituzione) nei soli limitati ed eccezionali casi in cui (per ragioni obiettivamente non dipendenti dall'Amministrazione) vi sia l'effettiva necessità di assicurare precariamente il servizio nelle more del reperimento di un nuovo contraente" (Sentenza del Consiglio di Stato, Sezione V, 11 maggio 2009, n. 2882 e Sentenza del TAR Campania, Sezione V., 18. aprile 2020, n. 1392).

Si richiama l'attenzione sulla perdurante vigenza del principio che vieta il rinnovo tacito del contratto. La vis espansiva del divieto di cui all'articolo 23 l. 18 aprile 2005 n. 62 è stata, infatti, rintracciata nella circostanza che tale divieto esprime un principio generale, attuativo di un vincolo comunitario discendente dal Trattato UE che, in quanto tale, opera per la generalità dei contratti pubblici (TAR Lombardia, Brescia, Sezione II, 7 aprile 2015 n. 490). Tuttavia, ad avviso del Consiglio di Stato né l'articolo 23 della l. 18 aprile 2005, n. 62 (legge comunitaria 2004), né il pregresso articolo 57 decreto legislativo n. 163/2006, né i principi comunitari consolidati in materia contrattuale, hanno mai impedito il rinnovo espresso dei contratti, allorché la facoltà di rinnovo, alle medesime condizioni e per un tempo predeterminato e limitato, fosse ab origine prevista negli atti di gara e venisse esercitata in modo espresso e con adeguata motivazione. I divieti di cui alle norme richiamate sono ispirati alla finalità di scongiurare affidamenti reiterati allo stesso soggetto in elusione al principio di concorrenza, che più di ogni altro garantisce la scelta del miglior contraente, sia sotto il profilo della qualificazione tecnica dell'operatore, che della convenienza economica del contratto; tuttavia, allorché la possibilità del rinnovo contrattuale [sotto forma di servizi analoghi come previsto nel disciplinare tipo] sia resa nota ai concorrenti sin dall'inizio delle operazioni di gara, cosicché ognuno possa formulare le proprie offerte in considerazione della durata eventuale del contratto, nessuna lesione dell'interesse pubblico alla scelta del miglior contraente è possibile riscontrare, né alcuna lesione dell'interesse generale alla libera concorrenza, essendo la fattispecie del tutto analoga, dal punto di vista della tutela della concorrenza, a quella nella quale si troverebbero le parti contraenti nell'ipotesi in cui la stazione scegliesse ab

inizio una più lunga durata del contratto (per es. sei anni, anziché tre più tre) (Sentenze del Consiglio di Stato, Sezione III, 5 luglio 2013, n. 3580; e Sezione V, 21 giugno 2018, n. 3218).

Va infine ricordato che la differenza tra rinnovo e proroga di contratto pubblico sta nel fatto che il primo comporta una nuova negoziazione con il medesimo soggetto, che può concludersi con l'integrale conferma delle precedenti condizioni o con la modifica di alcune di esse in quanto non più attuali; la seconda ha invece come solo effetto il differimento del termine finale del rapporto, il quale rimane per il resto regolato dall'atto originario.

9. *Soggetti ammessi in forma singola e associata e condizioni di partecipazione (articolo 5 Disciplinare)*

Il Disciplinare contiene il riferimento ai soggetti individuati dall'articolo 45 del Codice. Si rammenta che tale indicazione non è da considerarsi esaustiva e che, ai fini dell'ammissione alla gara, occorre far riferimento alla nozione di operatore economico, così come individuato dalla giurisprudenza europea e nazionale¹.

Tra i soggetti indicati è prevista anche la figura dell'aggregazione di imprese di rete; in relazione ad essa sono disciplinate le modalità di partecipazione che gli operatori economici aderenti al contratto di rete devono esibire ai fini dell'ammissione alla gara, secondo le indicazioni già fornite dall'Autorità nella Determinazione 23 aprile 2013, n. 3.

Con riferimento alla figura del Raggruppamento temporaneo di imprese, appare opportuno rammentare che è sempre consentita la possibilità di costituire raggruppamenti temporanei, anche di tipo **sovraabondante**, e che in tal caso l'esclusione dalla gara non potrà mai essere automatica. Qualora la stazione appaltante ravvisi possibili profili anticoncorrenziali nella formazione del raggruppamento sovraabondante potrà, nei casi in cui tale dato risulti palese e eclatante, valutare in concreto la situazione di fatto, richiedendo ai concorrenti le relative giustificazioni, che potranno basarsi non solo su elementi legati ad eventuali stati di necessità, in termini di attuale capacità produttiva, ma su ogni altro fattore rientrante nelle libere scelte imprenditoriali degli operatori economici, come l'opportunità ovvero la convenienza di partecipare in raggruppamento alla luce del valore, della dimensione o della tipologia del contratto (si veda la Sentenza del Consiglio di Stato, Sezione VI, 30 giugno 2016 n. 2947). Nell'ambito della valutazione di tali elementi, la stazione appaltante dovrà, quindi, accertare se la formazione del raggruppamento ha avuto per oggetto o per effetto quello di falsare o restringere la concorrenza, e solo in caso di esito positivo potrà essere disposta l'esclusione dalla gara. Si ricorda che eventuali casi dubbi circa le effettive finalità di raggruppamenti di imprese considerati sovraabondanti potranno sempre costituire oggetto di segnalazione all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (si veda il Vademecum per le stazioni appaltanti. Individuazione di criticità concorrenziali nel settore degli appalti pubblici) o all'ANAC.

L'Autorità ha optato per la scelta di ritenere applicabile il divieto di partecipazione plurima o contestuale di cui all'articolo 48, comma 7, Codice, in relazione a ogni singolo lotto. Il presupposto per l'applicazione del divieto in esame è, infatti, l'unicità della gara, a cui il medesimo soggetto concorre più volte, sebbene in forme diverse, con la conseguenza che il divieto stesso non si applica in caso di suddivisione dell'appalto in lotti distinti qualora la stazione appaltante abbia disciplinato i rispettivi affidamenti in maniera tale che gli stessi siano totalmente indipendenti gli uni dagli altri e privi di

¹ A tale riguardo, occorre prestare particolare attenzione ai seguenti elementi: la circostanza che i soggetti concorrenti possano essere ricondotti nel novero degli enti che, ancorché privi di personalità giuridica, "offrono sul mercato la realizzazione di lavori o opere, la fornitura di prodotti, la prestazione di servizi" ai sensi dell'articolo 3, comma 19, del Codice; la verifica degli effettivi scopi istituzionali dei soggetti concorrenti, in ragione delle relative disposizioni istitutive e statutarie e la compatibilità con l'oggetto dell'affidamento.

qualsivoglia reciproco condizionamento. Rimane salva la possibilità, per la stazione appaltante, di derogare alla previsione del Disciplinare tipo, previa espressa motivazione nella determina a contrarre, nel caso in cui particolari esigenze specifiche facciano ritenere opportuna la scelta contraria. Ciò potrebbe avvenire quando si profilino rischi di eccessiva concentrazione del mercato, di collusione, di spartizione del mercato, oppure quando si ravvisi la necessità di garantire l'unitarietà del servizio ovvero di assicurare che i fornitori dei diversi lotti siano tutti completamente diversi e non coincidano soggettivamente neanche in parte.

10. *Requisiti generali (articolo 6 Disciplinare)*

Le disposizioni contenute nell'articolo rubricato "Requisiti generali e cause di esclusione" richiamano le cause di esclusione previste dall'articolo 80 del Codice e dalla normativa vigente in tema di divieto a contrarre con la pubblica amministrazione. La formulazione dell'articolo è volutamente sintetica tenuto conto dell'esistenza del DGUE e del suo specifico richiamo nel Disciplinare nella parte relativa alla Domanda di Partecipazione.

Tra le condizioni ostative alla partecipazione, oggetto poi di specifica dichiarazione da parte dei concorrenti, è incluso anche il divieto ope legis di cui all'articolo 53, comma 16-ter, del decreto legislativo, n. 165/01, introdotto dall'articolo 1, comma 42, lettera l), della legge 6 novembre 2012, n. 190 (si veda sul punto anche il paragrafo sulle prescrizioni per la prevenzione dell'illegalità e della corruzione).

Per i servizi o forniture rientranti in una delle attività a maggior rischio di infiltrazione mafiosa di cui al comma 53, dell'articolo 1, della legge 6 novembre 2012, n. 190 costituisce causa ostativa alla partecipazione la mancata iscrizione nell'elenco dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori non soggetti a tentativo di infiltrazione mafiosa (cosiddetta white list) istituita presso la Prefettura della Provincia in cui l'operatore economico ha la propria sede ovvero, secondo l'indicazione fornita dalla circolare del Ministero dell'Interno protocollo n. 25954 del 23 marzo 2016 e decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 18 aprile 2013 come aggiornato dal decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 24 novembre 2016). In altri termini, come già sottolineato, l'iscrizione nelle white list rientra tra i requisiti soggettivi e la sua carenza determina l'incapacità di contrarre con la pubblica amministrazione (ANAC, delibera 29 maggio 2019, n. 48). Sul punto l'Autorità ha chiarito che la mancata allegazione in sede di presentazione dell'offerta dell'iscrizione in parola, richiesta dal bando di gara e, comunque, debitamente menzionata nel DGUE firmato digitalmente, non determina l'esclusione automatica del concorrente, ma impone la preventiva attivazione del soccorso istruttorio ai sensi dell'articolo 83, comma 9, del Codice (ANAC, delibera 4 settembre 2019, n. 763).

Lo schema del Disciplinare riporta, infine, la causa di esclusione prevista dall'articolo 3, comma 7, del decreto legge n. 76/2020 convertito in legge n. 120/2020, secondo cui "il mancato rispetto dei protocolli di legalità costituisce causa di esclusione dalla gara o di risoluzione del contratto".

11. *Requisiti speciali e mezzi di prova (articolo 7 Disciplinare)*

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

Le stazioni appaltanti possono richiedere, in coerenza con un principio ampiamente consolidato in giurisprudenza, requisiti ulteriori rispetto a quelli normativamente previsti, qualora questi siano proporzionati, ragionevoli oltre che pertinenti e logicamente connessi all'oggetto dell'appalto e allo scopo perseguito (Sentenze del Consiglio di Stato, Sezione V, 4 gennaio 2017, n. 9; Sezione VI, 15 giugno 2010, n. 3740; ANAC delibera 10 luglio 2019 n. 653 e 25 ottobre 2017 n. 1087)

In tema di idoneità professionale i concorrenti devono essere iscritti, a pena di esclusione dalla gara, nel registro della Camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura o nel registro delle Commissioni provinciali per l'artigianato, o presso i competenti Ordini professionali, secondo le prescrizioni di cui all'articolo 83 del Codice, laddove tale iscrizione sia prescritta per l'esercizio dell'attività oggetto di appalto.

Relativamente ai requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, il modello riporta alcune indicazioni presenti nell'articolo 83 del Codice alla luce di quanto dettagliato anche nell'allegato XVII. È facoltà della stazione appaltante inserire uno o più di tali elementi (ad esempio: il fatturato aziendale, globale o specifico, l'esecuzione di servizi analoghi, le certificazioni, e così via) ovvero prevedere ulteriori requisiti.

Relativamente al fatturato, si ricorda che la richiesta di un certo ammontare deve essere misurata non in astratto, ma in relazione al valore dell'appalto ed alle specifiche peculiarità dell'oggetto della gara, fermo restando il limite massimo del doppio del valore stimato dell'appalto, calcolato in relazione al periodo di riferimento dello stesso, salvo il ricorrere di circostanze adeguatamente motivate relative a rischi specifici connessi alla natura dei servizi e delle forniture oggetto dell'affidamento (articolo 83, comma 5, del Codice). In un'ottica pro concorrenziale è stato previsto non solo il fatturato annuo minimo non superiore al doppio del valore dell'appalto ma è stato contemplato, altresì, un fatturato medio annuo posseduto nell'ultimo triennio, in modo da agevolare la dimostrazione mediante il ricorso ad una media. La richiesta del requisito del fatturato è soggetta comunque all'obbligo di motivazione.

Il Disciplinare di gara prevede che le stazioni appaltanti possa richiedere nell'ambito dei requisiti economico finanziari che gli operatori economici forniscano informazioni riguardo ai loro conti annuali, evidenziando in particolare i rapporti tra attività e passività nonché un adeguato livello di copertura assicurativa contro i rischi professionali. Per quanto riguarda il rapporto tra passività e attività si è partiti dalla distinzione tra soggetti economici dotati di personalità giuridica quali le società di capitali (per i quali è relativamente più facile individuare un indicatore quale quello richiesto dall'articolo 83, comma 4, lettera b) del Codice) e i soggetti economici non dotati di personalità giuridica, quali le società di persone, le imprese individuali e i professionisti, per i quali bisogna procedere per via analogica.

Per i requisiti di capacità economico-finanziaria, nei soggetti che partecipano in forma associata, è previsto che il soggetto che riveste le funzioni di mandatario o che è indicato come tale debba possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria (articolo 83, comma 8, terzo periodo). Tale norma non va intesa nel senso che la mandataria deve possedere i requisiti in misura maggioritaria assoluta (ovvero, il 51% del requisito), bensì è sufficiente che posseda i requisiti in misura percentuale superiore a ciascuna delle mandanti (Determinazione 10 ottobre 2012, n. 4). Ad esempio, nel caso di un raggruppamento composto da tre imprese, una richiesta di fatturato pari a 100 potrà essere soddisfatta dal raggruppamento se la mandataria dichiara di possedere un fatturato pari ad almeno 45 e le mandanti pari ad almeno 30 e a 25, ovvero se la mandataria e le mandanti possiedono una diversa distribuzione del fatturato purché il fatturato della mandataria sia superiore a quello di ciascuna mandante. Occorre sottolineare che ciò non vuol dire che il ruolo della mandataria debba necessariamente essere svolto dall'impresa con il fatturato maggiore.

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

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

Con riferimento alle "*idonee referenze bancarie*" si rileva che esclusivamente l'allegato XVII, parte I, contempla non meglio specificate "*idonee dichiarazioni bancarie*" unitamente all'adeguato livello di copertura assicurativa contro i rischi professionali. Peraltro, spesso la richiesta delle idonee referenze bancarie non veniva interpretata dagli istituti bancari nel senso che essi dovessero riferire sulla qualità dei rapporti in atto con le società oggetto di richiesta (correttezza e puntualità di queste nell'adempimento degli impegni assunti con l'istituto, assenza di passività con lo stesso istituto o con

altri soggetti, sempre che tali situazioni fossero desumibili dai movimenti bancari o da altre informazioni in loro possesso) come la giurisprudenza amministrativa aveva avuto modo, per contro, di puntualizzare (Consiglio di Stato, sezione V, 9 marzo 2015, n. 1168). Inoltre, spesso, la richiesta del requisito in parola, in relazione all'oggetto ed al valore dell'appalto, ai fini della dimostrazione della capacità economico-finanziaria dei concorrenti, non appariva proporzionato al costo richiesto dagli istituti bancari per il rilascio delle referenze, in alcuni casi anche molto oneroso, per gli operatori economici, con conseguenti possibili effetti escludenti. In considerazione di tali premesse e in ragione della mancata previsione nel nuovo Codice all'articolo 83, comma 4, si è ritenuto di non prevedere più tale modalità di dimostrazione della capacità economico-finanziaria necessaria per l'esecuzione del contratto.

In tema di requisiti di capacità tecnica e professionale, il Disciplinare prevede il requisito relativo allo svolgimento di servizi/forniture analoghi a quelli oggetto di gara, con indicazione, a scelta della stazione appaltante, del numero, della tipologia e dell'importo minimo necessari per la partecipazione alla gara (articolo 83 del Codice).

Anche per il caso dei requisiti di capacità tecnica, la stazione appaltante deve specificare il requisito, di carattere maggioritario, che il soggetto mandatario o indicato come tale deve possedere in caso di partecipazione in forma raggruppata/aggregata/consorzata (articolo 83, comma 8, terzo periodo, Codice). Si ricorda che, con riferimento ai servizi/forniture cd. "di punta" il divieto di frazionabilità deve essere riferito al singolo servizio/fornitura che, quindi, deve essere posseduto interamente da uno dei componenti del raggruppamento e non al requisito dei servizi/forniture analoghi complessivamente richiesto (eventualmente composto da una pluralità di contratti di servizi/forniture di punta).

A tale riguardo, si ritiene che occorra distinguere tra raggruppamenti orizzontali e verticali. Nei raggruppamenti orizzontali, infatti, gli operatori economici eseguono tutti il medesimo tipo di prestazione e sono responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante. Invece, nei raggruppamenti di tipo verticale, la mandataria esegue le prestazioni di servizi o forniture indicate nel bando come principali e le mandanti quelle indicate come secondarie. In questo caso, per gli assuntori di prestazioni secondarie, la responsabilità è limitata all'esecuzione delle prestazioni di rispettiva competenza, ferma restando la responsabilità solidale della mandataria (articolo 48 del Codice). Ne deriva che, in caso di raggruppamento verticale, il servizio di punta richiesto nella prestazione principale dovrà essere dimostrato esclusivamente dalla mandataria; il servizio di punta eventualmente richiesto anche per prestazioni secondarie potrà essere dimostrato *in toto* dalla mandataria (vista la sua responsabilità solidale per le prestazioni eseguite dalle mandanti), oppure dalle mandanti esecutrici delle prestazioni in relazione alle quali esso è richiesto. Mentre, in virtù dell'omogeneità delle prestazioni e della responsabilità solidale che lega le imprese di un raggruppamento orizzontale, il requisito del servizio di punta potrà essere dimostrato *in toto* dalla mandataria, oppure, *in toto* da una o più mandanti (qualora sia richiesto più di un servizio/fornitura). Resta inteso che il singolo servizio/fornitura di punta non può essere frazionato tra più imprese in entrambi i tipi di RTI.

Il Disciplinare prevede, altresì, la possibilità di inserire, tra i requisiti di partecipazione, la richiesta di eventuali certificazioni ritenute necessarie per lo svolgimento dei servizi o della fornitura. Tale facoltà è generalmente riconosciuta alle stazioni appaltanti in virtù della discrezionalità che connota l'azione amministrativa ed è espressamente ammessa dall'articolo 87, Codice, con l'avvertenza che possono essere considerati legittimi i requisiti richiesti dalla *lex specialis* che, pur essendo ulteriori e più restrittivi di quelli previsti dalla legge, rispettino il limite della logica, della ragionevolezza e siano pertinenti e congrui rispetto all'oggetto del contratto. Ad esempio, la richiesta del possesso della certificazione del sistema di gestione ambientale ISO 14001 e della certificazione del sistema di gestione della sicurezza OHSAS 18001, al fine della partecipazione alla gara è stata ritenuta legittima, purché le certificazioni non risultino sproporzionate o incongrue rispetto all'oggetto del contratto (ANAC, delibera 30 ottobre 2019, n. 1032; delibera 2 maggio 2018, n. 418)

È infine prevista, per le forniture, la possibilità che la stazione appaltante richieda ai concorrenti dei campioni di prodotto, descrizioni o fotografie dei beni da fornire (Allegato XVII parte II, lettera k) e l), del Codice). La richiesta di campioni può essere motivata in relazione alla necessità di verificare, sin dalla fase di gara, che i beni offerti dai concorrenti siano conformi ai requisiti prestazionali e funzionali previsti nel capitolato. Tuttavia, la richiesta deve essere attentamente valutata (e motivata) al fine di non porre a carico dei concorrenti oneri sproporzionati rispetto ai fini da conseguire,

particolarmente qualora si tratti di forniture che comportano un impegno economico o un investimento rilevante da parte delle imprese (si pensi, ad esempio, alla fornitura di mezzi, veicoli o apparecchiature medicali).

12. *Avvalimento (articolo 8 Disciplinare)*

Ai sensi dell'articolo 89 del Codice, l'operatore economico, singolo o associato può dimostrare il possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale di cui all'articolo 83, comma 1, lettera b) e c) del Codice avvalendosi dei requisiti di altri soggetti, anche partecipanti al raggruppamento, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi (articolo 89, comma 1, Codice).

Il Disciplinare prevede che possono essere oggetto di avvalimento anche i titoli di studio e professionali di altri soggetti a condizione che questi ultimi eseguano direttamente i servizi/forniture per cui tali capacità sono richieste (articolo 89, comma 1, secondo periodo, del Codice) nonché la certificazione di qualità, purché l'ausiliaria metta a disposizione dell'ausiliata per l'esecuzione dell'appalto le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di qualità. Quest'ultima previsione tiene conto dell'orientamento giurisprudenziale secondo cui quando oggetto dell'avvalimento è la certificazione di qualità di cui la concorrente è priva, occorre, ai fini dell'idoneità del contratto, che l'ausiliaria metta a disposizione dell'ausiliata l'intera organizzazione aziendale, comprensiva di tutti i fattori della produzione e di tutte le risorse, che, complessivamente considerata, le ha consentito di acquisire la certificazione di qualità da mettere a disposizione (Consiglio di Stato, Sezione V, sentenza 27 luglio 2017, n. 3710; Consiglio di Stato, Sezione V, 23 febbraio 2017, n. 852; Consiglio di Stato, Sezione V, 12 maggio 2017, n. 2225, con considerazioni riferite al prestito dell'attestazione S.O.A., che valgono a maggior ragione per il prestito della certificazione di qualità).

Nel caso di avvalimento di requisiti immateriali non è necessario prevedere la messa a disposizione di mezzi e attrezzature. Espressa previsione riguarda, inoltre, l'avvalimento plurimo (articolo 89, comma 6, prima parte), ormai ammesso dal Codice dopo che, sotto la vigenza del decreto legislativo 163/2006 era stata sollevata apposita questione pregiudiziale dinnanzi alla Corte di Giustizia e questa aveva ritenuto che "Gli articoli 47, paragrafo 2, e 48, paragrafo 3, della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, letti in combinato disposto con l'articolo 44, paragrafo 2, della medesima direttiva, devono essere interpretati nel senso che ostano ad una disposizione nazionale come quella in discussione nel procedimento principale, la quale vieta, in via generale, agli operatori economici che partecipano ad una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico di lavori di avvalersi, per una stessa categoria di qualificazione, delle capacità di più imprese" (Corte di Giustizia, Sezione V, sentenza 10 ottobre 2013 in causa C-94/12).

Al fine di favorire la più ampia partecipazione e tenuto conto dell'indicazione di cui all'articolo 77, comma 4, della bozza di Regolamento, lo schema del Disciplinare riconosce alla stazione appaltante la facoltà di prevedere che, qualora la *lex specialis* richieda il possesso di particolari attrezzature possedute da un ristrettissimo numero di imprese operanti sul mercato, queste ultime possano prestare l'avvalimento nei confronti di più di un concorrente, sino ad un massimo indicato nel bando stesso, impegnandosi a fornire la particolare attrezzatura tecnica, alle medesime condizioni, all'aggiudicatario.

Lo schema del Disciplinare prevede che l'ausiliaria deve possedere i requisiti generali previsti dalla *lex specialis* e dichiararli presentando un proprio DGUE. Al riguardo si fa presente che il Consiglio di Stato ha rimesso alla Corte di Giustizia europea la questione volta a chiarire se l'articolo 63 della direttiva 2014/24/UE, che disciplina l'avvalimento, e i principi di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi, ostino ad una norma nazionale che preveda che nel caso di dichiarazioni non veritiere dell'ausiliaria, riguardanti la sussistenza di condanne penali passate in giudicato, potenzialmente idonee ad integrare l'ipotesi di grave illecito professionale, la stazione appaltante sia tenuta a escludere l'operatore economico senza poter imporgli d'indicare un'altra ausiliaria in sostituzione, diversamente da come previsto per gli altri motivi di esclusione

sempre dell'ausiliaria (Consiglio di Stato, Sezione III, ordinanza del 20 marzo 2020 n. 2005). Tuttavia, fino a quando non vi sarà la pronuncia della Corte o la norma non sarà modificata, la previsione richiamata continua ad applicarsi.

Nel disciplinare sono indicati i documenti che devono essere presentati dal concorrente: la dichiarazione di avvalimento e il contratto di avvalimento. Quest'ultimo è stato mutuato sulla base delle previsioni contenute nell'articolo 76 della bozza di Regolamento.

Qualora non sia possibile l'individuazione di tali mezzi e risorse, il contratto di avvalimento deve prevedere l'effettiva messa a disposizione del complesso di beni e risorse costituenti l'organizzazione aziendale globalmente considerata o un suo ramo inteso come unità organizzativa funzionalmente autonoma. Se espressamente previsto dal contratto di avvalimento, l'impresa ausiliaria può continuare ad utilizzare il complesso della sua organizzazione aziendale purché l'esecutore abbia in qualunque momento la possibilità di acquisire la disponibilità materiale di qualsiasi risorsa di cui abbia necessità per l'esecuzione del contratto.

Occorre tener presente, infine, che non è possibile supplire mediante soccorso istruttorio in caso in cui difetti la volontà del concorrente di ricorrere all'avvalimento, atteso il soccorso istruttorio vale a superare vizi, carenze e irregolarità di natura formale o documentale, ma non può essere rivolto alla sollecitazione di una dichiarazione di volontà non espressa dal concorrente, né tanto meno può consentirla (Consiglio di Stato, Sezione V, 4 maggio 2020, n. 2836). Parimenti il soccorso istruttorio non può essere azionato per supplire alla carenza della dichiarazione d'impegno dell'ausiliaria nei confronti della stazione appaltante, avendo quest'ultima natura essenziale, né essa può essere "coperta" dal contratto di avvalimento, *"attesa la diversità di natura, contenuto e finalità, quindi attese l'autonomia e la necessaria complementarietà, dei documenti richiesti dall'articolo 89, comma 1, la mancanza dell'uno non può essere supplita dall'altro o da determinati elementi o contenuti dell'altro, dovendosi ritenere che siano tutti essenziali"* (Consiglio di Stato, Sezione V, 4 giugno 2020, n. 3506) .

13. *Subappalto (articolo 9 Disciplinare)*

La formulazione della clausola contenuta nello schema del Disciplinare tiene conto dei rilievi formulati dalla Corte di Giustizia e dalla Commissione europea alla disciplina nazionale in materia di subappalto e di fatto contempla la disapplicazione di quest'ultima, richiedendo alla stazione appaltante di indicare la percentuale subappaltabile non in astratto, ma in riferimento a ciascun servizio e/o fornitura, indicandone le ragioni. La clausola in esame, inoltre, non prevede l'obbligo di indicare in sede di offerta la terna dei subappaltatori di cui all'articolo 105, comma 6, del Codice.

Al riguardo occorre considerare che la disposizione dell'articolo 105, comma 2, del Codice, secondo cui il subappalto non può superare il 30% dell'importo totale del contratto pubblico, è stata sospesa fino al 31 dicembre 2020 dall'articolo 1, comma 18, della legge n. 55/2019, di conversione del decreto legge 32/2019. Fino a tale data in deroga al citato comma la novella in esame ha innalzato la quota subappaltabile al 40%, per consentire alla Commissione Europea di chiudere sul punto la procedura di infrazione avviata contro lo Stato italiano. Parimenti la legge n. 55/2019 ha sospeso fino al 31 dicembre 2020 l'obbligo di indicare in sede di offerta la terna dei subappaltatori di cui all'articolo 105, comma 6, del Codice. Le predette modifiche e sospensioni sono state previste per adeguare il diritto nazionale a quello eurounitario e superare così i rilievi della Corte di Giustizia e della Commissione Europea.

Si ricorda al riguardo che la Corte di Giustizia UE, nella causa C-406/14 ha statuito che *"una clausola che impone limitazioni al ricorso a subappaltatori per una parte dell'appalto fissata in maniera astratta in una determinata percentuale dello stesso, e ciò a prescindere dalla possibilità di verificare le capacità di eventuali subappaltatori e senza menzione alcuna del carattere essenziale delle prestazioni di cui si tratta, è incompatibile con la direttiva 2004/18/CE. Pertanto la Commissione conclude che l'articolo 105, comma 2, terza frase, e l'articolo 105, comma 5, del decreto legislativo 50/2016 violano l'articolo 63, paragrafo 1, secondo comma, l'articolo 63, paragrafo 2, e l'articolo 71 della direttiva 2014/24/UE"*.

La Corte di Giustizia nella sentenza 26 settembre 2019 causa C-63/18 ha ribadito il proprio orientamento sul punto, sottolineando che la previsione in termini astratti e generali di un limite quantitativo al subappalto, indipendentemente dal settore economico interessato a cui l'appalto si riferisce, dalla natura delle prestazioni oggetto del contratto o dall'identità dei subappaltatori, da qualsivoglia accertamento riferito al caso concreto della stazione appaltante, si pone in contrasto con le regole fondamentali e i principi generali del TFUE che si applicano nell'ambito delle procedure di aggiudicazione degli appalti. Conseguentemente Alla luce di tale principio la nuova formulazione dell'articolo 105, comma 2, del Codice non è tale da superare i rilievi della Corte. Alla luce di tali argomentazioni, la Corte ha statuito che la direttiva 2014/24/UE deve essere interpretata nel senso che osta a una normativa nazionale, che limita al 30 per cento la parte dell'appalto che l'offerente è autorizzato a subappaltare a terzi.

L'orientamento della Corte di Giustizia è stato richiamato anche dalla Commissione nell'ambito della procedura di infrazione n. 2018/2273, ove ha rilevato che nelle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE non vi sono disposizioni che impongono come obbligatorio un limite all'importo dei contratti pubblici che può essere subappaltato. *“Al contrario, le direttive si basano sul principio secondo cui occorre favorire una maggiore partecipazione delle piccole e medie imprese (PMI) agli appalti pubblici, e il subappalto è uno dei modi in cui tale obiettivo può essere raggiunto”*. Tuttavia, non esistono impedimenti, al fatto che una stazione appaltante, in considerazione della natura specifica dell'affidamento possa imporre dei limiti alla quantità subappaltabile. Inoltre, deve essere escluso, che possa essere affidato in subappalto l'intero contratto.

14. *Garanzia provvisoria (articolo 10 Disciplinare)*

La clausola “Garanzia provvisoria”, riporta le modalità di presentazione delle garanzie a corredo delle offerte con particolare riguardo alla forma e al contenuto della cauzione provvisoria.

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

Gli intermediari abilitati al rilascio delle polizze fideiussorie devono essere individuati tra i soggetti iscritti nell'albo di cui all'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. Con comunicato congiunto del 28 maggio 2020 IVASS, Banca d'Italia, ANAC e AGCM hanno fornito ulteriori suggerimenti alle stazioni appaltanti, al fine di ridurre il rischio di accettare garanzie false o non valide in quanto emesse da soggetti non legittimati. Un'attenta attività di controllo prima di accettare le garanzie può, infatti, evitare di perderne la protezione o di incorrere in contenziosi e contestazioni. In quest'ottica nel Disciplinare sono stati indicati i siti internet da consultare, al fine di accedere agli elenchi dei soggetti autorizzati e alle segnalazioni dei soggetti operanti abusivamente, per effettuare le necessarie verifiche.

Per la riduzione dell'importo della garanzia provvisoria, lo Schema del disciplinare rinvia all'articolo 93, comma 7, del Codice.

Si rammenta, infine, che, la funzione della garanzia provvisoria è duplice: da un lato, serve a responsabilizzare i partecipanti in ordine alle dichiarazioni rese in sede di gara, garantendo la serietà e l'affidabilità dell'offerta presentata e, dall'altro, precostituisce una forma di tutela, a favore della stazione appaltante, "per l'eventualità che – per fatto (anche successivo alla formulazione dell'offerta) comunque imputabile alla concorrente risultata aggiudicataria – non si addivenga alla stipula del contratto. L'escussione della cauzione provvisoria non concreta una sanzione in senso tecnico che colpisca il concorrente per il comportamento tenuto, ma rappresenta una obiettiva garanzia per il corretto adempimento degli obblighi assunti dagli operatori economici in relazione ad una partecipazione ad una gara di appalto, ivi compresa la dimostrazione del possesso, originario e continuato, dei requisiti dichiarati in sede di offerta e per i quali è avvenuta la ammissione alla gara (Consiglio di Stato, Sezione V, 16 maggio 2018, n. 2896).

Per l'effetto, l'incameramento è conseguenza automatica del provvedimento di esclusione, e, come tale, non suscettibile di valutazioni discrezionali da parte dell'amministrazione in relazione ai singoli casi concreti: in particolare, è insensibile ad eventuali valutazioni volte ad evidenziare la non imputabilità a colpa della violazione che abbia dato causa all'esclusione" (Consiglio di Stato, Sezione V, 6 aprile 2020 n. 2264; Consiglio di Stato, Sezione V, 24 gennaio 2019, n. 589; Consiglio di Stato, Ad. plen. 29 febbraio 2016, n. 5; Id., Sezione V, 13 giugno 2016, n. 2531).

15. *Sopralluogo (articolo 11 Disciplinare)*

La clausola "Sopralluogo" tiene conto di quanto previsto dall'articolo 8, comma 1, lettera b), decreto legge n.76/20, convertito dalla legge 120/20, in virtù del quale in relazione alle procedure pendenti disciplinate dal decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, i cui bandi o avvisi, con i quali si indice una gara, sono già stati pubblicati alla data di entrata in vigore del presente decreto, nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o avvisi, alle procedure in cui, alla medesima data, siano già stati inviati gli inviti a presentare le offerte o i preventivi, ma non siano scaduti i relativi termini, e in ogni caso per le procedure disciplinate dal medesimo decreto legislativo avviate a decorrere dalla data di entrata in vigore del citato decreto legge e fino alla data del 31 dicembre 2021 le stazioni appaltanti possono prevedere, a pena di esclusione dalla procedura, l'obbligo per l'operatore economico di procedere alla visita dei luoghi, nonché alla consultazione sul posto dei documenti di gara e relativi allegati ai sensi e per gli effetti dell'articolo 79, comma 2, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, esclusivamente laddove detto adempimento sia strettamente indispensabile in ragione della tipologia, del contenuto o della complessità dell'appalto da affidare. Pertanto, fino a quella data, le stazioni appaltanti che intendono introdurre la clausola relativa al sopralluogo devono darne specifica motivazione.

In considerazione di quanto disposto dalla citata disposizione la clausola in esame richiede fino al 31 dicembre 2021 un'espressa motivazione in relazione alle ragioni che, con riferimento alla specifica procedura di gara, rendono indispensabile procedere al sopralluogo. Per le gare bandite successivamente alla predetta gara, la motivazione non è necessaria in quanto viene meno il carattere "eccezionale" del sopralluogo previsto dall'articolo 8, comma 1, lettera B, decreto legge 76/20.

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

Il modello di disciplinare prevede che, in caso di raggruppamento temporaneo, GEIE, aggregazione di imprese di rete o consorzio ordinario, sia già costituiti che non ancora costituiti, in relazione al regime della solidarietà di cui all'articolo 48, comma 5, del Codice, tra i diversi operatori economici, il sopralluogo può essere effettuato da un incaricato per tutti gli operatori economici raggruppati, aggregati in rete o consorziati, purché munito della delega di tutti detti operatori.

Resta ferma la possibilità, per la stazione appaltante, di derogare alla previsione del bando di gara con espressa motivazione, nel caso in cui, per esigenze particolari legate, ad esempio, alla natura del servizio o della fornitura da eseguire, alle modalità di esecuzione della prestazione o al particolare contesto in cui la stessa deve essere svolta, ravvisi la necessità di richiedere che il sopralluogo venga svolto da tutti i soggetti facenti parte del raggruppamento. Tale facoltà dovrà essere utilizzata nei casi strettamente necessari, potendo comportare un inutile aggravio della procedura e scoraggiare la partecipazione degli operatori non aventi sede sul territorio interessato.

In ordine alle modalità di svolgimento del sopralluogo, si evidenzia che rientra nella discrezionalità della stazione appaltante fissare la calendarizzazione del sopralluogo, dovendo la stessa poter organizzare la propria attività in modo da non distogliere i propri dipendenti dalle normali attività per periodi di tempo imprecisati. Al riguardo, tuttavia si ritiene opportuno segnalare che tale calendarizzazione dovrà essere effettuata nel rispetto della par condicio e dell'anonimato dei partecipanti, ciò che porta ad escludere l'ammissibilità di sopralluoghi collettivi. Inoltre, dovrà contemperare, da un lato, l'esigenza di garantire la massima partecipazione alla gara, evitando di fissare date di sopralluogo troppo vicine alla data di pubblicazione del bando (ciò che potrebbe costituire una violazione del principio di proporzionalità e del termine di partecipazione alla gara); dall'altro, l'esigenza di garantire un lasso di tempo dopo lo svolgimento del sopralluogo che possa considerarsi congruo per la formulazione dell'offerta, evitando di fissare date troppo vicine al termine finale per la presentazione della domanda. Ad ogni modo, si raccomanda di tener conto dell'adempimento richiesto ai fini della fissazione del termine per la presentazione della domanda.

16. *Pagamento in favore dell'Autorità (articolo 12 Disciplinare)*

I concorrenti effettuano il pagamento del contributo previsto dalla legge in favore dell'Autorità secondo le istruzioni per il calcolo dell'importo e le modalità di versamento indicate annualmente dall'Autorità con apposita delibera pubblicata sul sito istituzionale e consultabile dell'ANAC. Si ricorda che il pagamento del contributo costituisce condizione di ammissibilità dell'offerta; di conseguenza, il mancato versamento costituisce causa di esclusione dalla procedura di gara, mentre la mancata comprova del pagamento può essere regolarizzata.

Al riguardo, si rappresenta che l'avvenuto pagamento dovrebbe poter essere riscontrabile dalle stazioni appaltanti mediante il sistema AVCPpass. Tuttavia, in alcuni casi, l'Autorità ha rilevato che il pagamento del contributo è avvenuto mediante canali non riconosciuti da AVCPpass, in tal caso la stazione appaltante deve dare avvio alla procedura di soccorso istruttorio. In caso di mancata dimostrazione dell'avvenuto pagamento prima della scadenza del termine di presentazione dell'offerta, la stazione appaltante esclude il concorrente dalla procedura di gara ai sensi dell'articolo 1, comma 67 della legge 266/2005.

Se il pagamento non è dovuto, si ricorda che è necessario seguire le istruzioni per l'esonero indicate dall'Autorità nella citata delibera.

17. *Modalità di presentazione dell'offerta e sottoscrizione dei documenti di gara (articolo 13 Disciplinare)*

Il Disciplinare presta particolare attenzione alla clausola "Modalità di presentazione dell'offerta e sottoscrizione dei documenti di gara" in considerazione delle osservazioni raccolte dall'Autorità in occasione dello svolgimento della VIR sull'utilizzo del Bando tipo n. 1. Queste ultime, infatti, hanno mostrato l'esigenza di precisare meglio il contenuto della clausola in esame.

A tal fine, viene innanzi tutto precisato che la domanda di partecipazione e tutta la documentazione relativa deve essere presentata esclusivamente attraverso lo strumento informatico scelto dalla stazione appaltante entro il termine fissato nel bando. Al riguardo il Disciplinare sottolinea che tale adempimento è previsto, conformemente all'articolo 59, comma 3, lettera b) del Codice, a pena di irregolarità non sanabile. Si ricorda che le operazioni di inserimento sulla Piattaforma di tutta la documentazione richiesta, nonché di trasmissione e conferma, rimangono ad esclusivo rischio del concorrente, è pertanto opportuno svolgere tali attività per tempo, anche in considerazione dei dispositivi informatici di cui ciascun operatore dispone, onde evitare la non completa e quindi mancata trasmissione della risposta entro il termine previsto.

In secondo luogo, tenendo presenti le peculiarità di una procedura svolta completamente su supporto informatico rispetto a quella svolta su supporto cartaceo, si precisa che la predetta documentazione deve essere firmata digitalmente e indica espressamente quali sono i formati delle firme digitali accettati, ossia CADES e PADES. A tal fine il legale rappresentante del concorrente (o suo procuratore speciale) deve preventivamente essere dotato di un certificato di firma digitale, in corso di validità, rilasciato da un organismo incluso nell'elenco pubblico dei certificatori tenuto dall'AGID, previsto dall'articolo 29, comma 1 del decreto legislativo 82/05, generato mediante un dispositivo per la creazione di una firma sicura, ai sensi di quanto previsto dall'articolo 38, comma 2 del decreto del Presidente della Repubblica 445/00 e dall'articolo 65 del decreto legislativo 82/05 e dal decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 30 marzo 2009.

Lo Schema del Disciplinare, inoltre, prevede come debbano essere rilasciate le dichiarazioni sostitutive.

Considerando che l'offerta e tutta la documentazione di gara devono essere presentate in formato elettronico e trasmesse esclusivamente tramite sistemi informatici, al fine di garantire la par condicio dei concorrenti e in un'ottica di trasparenza e leale collaborazione, si prevede che la stazione appaltante indichi preventivamente la dimensione massima consentita per ciascun file nonché la capacità massima dell'Area/Sezione che ogni concorrente ha a propria disposizione.

È previsto che l'offerta sia costituita da documentazione amministrativa, offerta tecnica, offerta economica e che ciascuna delle tre componenti sia inserita in un'apposita Area/Sezione della piattaforma. Tale articolazione deve richiamare l'offerente al rigoroso rispetto del principio di separazione tra offerta tecnica ed offerta economica e alla necessità di inserire gli elementi concernenti il prezzo esclusivamente nella Area/Sezione dedicata all'offerta economica, a pena di esclusione.

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

Pertanto, ferma restando la facoltà dei concorrenti di non confermare la propria offerta, laddove volessero prorogare la validità della stessa sono tenuti a farlo in tempo utile per consentire la sollecita conclusione della gara. Si è ritenuto, quindi, opportuno prevedere alla clausola in esame che nel caso in cui alla data di scadenza della validità delle offerte le operazioni

di gara siano ancora in corso, la stazione appaltante richiede agli offerenti di confermare, con dichiarazione sottoscritta dal legale rappresentante, la validità dell'offerta sino alla data che sarà indicata dalla medesima stazione appaltante e di produrre un apposito documento attestante la validità della garanzia prestata in sede di gara fino alla medesima data..

18. *Soccorso istruttorio (articolo 14 Disciplinare)*

Nell'articolo 14 del Disciplinare sono presentate le modalità di attivazione e di conduzione del soccorso istruttorio, che devono essere lette congiuntamente alle osservazioni già presentate nel paragrafo 2 della Relazione. In particolare, si ricorda che, sebbene la Piattaforma possieda la capacità di inviare comunicazioni ai singoli concorrenti, è opportuno che la comunicazione del soccorso istruttorio avvenga per posta elettronica certificata

19. *Documentazione amministrativa (articolo 15 Disciplinare)*

Il primo paragrafo dell'articolo 15 del Disciplinare è dedicato alla domanda di partecipazione e prevede, in un'ottica di semplificazione e concentrazione, che quest'ultima contenga direttamente una serie di dichiarazioni rese dal concorrente ai sensi degli articoli 46 e 47 del decreto del Presidente della Repubblica n. 445/00, in tal modo si riduce il numero di dichiarazioni integrative e/o aggiuntive che quest'ultimo deve rendere e il rischio di dover ricorrere all'istituto del soccorso istruttorio in caso di mancata o non regolare sottoscrizione delle stesse. Il paragrafo in esame precisa, inoltre, l'articolazione di ruoli e competenze interne relativamente alla presentazione della domanda nel caso di partecipazione di soggetto singolo ovvero di soggetti associati, dedicando una articolazione più approfondita al caso dell'aggregazione di imprese aderenti al contratto di rete.

Si richiama l'attenzione alla previsione relativa alle dichiarazioni che il legale rappresentante delle imprese concorrenti deve rendere relativamente agli stati di soggetti terzi, anche eventualmente cessati dalla carica societaria e le dichiarazioni in caso di partecipazione di imprese in concordato. In tal senso, il modello consolida l'orientamento ANAC già espresso con Comunicato del Presidente del 26 ottobre 2016, relativamente alle dichiarazioni da rendere da parte del legale rappresentante dell'impresa concorrente. Ai sensi dell'articolo 80, comma 3, del Codice, il concorrente ha l'obbligo di dichiarare tutte le sentenze penali di condanna riportate anche nei confronti di ciascuno dei soggetti previsti dalla norma, anche se cessati dalla carica nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara. Tuttavia, tale dichiarazione può essere resa senza prevedere l'indicazione del nominativo dei singoli soggetti di cui all'articolo 80, commi 2 e 3, tale indicazione potrà essere pretesa, per la prima volta nel corso della procedura, dalla stazione appaltante solo al momento della verifica delle dichiarazioni rese, a meno che non si provveda alla preventiva acquisizione delle autodichiarazioni sul possesso dei requisiti da parte di ciascuno dei soggetti individuati dalla norma.

Il secondo paragrafo della clausola è dedicato al documento di gara unico europeo (DGUE). Quest'ultimo è un'autodichiarazione, basata su un modello standard contenente le informazioni previste nell'allegato del Regolamento (UE) 2016/7 del 5 gennaio 2016, tramite la quale un operatore economico può autocertificare il possesso dei requisiti generali e speciali di partecipazione ad una procedura di gara. L'adozione del DGUE mira a ridurre l'onere documentale per gli operatori Economici ed a semplificare le procedure di verifica per le stazioni appaltanti. Il DGUE è disciplinato dall'articolo 85 del Codice, che recepisce l'articolo 59 della direttiva 24/2014/UE. Dal 18 aprile 2018 vige l'obbligo per le stazioni appaltanti di redigere il predetto documento solo formato elettronico, (articolo 85, comma 1, del Codice). Il DGUE, pubblicato sul sito del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, è attualmente in fase di revisione e presenta discrasie con la normativa che si è venuta a formare successivamente alla pubblicazione dello stesso. Il Disciplinare modula, inoltre, la presentazione del DGUE a seconda della forma di partecipazione alla gara prescelta, indicando per le singole ipotesi chi debba presentare e firmare il DGUE.

Le dichiarazioni richieste in via ulteriore rispetto al modello del DGUE sono opportunamente e partitamente evidenziate nei proseguo dell'articolo.

20. *Offerta tecnica (articolo 16 Disciplinare)*

Il Disciplinare contiene indicazioni circa il contenuto dell'offerta tecnica, prevedendo che quest'ultima deve contenere, tra l'altro, a pena di esclusione, la relazione tecnica dei prodotti o dei servizi offerti, con l'indicazione e descrizione degli specifici elementi oggetto di valutazione, in coerenza con i criteri e sub criteri di valutazione tecnica previsti dalla stazione appaltante, fermo restando che tutti i prodotti/servizi proposti devono rispettare, sempre a pena di esclusione, le caratteristiche minime stabilite nel Progetto posto a base di gara secondo i criteri di equivalenza di cui all'articolo 68 del Codice.

Il Disciplinare contempla poi tre clausole facoltative: la prima, in considerazione di quanto disposto nelle Linee guida n. 13 e nell'articolo 134, comma 4, della bozza di Regolamento, prevede che la stazione appaltante richieda, ai fini del rispetto della clausola sociale, che il concorrente allegghi all'offerta tecnica un progetto di assorbimento atto ad illustrare le concrete modalità di applicazione della clausola sociale; la seconda, in attuazione dell'articolo 45, comma 4, del Codice, richiede alla stazione appaltante di individuare le prestazioni in relazione alle quali, viste le loro peculiarità, ritiene necessario conoscere ex ante il nominativo e le qualifiche delle persone fisiche incaricate di svolgere quelle determinate prestazioni; la terza, in attuazione dell'articolo 95, comma 14, del Codice, richiede alla stazione appaltante, nel caso in cui il bando preveda la possibilità di presentare varianti al progetto posto a base di gara, di specificare i requisiti minimi delle varianti, sottolineando, che questi ultimi devono comunque essere collegati all'oggetto del contratto nonché le modalità di presentazione delle stesse .

Si raccomanda, infine, alla stazione appaltante di indicare che la relazione tecnica sia contenuta entro un ragionevole e sintetico numero di battute e/o cartelle, valorizzando in tal senso un principio di concentrazione; tuttavia, occorre precisare che tale limitazione rappresenta una mera indicazione ai concorrenti e non può costituire causa di esclusione dalla gara.

21. *Offerta economica (articolo 17 Disciplinare)*

L'offerta economica deve essere inserita nel sistema telematico nell'apposita Area/Sezione e predisposta preferibilmente secondo il modello messo a disposizione dalla stazione appaltante.

Si rammenta che, ai sensi dell'articolo 95, comma 10 del Codice, l'offerta deve indicare anche la stima dei costi aziendali relativi alla salute e alla sicurezza dei luoghi di lavoro e la stima dei costi per la manodopera.

22. *Criterio di aggiudicazione (articolo 18 Disciplinare)*

L'appalto è aggiudicato sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa secondo il miglior rapporto qualità/prezzo.

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

In particolare, per quanto riguarda i criteri tecnici, si possano attribuire "punteggi tabellari" e "punteggi discrezionali", con riguardo a questi ultimi i criteri di valutazione dell'offerta tecnica devono essere puntuali ed indicare gli elementi che verranno presi in considerazione per la valutazione, precisando i parametri in base ai quali un'offerta è ritenuta migliore di un'altra, in modo da instradare il percorso valutativo rimesso alla discrezionalità della commissione, così da renderlo ricostruibile ex post e come tale verificabile e sindacabile in ogni suo aspetto (Linee guida ANAC n. 2/2016).

Tabella 1 Esempio:

N°	CRITERI DI VALUTAZIONE	PUNTI MAX		SUB-CRITERI DI VALUTAZIONE	PUNTI D MAX	PUNTI Q MAX	PUNTI T MAX
1	Qualità delle risorse hardware e software impiegate per la gestione del servizio		1.1	efficienza degli strumenti proposti per velocizzare la risoluzione dei malfunzionamenti			
			1.2	facilità di utilizzo dell'interfaccia			
			1.3	riduzione del tempo di presa in carico delle attività dell'appaltatore uscente. Sono attribuiti 5 punti (on/off) se viene garantito un periodo massimo di 30 giorni solari per la presa in carico del servizio			
2	Piano dei trasporti della fornitura pasti		2.1	adeguatezza del numero proposto di mezzi impiegati per il trasporto della fornitura pasti			
			2.2	efficienza del sistema di consegna pasti proposto			
	Totale	100					

Per quanto riguarda la valutazione dei medesimi criteri, la stazione appaltante è del tutto libera di scegliere il punteggio di attribuzione del coefficiente. Nel Disciplinare sono richiamati i metodi più usati riportati nelle Linee guida dell'ANAC n. 2/2016: attribuzione discrezionale di un coefficiente variabile da zero ad uno da parte di ciascun commissario ovvero confronto a coppie. Con riferimento alla prima ipotesi la giurisprudenza ha ritenuto che "la limitazione della discrezionalità è assicurata dal fatto che la valutazione affidata ad ogni commissario è ancorata all'attribuzione di un coefficiente variabile da 0 a 1 e che è la media di tale coefficiente a costituire il parametro per l'attribuzione del punteggio" (...). Pertanto, la modalità espressiva del voto dei singoli commissari rende superflua anche una (ulteriore) motivazione discorsiva" (TAR Cagliari, 14.11.2019 n. 839 Consiglio di Stato, Sezione V, 15 luglio 2019, n. 4965); con riferimento alla seconda ipotesi la giurisprudenza ha considerato meno stringente l'onere motivazionale (di fatto già assolto mediante l'utilizzo stesso del metodo) della valutazione operata dalla commissione giudicatrice (Consiglio di Stato, Sezione III, sentenza 21 gennaio 2015 n. 205).

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

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

In generale, si ritiene che la formula bilineare sia particolarmente indicata per alcuni servizi (o forniture) nei casi in cui si voglia evitare un'eccessiva competizione sul prezzo (si veda anche la Determinazione n. 7/2011).

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

Come più volte sottolineato dall'Autorità, al fine di non alterare i pesi stabiliti tra i vari criteri, qualora nel singolo criterio nessun concorrente abbia raggiunto il massimo del punteggio previsto nel bando di gara, si può valutare l'opportunità di procedere alla cosiddetta "riparametrazione". La riparametrazione sul singolo criterio consente di ottenere il punteggio massimo in relazione al medesimo, così come avviene per i criteri quantitativi, inclusa la componente economica, e di premiare, quindi la reale miglior qualità laddove veramente offerta, evitando di compensare carenze in alcune parti dell'offerta con pregi in altre, come avviene nel caso di doppia riparametrazione. Quest'ultima tuttavia è stata suggerita dal Consiglio di Stato che ha tenuto a precisare che la riparametrazione non è un obbligo che possa farsi discendere da nessuna norma e non può essere imposta dalla Linea guida ma esclusivamente prevista negli atti di gara, quale frutto di una valutazione discrezionale dell'amministrazione (Consiglio di Stato, Sezione V, 16 aprile 2019, n. 2496; Consiglio di Stato, V, 23 marzo 2018, n.1845; Consiglio di Stato, parere 2 agosto 2016, n. 1767). È rimesso, pertanto, alla discrezionalità delle singole stazioni appaltanti prevedere nei loro bandi di gara la riparametrazione dei singoli punteggi tecnici ed eventualmente anche del punteggio tecnico complessivo. Laddove non siano previste modalità/formule che consentono di attribuire alla migliore offerta il punteggio massimo, la riparametrazione può essere utilizzata anche per i criteri di natura quantitativa (Linee guida n. 2/2016).

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

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

In assenza di soglie di sbarramento, la sequenza delle operazioni è la stessa senza la fase sub 2).

Si evidenzia che, per maggiore chiarezza e trasparenza, appare opportuno dare evidenza anche dei punteggi risultanti dalla riparametrazione.

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

23. *Commissione giudicatrice (articolo 19 Disciplinare)*

Le attività concernenti la valutazione delle offerte configurano un sub procedimento interno all'affidamento, caratterizzato da autonomia propria e destinato a concludersi con la proposta di aggiudicazione.

La Commissione giudicatrice è un organo straordinario e temporaneo dell'amministrazione, istituito con atto ad hoc per lo svolgimento della funzione, di natura tecnica, di esame e valutazione delle offerte formulate dai concorrenti nell'ambito della gara di appalto. L'articolo 77 del Codice prevede che i commissari siano scelti fra gli esperti iscritti all'Albo istituito presso l'ANAC ai sensi dell'articolo 78, in attuazione di tale disciplina l'Autorità ha adottato la Linea guida del 16 novembre 2016, n. 5, recante "Criteri di scelta dei commissari di gara e di iscrizione degli esperti nell'albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici". Tuttavia l'articolo 1, comma 1, lettera c) della legge n. 55/2019 ha sospeso la vigenza del citato articolo 77 fino al 31 dicembre 2020, successivamente l'articolo 8, comma 7, della legge n. 120/20 ha prorogato il predetto termine fino al 31 dicembre 2021, con la conseguenza che fino a tale data deve considerarsi sospesa anche l'efficacia della Linea guida n. 5. Per tale ragione il Disciplinare conforma la propria disciplina alla normazione transitoria dell'articolo 216, comma 12, del Codice. In tal senso, la nomina della commissione spetta all'organo della stazione appaltante competente a effettuare la scelta dell'affidatario del contratto, nel rispetto di regole di competenza e trasparenza preventivamente individuate dalla amministrazione nonché di assenza di conflitto di interessi.

24. *Svolgimento delle operazioni di gara (articolo 20 Disciplinare)*

In un'ottica di semplificazione e riduzione dei tempi del procedimento, il Disciplinare prevede che tutte le operazioni di gara si svolgono telematicamente attraverso l'utilizzo della Piattaforma. Con riferimento alla successione delle operazioni, la clausola in esame tiene conto del possibile ricorso delle stazioni appaltanti all'istituto dell'inversione procedimentale.

Occorre ricordare al riguardo che l'articolo 1, comma 3, della legge n. 55/19 ha disposto che "fino al 31.12.2020 si applica anche ai settori ordinari la norma prevista dall'articolo 133 comma 8, del decreto legislativo 18.04.2016 n. 50 per i settori speciali", in virtù della quale "Nelle procedure aperte, gli enti aggiudicatori possono decidere che le offerte saranno esaminate prima della verifica dell'idoneità degli offerenti". Successivamente l'articolo 8, comma 7, della legge 120/20 ha spostato tale termine al 31 dicembre 2021, con la conseguenza che anche nei settori ordinari è consentita la posticipazione della verifica dei requisiti di ammissione rispetto all'esame delle offerte.

La scelta di ricorrere o meno a tale istituto è rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante, nel rispetto delle seguenti condizioni fissate dal predetto articolo 133: a) tale facoltà può essere esercitata se specificamente prevista nel bando di gara o nell'avviso con cui si indice la gara; b) se si avvale di tale possibilità, la stazione appaltante garantisce che la verifica dell'assenza di motivi di esclusione e del rispetto dei criteri di selezione sia effettuata in maniera imparziale e trasparente, in modo che nessun appalto sia aggiudicato a un offerente che avrebbe dovuto essere escluso a norma della legislazione vigente o che non soddisfa i criteri di selezione stabiliti dall'amministrazione aggiudicatrice. Ne deriva che la stazione appaltante è tenuta a compiere "un delicato bilanciamento fra le esigenze di semplificazione e snellimento delle

procedure di gara e quelle, fondamentali, di tutela della concorrenza, della trasparenza e della legalità delle medesime procedure” (Corte Costituzionale, 6 marzo 2020 n. 39), pertanto si ritiene preferibile ricorrere all’inversione soltanto quando ciò sia effettivamente utile a velocizzare le operazioni di gara e, quindi, quando partecipino alla gara un numero minimo di concorrenti da indicare preventivamente nel bando.

Nel caso in cui la stazione appaltante abbia previsto nel bando di gara il ricorso all’inversione procedimentale, la piattaforma utilizzata dalla stazione appaltante dovrebbe poter consentire alla Commissione di gara di esaminare le offerte e, contemporaneamente, garantire che la documentazione amministrativa rimanga chiusa. Qualora la piattaforma non sia dotata della funzionalità relativa alla gestione dell’inversione procedimentale, si ritiene che il RUP possa approvare per ciascun offerente la documentazione amministrativa presentata. Quest’ultima risulta a sistema come “approvata”, senza che sia stata aperta e verificata nella sua regolarità e completezza, tale “stato” serve soltanto per consentire alla Commissione di gara di procedere alla valutazione delle offerte.

25. *Verifica documentazione amministrativa (articolo 21 Disciplinare).*

Il Disciplinare, in conformità a quanto previsto nella Linea guida n. 3, indica che il controllo della documentazione amministrativa può essere attribuito, in alternativa, al RUP, a un seggio di gara istituito ad hoc oppure, se presente nell’organico della stazione appaltante, a un apposito ufficio/servizio a ciò deputato, sulla base delle disposizioni organizzative proprie della stazione appaltante, prevedendo che in ogni caso il RUP eserciti una funzione di coordinamento e controllo, finalizzata ad assicurare il corretto svolgimento delle procedure e adotti le decisioni conseguenti alle valutazioni effettuate. Ciò in quanto è stato ritenuto che la Commissione di gara debba essere incaricata della sola valutazione delle offerte. In ogni caso, non si può escludere che fino alla piena funzionalità dell’Albo dei commissari di gara, alla commissione di gara, costituita da soggetti interni alla stazione appaltante, possano essere attribuiti anche compiti amministrativi. L’organo sopra indicato, individuale o collegiale è, pertanto, in primo luogo preposto alla gestione della fase del controllo documentale delle offerte pervenute

Sebbene il momento in cui procedere alla nomina della stessa sia fissato dal Codice alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte (articolo 77, comma 7), in ottica di accelerazione e concentrazione del procedimento, si ritiene possibile che il RUP proceda alle attività relative alla verifica della documentazione amministrativa e alla nomina della commissione anche sincreticamente.

Occorre inoltre tenere presente che ai sensi dell’articolo 85, comma 5, primo periodo del Codice, la stazione appaltante può chiedere agli offerenti, in qualsiasi momento nel corso della procedura, di presentare tutti i documenti complementari o parte di essi, qualora questo sia necessario per assicurare il corretto svolgimento della procedura. In particolare, si ricorda, che è possibile procedere alla suddetta verifica in tutti i casi in cui sorgono fondati dubbi, sulla veridicità delle dichiarazioni sostitutive (DGUE e altre dichiarazioni integrative), rese dai concorrenti in merito al possesso dei requisiti generali e speciali).

Una volta terminata la verifica della documentazione amministrativa e disposte le eventuali esclusioni il RUP ne dà comunicazione alla Commissione giudicatrice, al fine di consentirle lo svolgimento delle operazioni di propria competenza (valutazione delle offerte tecniche ed economiche).

Nel caso in cui la stazione appaltante si sia avvalsa della facoltà di ricorrere all’inversione procedimentale, la verifica della documentazione amministrativa segue la valutazione delle offerte, pertanto, il plico informatico contenente la documentazione amministrativa deve rimanere chiuso e la piattaforma deve, da un lato, garantirne l’integrità e, dall’altro, consentire alla Commissione di gara di svolgere la propria attività.

26. *Valutazione delle offerte tecniche ed economiche (articolo 22 Disciplinare)*

In aderenza a quanto rappresentato dal Consiglio di Stato nel parere n. 1322/20 reso sullo schema di decreto di cui all'articolo 44 del Codice, nel Disciplinare è stato indicato che la prima seduta della Commissione è pubblica e si svolge tramite la piattaforma. Occorre, però, rilevare che altra giurisprudenza recente ha indicato che "il principio di pubblicità delle sedute deve essere rapportato non ai canoni storici che hanno guidato l'applicazione dello stesso, quanto piuttosto alle peculiarità e specificità che l'evoluzione tecnologica ha consentito di mettere a disposizione delle procedure di gara telematiche, in ragione del fatto che la piattaforma elettronica che ha supportato le varie fasi di gara assicura l'intangibilità del contenuto delle offerte (indipendentemente dalla presenza o meno del pubblico) posto che ogni operazione compiuta risulta essere ritualmente tracciata dal sistema elettronico senza possibilità di alterazioni; in altri termini è garantita non solo la tracciabilità di tutte le fasi ma proprio l'inviolabilità delle buste elettroniche contenenti le offerte e l'incorruttibilità di ciascun documento presentato" (Consiglio di Stato, Sezione V, 21 novembre 2017 n. 5388; Consiglio di Stato, Sezione III, 13 dicembre 2018 n.7039; Consiglio di Stato, Sezione V, 29 ottobre 2014 n. 5337; Consiglio di Stato, Sezione III, 3 ottobre 2016 n. 4050).). A tale orientamento del giudice d'appello si è allineata anche la giurisprudenza di primo grado che ha ritenuto che "nell'ambito delle procedure telematiche di evidenza pubblica, non sono necessarie sedute pubbliche per l'apertura delle offerte, come confermato dall'articolo 58, decreto legislativo n. 50 del 2016, che non ha codificato, in relazione alle procedure gestite in forma telematica, alcuna fase pubblica" (TAR Campania, Napoli, Sezione II, 2 marzo 2020, n. 957; TAR Veneto, Sezione III 13 marzo 2018; n. 307; TAR Puglia, Sezione III, 2 novembre 2017 , n. 1112; TAR Sardegna, Sezione I, 29 maggio 2017 n. 365).

La Commissione, una volta aperte le offerte tecniche procede al loro esame e valutazione in applicazione dei criteri di aggiudicazione prescelti dalla stazione appaltante. Una volta terminate le operazioni di valutazione dell'offerta tecnica la Commissione rende disponibili sulla piattaforma i punteggi attribuiti e procede nella medesima seduta pubblica o in altra successiva, all'apertura delle buste contenenti le offerte economiche e all'attribuzione del relativo punteggio.

Le ultime operazioni riguardano la verifica di anomalia dell'offerta, la formazione della graduatoria di gara e la proposta di aggiudicazione, con la quale la Commissione giudicatrice rimette alla stazione appaltante l'esito della valutazione tecnica delle offerte, fermo restando il potere di riesame in autotutela del procedimento già espletato (TAR Lazio, Sezione II-ter, 10 maggio 2017, n. 5613).

27. *26 Verifica di anomalia delle offerte (articolo 23 Disciplinare)*

Al ricorrere dei presupposti indicati dall'articolo 97, comma 3, e in ogni altro caso in cui l'offerta appaia anormalmente bassa in base a elementi specifici (articolo 97, comma 6, ultimo periodo), lo Schema del Disciplinare detta le regole del procedimento di verifica della congruità delle offerte, tenuto conto delle disposizioni del Codice e della Linea guida n. 3/2016 dell'ANAC nonché delle indicazioni che è possibile trarre dalla bozza del Regolamento (articolo 132). Si conferma, dunque, un obbligo di verifica di anomalia nel caso in cui la somma dei punti relativi al prezzo e agli altri elementi di valutazione sia pari o superiore ai quattro quinti dei corrispondenti punti massimi previsti dal bando di gara; e in ogni caso, resta ferma la facoltà per le stazioni appaltanti di procedere, caso per caso, a una motivata verifica di congruità laddove specifici elementi lascino presagire cause di anomalia non rientranti nei casi ipotizzati dalla norma.

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

Con riguardo alle competenze, la clausola in esame assegna la funzione di verifica dell'anomalia al RUP, con l'assistenza e il supporto della commissione di gara. Tale opzione è stata adottata in coerenza con la Linea guida n. 3/2016 dell'ANAC, ove si prevede che *"nel caso di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, il RUP verifica la congruità delle offerte con il supporto della commissione giudicatrice"*. L'orientamento prescelto sostanzialmente conferma quanto il codice previgente prevedeva con riguardo al soggetto deputato allo svolgimento della verifica di anomalia, individuato nella figura del responsabile del procedimento, il quale può avvalersi della commissione di gara, qualora costituita, o degli uffici e degli organismi tecnici della stazione appaltante così come precisato dalla giurisprudenza amministrativa (Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 29 novembre 2012, n. 36 e in tal senso anche articolo 132 della bozza di Regolamento).

Con riguardo alla natura del termine di quindici giorni, offerto all'operatore economico per la giustificazione del sospetto di anomalia, lo Schema del Disciplinare si conforma al consolidato orientamento giurisprudenziale che propende per la natura meramente ordinatoria del suddetto termine. In tal senso, occorre evidenziare che la legge dispone soltanto che venga assegnato al concorrente interessato un termine di almeno 15 giorni per consentire una difesa scritta. Tale procedimento semplifica la previgente disposizione dell'abrogato Codice, nel quale era previsto lo scambio di note tra la stazione appaltante e l'operatore economico, secondo una stretta e articolata scansione temporale in tre sotto fasi, che comprendevano altresì la facoltà di audizione orale. Lo Schema di Disciplinare - nel rispetto del termine di legge, al fine di non aggravare il procedimento intenzionalmente accelerato del Legislatore e senza introdurre la facoltà di audizione orale che pare intenzionalmente esclusa dal Codice - ha ritenuto di integrare la disciplina permettendo alla stazione appaltante di procedere alla richiesta di ulteriori precisazioni scritte, entro un termine strettissimo. Tale elemento intende andare incontro alle esigenze di certezza delle stazioni appaltanti prima di un provvedimento di esclusione del concorrente e si pone, comunque, in linea di continuità con la ratio ispirata alla semplificazione del subprocedimento di verifica dell'anomalia. Pertanto, la formulazione definitiva del Disciplinare consente che - ove le spiegazioni siano ritenute insufficienti ad escludere l'anomalia - la stazione appaltante possa richiedere la presentazione, per iscritto, di ulteriori chiarimenti, assegnando un termine di n. giorni ... [indicare un numero congruo di giorni - almeno 5].

In un'ottica acceleratoria e di riduzione del contenzioso si suggerisce di effettuare le comunicazioni al soggetto sottoposto a verifica mediante posta elettronica certificata o strumento analogo negli Stati membri. Ciò in quanto all'eventuale mancata risposta del concorrente sottoposto a verifica consegue l'esclusione dalla gara, pertanto, si ritiene opportuno che la stazione appaltante utilizzi la comunicazione elettronica che consenta di avere la certezza legale dell'avvenuto ricevimento della stessa.

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

28. *Aggiudicazione dell'appalto e stipula del contratto (articolo 24 Disciplinare)*

L'articolo 24 dello Schema di Disciplinare regola gli adempimenti necessari ai fini dell'aggiudicazione dell'appalto e della successiva stipula del contratto.

Si fa espresso rinvio alle disposizioni (articolo 85 e articolo 86 del Codice) che prescrivono, al potenziale aggiudicatario, di presentare la documentazione a comprova dell'assenza delle cause di esclusione e del rispetto dei criteri di selezione (rispettivamente: requisiti generali e speciali).

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

In un'ottica acceleratoria l'articolo 4, comma 1, del decreto legge n. 76/20, convertito in legge n. 55/20, ha rafforzato la previsione già contenuta nell'articolo 32, comma 8, del Codice di procedere alla stipulazione del contratto entro sessanta giorni dall'intervenuta efficacia dell'aggiudicazione, prescrivendo che l'adempimento in parola "deve" avvenire entro il suddetto termine, salvo diversa previsione contenuta nel bando o differimento espressamente concordato con l'aggiudicatario, purché sia comunque giustificato dall'interesse alla sollecita esecuzione del contratto. Si invita la stazione appaltante a rispettare il predetto termine in quanto la mancata osservanza dello stesso ha rilevanti conseguenze: in primo luogo, l'articolo 32, comma 8, del Codice, in caso di violazione, impone un onere motivazionale particolarmente stringente, essendo necessario fare specifico riferimento all'interesse della stazione appaltante e a quello nazionale alla sollecita esecuzione del contratto; inoltre, la medesima norma precisa che tale circostanza viene valutata ai fini della responsabilità erariale e disciplinare del dirigente preposto. La disposizione in esame, sotto il primo profilo, precisa che non costituisce giustificazione adeguata per la mancata stipulazione del contratto nel termine previsto la pendenza di un ricorso giurisdizionale, nel cui ambito non sia stata disposta o inibita la stipulazione del contratto, salvo la necessità di rispettare i termini di stand still di cui al comma 9 e 11 del citato articolo 32; sotto il secondo profilo riconosce alle stazioni appaltanti la facoltà di stipulare contratti di assicurazione della propria responsabilità civile derivante dalla conclusione del contratto e dalla prosecuzione o sospensione della sua esecuzione.

In ragione dell'espressa previsione contenuta nel decreto legislativo n. 159/11, Codice antimafia, viene altrettanto espressamente richiamato l'obbligo di acquisire, prima della stipula, la comunicazione o l'informazione antimafia, fatto salvo quanto previsto dall'articolo 88, comma 4-bis, e dall'articolo 92, comma 3, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159 (TAR Brescia, 20 febbraio 2020 n. 147).

Lo Schema del Disciplinare coordina le disposizioni del Codice, del decreto legge n.70/20 e del decreto legislativo n.159/11 in materia di verifiche antimafia sotto diversi profili. In primo luogo, la clausola tiene conto del sistema introdotto in via transitoria e precisamente fino al 31 dicembre 2021 dall'articolo 3 del decreto legge n. 76/20, come convertito dalla legge 120/20, che, con lo scopo di potenziare e semplificare il sistema delle verifiche antimafia, fino alla suddetta data consente alle stazioni appaltanti di stipulare, approvare o autorizzare i contratti e subcontratti, sotto condizione risolutiva, sulla base della sola informativa liberatoria provvisoria, fermo restando le ulteriori verifiche ai fini del rilascio della documentazione antimafia da completarsi entro sessanta giorni. Il rilascio della informativa liberatoria provvisoria consegue immediatamente alla consultazione della Banca dati nazionale unica della documentazione antimafia ed alle risultanze di tutte le ulteriori banche dati disponibili, anche quando l'accertamento è eseguito per un soggetto che risulti non censito, a condizione che non emergano nei confronti dei soggetti sottoposti alle verifiche antimafia la presenza di misure di prevenzione cui agli articoli 67 e 84, comma 4, lettere a), b) e c), del decreto legislativo n.159/11. Qualora la documentazione successivamente pervenuta accerti la sussistenza di una delle cause interdittive ai sensi del predetto decreto legislativo, le stazioni appaltanti recedono dal contratto, fatto salvo il pagamento del valore delle opere già eseguite e il rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione del rimanente, nei limiti delle utilità conseguite fermo restando la possibilità di non procedere al recesso nei casi previsti dall'articolo 94, commi 3 e 4, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, e dall'articolo 32, comma 10, del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90.

In secondo luogo, la clausola richiama il regime ordinario delle verifiche antimafia di cui all'articolo 92 del decreto legislativo n.159/11.

In terzo luogo, in caso di servizi o forniture rientranti in una delle attività a maggior rischio di infiltrazione mafiosa di cui all'articolo 1, comma 53 della legge 6 novembre 2012, n. 190, laddove l'aggiudicatario sia in possesso della sola domanda di iscrizione all'elenco dei fornitori, prestatori di servizi non soggetti a tentativo di infiltrazione mafiosa istituito presso la Prefettura della provincia in cui l'operatore economico ha la propria sede – coerentemente con la circolare del Ministero dell'interno n. 11001/119/20(8), del 23 marzo 2016 – è previsto che la stazione appaltante consulti la Banca Dati Nazionale Unica della Documentazione Antimafia immettendo i dati relativi all'aggiudicatario (ai sensi dell'articolo 1, comma 52 della legge 190/2012 e dell'articolo 92, commi 2 e 3 del decreto legislativo n. 159/11) per procedere alla stipula anche in assenza di intervenuta iscrizione.

Seguono le prescrizioni in ordine alla stipula previa osservanza del periodo di stand still e il regime delle spese di pubblicazione degli atti di gara nonché di quelle connesse alla stipula, tutte a carico dell'aggiudicatario. Al fine di consentire all'operare economico di presentare un'offerta ben ponderata che copra tutti i costi connessi all'esecuzione del contratto, lo Schema richiede alle stazioni appaltanti di indicare già in sede di gara il costo dell'ammontare di tali spese, fornendo tempestivamente all'aggiudicatario eventuali scostamenti con la relativa motivazione.

Si ricorda, infine, alle stazioni appaltanti che in virtù di quanto previsto dall'articolo 8, comma 1, lettera a), del decreto legge n. 76/20, come convertito dalla legge n. 120/20 per le procedure pendenti i cui bandi sono stati già pubblicati alla data di entrata in vigore del decreto legge n.76/20 e in ogni caso per le procedure disciplinate dal Codice avviate a decorrere dalla data di entrata in vigore del citato decreto e fino alla data del 31 dicembre 2021 è sempre autorizzata, nel caso di servizi e forniture, l'esecuzione del contratto in via d'urgenza ai sensi dell'articolo 32, comma 8, del decreto legislativo n. 50 del 2016, fermo restando il possesso dei requisiti generali da parte dell'esecutore.

29. *Obblighi relativi alla tracciabilità dei flussi finanziari (articolo 25 Disciplinare)*

Nel Disciplinare vengono richiamati gli obblighi che gravano sull'affidatario in materia di tracciabilità dei flussi finanziari. Per le fattispecie soggette e le relative modalità di tracciabilità si rimanda a quanto contenuto nella Determinazione ANAC n. 4 del 7 luglio 2011 recante: "*Linee guida sulla tracciabilità dei flussi finanziari ai sensi dell'articolo 3 della legge 13 agosto 2010, n. 136*", aggiornata con delibera n. 556 del 31 maggio 2017.

30. *Clausola sociale e altre condizioni di partecipazione (articolo 26 Disciplinare)*

Un ulteriore aspetto relativo alla flessibilità del contratto riguarda l'inserimento di clausole sociali e di altre condizioni di partecipazione.

In conformità all'articolo 50 del Codice, la stazione appaltante, per gli affidamenti dei contratti di concessione e di appalto di lavori e servizi diversi da quelli aventi natura intellettuale, con particolare riguardo a quelli relativi a contratti ad alta intensità di manodopera, è tenuta ad inserire nel bando di gara specifiche clausole sociali volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato dall'appaltatore uscente.

Giova qui ricordare che la clausola sociale obbligatoria è circoscritta a quella che prevede il riassorbimento del personale del precedente appaltatore, garantendo, in ogni caso, l'applicazione del contratto collettivo di settore.

Di contro, tra le opzioni facoltative, la stazione appaltante può prevedere e richiedere condizioni particolari per l'esecuzione del contratto ai sensi dell'articolo 100 del Codice, le quali possono attingere, oltre che a condizioni sociali, ulteriori rispetto al caso della già precisata clausola di imponibile di manodopera, anche a esigenze ambientali. Pare opportuno ricordare che le clausole di ordine sociale non si esauriscono nelle sole clausole di imponibile di manodopera e che accanto ad esse vi sono clausole ambientali.

Le condizioni di esecuzione devono rispettare la compatibilità con il diritto europeo e, in particolare, i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità e innovazione. In tal senso, paiono essere consentite, ad esempio, condizioni di esecuzione del contratto che vogliano promuovere obblighi sociali più penetranti rispetto alla legislazione dello stato membro.

Con riguardo alle clausole sociali ulteriori, si consideri che la Direttiva 2014/24/UE aggiunge esemplificazioni quali "*l'attuazione di misure volte a promuovere l'uguaglianza tra uomini e donne nel lavoro, una maggiore partecipazione delle donne al mercato del lavoro e la conciliazione tra lavoro e vita privata, la protezione dell'ambiente o il benessere degli animali*"

(Considerando 98, Direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE); analogamente, potrebbero essere introdotti obblighi esecutivi di assunzione di disoccupati di lunga durata oppure di disabili o di sviluppo di azioni di formazione per categorie svantaggiate ovvero il rispetto delle disposizioni delle convenzioni fondamentali dell'Organizzazione internazionale del lavoro, nell'ipotesi in cui non siano già presenti nella legislazione nazionale, o anche di assunzione di un numero di persone disabili superiore a quello stabilito dalla legislazione nazionale (Considerando 99, Direttiva 24/2014).

Le suddette condizioni devono essere previste espressamente nel Bando ed esplicitamente accettate dagli operatori economici concorrenti; e inoltre che *"è essenziale che i criteri di aggiudicazione o le condizioni di esecuzione dell'appalto riguardanti gli aspetti sociali del processo di produzione si colleghino ai lavori, alle forniture o ai servizi oggetto dell'appalto"* (Considerando 98, Direttiva 24/2014), imponendosi così un ulteriore limite, di carattere teleologico, alla discrezionalità dell'amministrazione.

31. *Codice etico (articolo 27 Disciplinare)*

L'articolo 27 del Disciplinare richiama l'obbligo di uniformarsi ai principi e ai doveri richiamati nel Codice Etico dell'Amministrazione e alle previsioni contenute nel Piano Triennale di Prevenzione della Corruzione e della Trasparenza per le pubbliche amministrazioni o, negli altri casi, al Modello di organizzazione, gestione e controllo.

32. *Accesso agli atti (articolo 28 Disciplinare)*

L'utilizzo di sistemi telematici per lo svolgimento delle procedure di gara non modifica le condizioni di accesso a tutta la documentazione presente sulla piattaforma utilizzata, pertanto il Disciplinare richiama la normativa vigente in materia e richiede che l'istanza di accesso sia inoltrata tramite posta elettronica certificata all'indirizzo fornito dalla stazione appaltante e riportato sul bando.

33. *Definizione delle controversie (articolo 29 Disciplinare)*

Il Disciplinare prevede la possibilità che la stazione appaltante intenda compromettere in arbitri l'eventuale contenzioso, relativo a diritti soggettivi, derivanti dall'esecuzione del contratto. Tale eventualità deve essere prevista a partire dal bando non essendo consentito il ricorso al compromesso in una fase successiva alla procedura di gara. Si rammenta, peraltro, che la clausola compromissoria deve essere preceduta dall'autorizzazione motivata dell'organo di governo dell'amministrazione aggiudicatrice, a pena di nullità, e – una volta posta nel contratto – può essere comunque riusata dall'aggiudicatario, entro 20 giorni dall'avvenuta conoscenza dell'aggiudicazione.

34. *Trattamento dei dati personali (articolo 30 Disciplinare)*

La clausola in questione in conformità all'articolo 13 del Regolamento UE n. 2016/679 fornisce un'ampia informazione sul trattamento dei dati personali raccolti in occasione dello svolgimento della specifica procedura di gara, indicando, in

particolare: la finalità del trattamento; la base giuridica e natura del conferimento dei dati; la natura dei dati trattati; la modalità del trattamento dei dati; l'ambito di comunicazione e di diffusione dei dati; il periodo di conservazione dei dati; i diritti del concorrente/interessato; il titolare del trattamento e il responsabile della protezione dei dati; il consenso al trattamento dei dati personali.