

*Schema di determinazione*

***“BANDO- QUADRO”***

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

## BANDO-QUADRO

### *Sommario*

<b>Premessa</b> .....	<b>4</b>
<b>1. Orientamenti interpretativi</b> .....	<b>4</b>
<b>PARTE I - Adempimenti previsti da disposizioni di legge vigenti</b> .....	<b>9</b>
<b>1. Indicazioni generali</b> .....	<b>9</b>
<b>2. Requisiti di partecipazione</b> .....	<b>11</b>
<b>2.1 Requisiti soggettivi</b> .....	<b>11</b>
<b>2.2 Requisiti speciali di partecipazione</b> .....	<b>12</b>
<b>2.3 Norme a garanzia della qualità e norme di gestione ambientale</b> .....	<b>16</b>
<b>2.4 Ricorso all'avvalimento</b> .....	<b>16</b>
<b>3. Verifiche dei requisiti speciali</b> .....	<b>17</b>
<b>4. Termini per la presentazione delle offerte</b> .....	<b>19</b>
<b>5. Rispetto del divieto di partecipazione plurima/contestuale</b> .....	<b>20</b>
<b>5.1 Indicazioni specifiche per la partecipazione dei raggruppamenti temporanei e dei consorzi ordinari</b> .....	<b>21</b>
<b>5.1.1 Corrispondenza quote di partecipazione, quote di esecuzione e quote di qualificazione</b> ....	<b>23</b>
<b>5.1.2 Raggruppamenti sovrabbondanti</b> .....	<b>25</b>
<b>5.1.3 Modifiche soggettive in corso di gara</b> .....	<b>26</b>
<b>6. Ricorso al subappalto</b> .....	<b>27</b>
<b>7. Mancato o inesatto adempimento alla richiesta di chiarimenti</b> .....	<b>29</b>
<b>8. Disposizioni in materia di presentazione e valutazione delle offerte</b> .....	<b>29</b>
<b>8.1 Varianti in sede di offerta</b> .....	<b>29</b>
<b>8.2 Soglia di “sbarramento”</b> .....	<b>31</b>

<b>8.3</b>	<b>Indicazione dei costi della sicurezza.....</b>	<b>31</b>
<b>8.4</b>	<b>Offerte anomale .....</b>	<b>32</b>
<b>9.</b>	<b>Mancato versamento del contributo all’Autorità .....</b>	<b>33</b>
<b>10.</b>	<b>Ulteriori cause di esclusione previste da norme.....</b>	<b>33</b>
<b>PARTE II - Carenza di elementi essenziali ed incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell’offerta .....</b>		
		<b>35</b>
<b>1.</b>	<b>Indicazioni generali .....</b>	<b>35</b>
<b>2.</b>	<b>La sottoscrizione dell’offerta .....</b>	<b>36</b>
<b>3.</b>	<b>Accettazione delle condizioni generali di contratto .....</b>	<b>37</b>
<b>4.</b>	<b>Offerte condizionate, plurime ed in aumento.....</b>	<b>39</b>
<b>5.</b>	<b>Presentazione della cauzione provvisoria.....</b>	<b>40</b>
<b>6.</b>	<b>Mancata effettuazione del sopralluogo .....</b>	<b>42</b>
<b>6.1</b>	<b>Lavori.....</b>	<b>42</b>
<b>6.2</b>	<b>Servizi e forniture .....</b>	<b>44</b>
<b>PARTE III – Irregolarità concernenti gli adempimenti formali di partecipazione alla gara .....</b>		
		<b>45</b>
<b>1.</b>	<b>Modalità di presentazione delle offerte e delle domande di partecipazione.....</b>	<b>45</b>
<b>2.</b>	<b>Difetto di separazione fisica dell’offerta economica dall’offerta tecnica e dal resto della documentazione amministrativa .....</b>	<b>46</b>
<b>3.</b>	<b>Modalità di presentazione delle dichiarazioni sostitutive .....</b>	<b>47</b>
<b>4.</b>	<b>Utilizzo di moduli predisposti dalle stazioni appaltanti .....</b>	<b>48</b>
<b>5.</b>	<b>Mezzi di comunicazione tra operatori economici e stazioni appaltanti.....</b>	<b>48</b>

## **Premessa**

L'art. 64, comma 4-*bis* del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (nel seguito, Codice), introdotto dal d.l. 13 maggio 2011, n. 70, convertito dalla l. 12 luglio 2011, n. 106 (d'ora innanzi "Decreto Sviluppo"), prevede che *«i bandi sono predisposti dalle stazioni appaltanti sulla base di modelli (bandi-tipo) approvati dall'Autorità, previo parere del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e sentite le categorie professionali interessate, con l'indicazione delle cause tassative di esclusione di cui all'articolo 46, comma 1-bis. Le stazioni appaltanti nella delibera a contrarre motivano espressamente in ordine alle deroghe al bando-tipo»*.

L'Autorità ha, pertanto, esperito una consultazione degli operatori del settore e delle amministrazioni pubbliche, in merito alle questioni interpretative più rilevanti in materia di redazione dei bandi di gara. La consultazione ha avuto ad oggetto, in particolare, le cause tassative di esclusione (art. 46, comma 1-*bis*) e le modifiche intervenute all'art. 38 (requisiti generali) ed all'art. 81, comma 3-*bis* (sul costo del lavoro, ora abrogato) del Codice. Il documento di consultazione e le osservazioni pervenute sono consultabili all'indirizzo:

<http://www.avcp.it/portal/public/classic/AttivitaAutorita/ConsultazioniOnLine>

Sulla base di quanto emerso dalla consultazione, l'Autorità ha deliberato la predisposizione di un primo documento, denominato "bando quadro", al fine di fornire indicazioni generali interpretative delle disposizioni prima citate (art. 64, comma 4-*bis* ed articolo 46, comma 1-*bis*) relativamente ai contenuti ritenuti fondamentali della documentazione di gara; in particolare, il presente documento contiene l'indicazione delle cause tassative di esclusione di cui all'articolo 46, comma 1-*bis*. La scelta in tal senso effettuata è funzionale anche all'aggiornamento dei contenuti del bando quadro in relazione all'evoluzione normativa e giurisprudenziale.

Il presente documento costituisce, quindi, il quadro giuridico di riferimento sulla base della quale l'Autorità procederà ad elaborare specifici modelli ("bandi tipo") distinti in base all'oggetto del contratto (lavori, servizi o forniture).

### **1. Orientamenti interpretativi**

Il presente documento, denominato "bando quadro", ha come obiettivo generale l'enucleazione delle tipologie di "cause tassative di esclusione" che le stazioni appaltanti e gli enti aggiudicatori possono/devono inserire nei documenti di gara.

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

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

La norma trova applicazione generalizzata sia ai settori ordinari che ai settori speciali, in virtù di quanto disposto dall'art. 206, comma 1, del Codice (nella versione risultante a seguito delle modifiche apportate dall'art. 4 del d.l. n. 70/2011, comma 2, lett. ee). Non assume rilievo l'importo del contratto, che può, quindi, essere sia inferiore che superiore alle soglie comunitarie. In base all'espressa previsione del comma 3 dell'art. 4, come modificato a seguito della legge di conversione, il comma 1-*bis* dell'art. 46 si applica alle procedure i cui bandi o avvisi sono pubblicati successivamente alla data di entrata in vigore del "Decreto Sviluppo" (14 maggio 2011), nonché, in caso di contratti stipulati senza previa pubblicazione di bandi o avvisi, alle procedure per le quali, alla data di entrata in vigore del decreto, non siano ancora stati inviati gli inviti a presentare le offerte.

La *ratio* ispiratrice delle nuove disposizioni è agevolmente rinvenibile nell'intento di garantire un concreto rispetto dei principi di massima partecipazione e di concorrenza nelle procedure di gara, evitando che le esclusioni possano essere disposte a motivo della violazione di prescrizioni meramente formali.

La finalità perseguita dal legislatore emerge dall'art. 4, comma 1, lett n), del Decreto Sviluppo, laddove si evidenzia che le modifiche in questione sono volte a prevedere la «*tipizzazione delle cause di esclusione dalle gare, cause che possono essere solo quelle previste dal Codice dei contratti pubblici e dal relativo regolamento di esecuzione ed attuazione, con irrilevanza delle clausole addizionali eventualmente previste dalle stazioni appaltanti nella documentazione di gara*».

La *ratio* della novella è ulteriormente dettagliata nella relazione illustrativa del Decreto Sviluppo, secondo la quale l'intento è quello di effettuare una «*tipizzazione tassativa delle cause di esclusione dalle gare e di ridurre il potere discrezionale della stazione appaltante*», limitando «*le numerose*

*esclusioni che avvengono sulla base di elementi formali e non sostanziali, con l'obiettivo di assicurare il rispetto del principio della concorrenza e di ridurre il contenzioso in materia di affidamento dei contratti pubblici».*

Al riguardo, occorre evidenziare che, benché letteralmente la rubrica dell'art. 46 menzioni la "tassatività" delle cause di esclusione, la norma di cui al comma 1-*bis* introduce, in effetti, un principio di "tipizzazione" delle stesse, poiché indica, alle stazioni appaltanti ed alla stessa Autorità, i vincoli ed i criteri da seguire nell'individuazione delle ipotesi legittime di esclusione, allorché redigono, rispettivamente, i documenti di gara ed i bandi-tipo.

Inoltre, l'art. 46, comma 1-*bis*, nel circoscrivere l'area delle "esclusioni legittime" si caratterizza, in realtà, per una duplice valenza, poiché opera sia in riferimento alla predisposizione della documentazione di gara – delineando i criteri affinché la previsione esplicita di ipotesi di esclusione possa essere ritenuta legittima - sia con riguardo alla successiva valutazione del comportamento dei concorrenti, in quanto impone di verificare se tale comportamento, anche a prescindere da quanto previsto dalla *lex specialis* di gara, produca comunque le conseguenze di cui all'art. 46, comma 1-*bis* del Codice (incertezza assoluta sul contenuto dell'offerta o sulla provenienza della stessa, non integrità del plico o altre irregolarità relative alla chiusura tali da far ritenere violato il principio di segretezza delle offerte) e comportamenti, pertanto, l'esclusione del concorrente.

Per altro verso, lo stesso art. 46 comma 1-*bis* dispone la nullità delle eventuali prescrizioni imposte a pena di esclusione nei bandi che siano ulteriori rispetto a quelle derivanti dal Codice, dal Regolamento o da altre disposizioni di legge vigenti ovvero che non siano riconducibili alle ulteriori ipotesi ivi prospettate. A sua volta, l'art. 64, comma 4-*bis*, stabilisce che la tipizzazione delle cause di esclusione debba essere effettuata *ex ante* dall'Autorità nei bandi tipo e che le stazioni appaltanti, nella delibera a contrarre, sono tenute a motivare espressamente in ordine alle eventuali deroghe rispetto a quanto ivi previsto.

In merito, è da escludersi che la deroga possa riguardare qualunque indicazione contenuta nel bando quadro e nei bandi tipo, poiché a ciò osterebbe proprio l'ultimo periodo dell'art. 46, comma 1-*bis*. Dal combinato disposto dei citati articoli 64 comma 4-*bis* e 46, comma 1-*bis* deriva, quindi, che le eventuali deroghe al bando tipo, ancorché motivate, non possono consistere nell'introduzione di clausole contrastanti con il disposto del citato art. 46 comma 1-*bis*, atteso che le stesse sarebbero affette da nullità. La sanzione di nullità, in luogo di quella classica dell'annullabilità dell'atto amministrativo, induce infatti a ritenere che le clausole di bandi e lettere invito, che prevedano cause di esclusione non consentite, siano automaticamente inefficaci e vadano disapplicate dal seggio di gara, senza necessità di annullamento giurisdizionale.

Alla luce delle considerazioni che precedono, il presente documento contiene una prima attuazione del dettato normativo, in quanto indica le cause di esclusione legittime secondo i criteri stabiliti dall'art. 46, comma 1-*bis* più volte citato. Il bando quadro è una cornice di riferimento per orientare il comportamento delle stazioni appaltanti per quanto attiene alla corretta applicazione dell'art. 46 comma 1-*bis* del Codice, sia in fase di predisposizione della documentazione di gara che nella successiva valutazione del comportamento dei concorrenti, secondo quanto già osservato. Le indicazioni contenute nel bando quadro sono prodromiche rispetto all'elaborazione dei modelli specifici distinti per lavori, servizi e forniture (bandi tipo), in quanto mirano ad enucleare un minimo comune denominatore valevole in via trasversale.

Rispetto alle cause tipizzate nel bando quadro, le stazioni appaltanti possono prevedere ulteriori cause di esclusione, previa adeguata e specifica motivazione con riferimento a disposizioni di leggi vigenti ovvero agli ulteriori criteri previsti dall'art. 46, comma 1-*bis* del Codice.

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

Il presente documento è suddiviso, per comodità di lettura, secondo le tre categorie previste dall'art. 46, comma 1-*bis*, ed in particolare:

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

Detta suddivisione non è, tuttavia, da intendersi in maniera rigida, giacché sussistono ipotesi di esclusione riconducibili contemporaneamente a più di una delle menzionate categorie.

## **PARTE I - Adempimenti previsti da disposizioni di legge vigenti**

### **1. Indicazioni generali**

Uno dei principali problemi applicativi posti dall'art. 46, comma 1-*bis* deriva dal fatto che, mentre possono ritenersi senza dubbio legittime le clausole dei bandi che prevedono l'esclusione a fronte di prescrizioni la cui violazione è sanzionata espressamente da una norma con l'esclusione dalla gara (ad esempio, mancata presentazione dell'impegno del fideiussore ai sensi dell'art. 75, comma 8, Codice), più complesse sono le ipotesi in cui il concorrente violi una prescrizione alla quale non si accompagna una espressa comminatoria di esclusione (ad esempio, mancata o errata presentazione della cauzione provvisoria *ex art. 75 del Codice*).

In tale seconda ipotesi, pur mancando la sanzione espressa dell'esclusione, qualora vi sia una previsione che comunque imponga o vieti quel dato comportamento (come è, appunto, nel caso della cauzione provvisoria ad opera dell'art. 75 del Codice dei contratti), la stazione appaltante non può non disporre l'esclusione dalla gara.

Pertanto, devono essere considerati imposti a pena di esclusione tutti i comportamenti prescritti/vietati dal Codice o dal Regolamento (ovvero da altre norme rilevanti) per i quali, pur non essendo comminata espressamente la sanzione dell'esclusione, la formulazione della norma di riferimento sia tale da voler indicare un obbligo ovvero un divieto o, più in generale, concerna un adempimento necessario ad assicurare il corretto svolgimento del confronto concorrenziale (in tal senso, cfr. da ultimo, adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 21 del 7 giugno 2012, secondo cui è evidente che *«la esclusione dalle gare possa essere disposta, oltre che nei casi in cui disposizioni del codice o del regolamento la prevedano espressamente, anche nei casi in cui dette disposizioni impongano adempimenti doverosi ai concorrenti o candidati, o dettino norme di divieto, pur senza prevedere una espressa sanzione di esclusione»*; in senso conforme, già Cons. St., sentenza n. 1471 del 16 marzo 2012). Tale interpretazione si avvalora anche sulla base dell'argomento testuale desumibile dallo stesso art. 46, laddove viene impiegato il termine "prescrizioni" che, non potendo essere considerato come sinonimo di "disposizioni", deve necessariamente riferirsi all'insieme di norme che prescrivono adempimenti atti a garantire una corretta valutazione del concorrente e dell'offerta. A ben guardare, inoltre, tale interpretazione è l'unica atta a preservare la valenza prescrittiva propria della norma giuridica, la quale nel dettare un dato adempimento non può che ritenersi ad ogni effetto vincolante per la generalità dei suoi destinatari.

La dizione utilizzata dall'art. 46 («*mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti*») deve, quindi, essere considerata come autonoma ed alternativa rispetto a quanto previsto nella seconda parte del medesimo articolo («*nonché nei casi di incertezza assoluta*»). Si tratta, cioè, di una disposizione generale, posta a chiusura del sistema, la quale comprende in sé tutte le ipotesi in cui sia riscontrabile una violazione del Codice o del Regolamento (o di altre leggi aventi contenuto prescrittivo), senza la necessità che la prescrizione violata si esprima esplicitamente in termini di un dover essere o di un obbligo e senza che sia espressamente comminata l'esclusione. Quest'ultima, inoltre, può essere disposta a prescindere da una espressa previsione nella *lex specialis*, qualora essa derivi direttamente dall'applicazione della norma in ipotesi violata ai sensi dell'art. 46, comma 1. Quanto precede vale con riguardo all'intero procedimento di gara, dalla prequalificazione all'offerta.

A titolo esemplificativo, in caso di procedure ristrette, deve ritenersi ammissibile introdurre una clausola di esclusione che operi già in sede di prequalificazione, allorquando si sia in presenza di violazioni di norme, che, pur non avendo il carattere di un dovere o un obbligo e pur non prevedendo esplicitamente l'esclusione, hanno tuttavia un contenuto prescrittivo. Diversamente, rimarrebbero, ad esempio, prive di una disciplina sanzionatoria tutte le violazioni in tema di formazione dei raggruppamenti di concorrenti o di progettisti.

Correlativamente, devono ritenersi affette da nullità le prescrizioni che, nei bandi di gara, impongano un dato adempimento ai partecipanti, a pena di esclusione, senza che vi sia una specifica copertura nella normativa vigente (o che si producano le ulteriori conseguenze previste dall'art. 46, comma 1 bis).

Alla luce delle considerazioni sopra formulate, possono ritenersi legittime, le cause di esclusione riconducibili alle seguenti categorie di norme:

- 1) Possesso dei requisiti generali e speciali di partecipazione;
- 2) Termini per la presentazione delle offerte
- 3) Prescrizioni relative alla partecipazione congiunta alle procedure ed ai divieti di partecipazione plurima o contestuale;
- 4) Mancato o inesatto adempimento alla richiesta di chiarimenti;
- 5) Disposizioni in materia di presentazione e valutazione delle offerte;
- 6) Mancato versamento del contributo all'Autorità;

7) Ulteriori cause di esclusione previste da norme.

Di seguito l'illustrazione delle singole categorie di norme come tipizzate dal presente documento.

## **2. Requisiti di partecipazione**

### **2.1 Requisiti soggettivi**

Costituisce causa di esclusione la mancanza di uno dei requisiti soggettivi di cui all'art. 38 del Codice, a prescindere dalle indicazioni riportate nel bando di gara (cfr., *ex multis*, Cons. St., sez. III sentenza n. 2547 del 4 maggio 2012).

Le cause di esclusione di cui all'art. 38 concernono tutti gli affidamenti, qualunque ne sia la tipologia e l'oggetto ed indipendentemente dal valore del contratto e dalla procedura di scelta adottata (si vedano, al riguardo, le determinazioni n. 1 del 12 gennaio 2010 e n. 1 del 16 maggio 2012). I requisiti soggettivi devono essere posseduti dall'operatore economico partecipante alla gara al momento della scadenza del termine di presentazione delle offerte (o della domanda di partecipazione nel caso di procedure ristrette) e devono perdurare per tutto lo svolgimento della procedura di affidamento fino alla stipula del contratto. Sono, altresì, esclusi i concorrenti per i quali sussistano ulteriori impedimenti *ex lege* alla partecipazione alla gara (cfr. art. 32-*quater* del codice penale) o, in ogni caso, alla sottoscrizione di contratti con soggetti pubblici, quali ad esempio:

1) soggetti a cui è stata comminata l'esclusione dalle gare per due anni, per gravi comportamenti discriminatori (per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi) ai sensi dell'articolo 44 del d.lgs 25 luglio 1998, n. 286 (*"Testo Unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero"*);

2) soggetti che si avvalgono dei piani individuali di emersione ai sensi dell'art.1-*bis*, comma 14, della l. 18 ottobre 2001, n. 383;

3) soggetti cui è stata comminata l'esclusione dalle gare fino a due anni, per gravi comportamenti discriminatori nell'accesso al lavoro, ai sensi dell'art. 41 del d.lgs. 11 aprile 2006 n. 198 (*"Codice delle pari opportunità tra uomo e donna"*);

4) soggetti cui è stata comminata l'esclusione dalle gare fino a cinque anni per violazione dell'obbligo di applicare o di far applicare nei confronti dei lavoratori dipendenti condizioni non inferiori a quelle risultanti dai contratti collettivi di lavoro della categoria e della zona ai sensi dell'art. 36 della l. 20 maggio 1970 n. 300 (*"Norme sulla tutela della libertà e dignità dei lavoratori, della libertà sindacale e dell'attività sindacale nei luoghi di lavoro e norme sul collocamento"*).

A norma del comma 2 dell'art. 38, il candidato o il concorrente attesta il possesso dei requisiti

mediante dichiarazione sostitutiva in conformità alle previsioni del d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445.

In proposito, deve ritenersi che, oltre all'ipotesi di falsità, l'omissione delle dichiarazioni da rendersi ai sensi dell'art. 38 costituisca, di per sé, motivo di esclusione dalla procedura ad evidenza pubblica anche in assenza di una espressa previsione del bando di gara (*ex multis*, parere AVCP 16 maggio 2012, n. 74): l'esigenza di ordinato svolgimento della gara e di opportuna trasparenza richiedono, infatti, di anticipare al momento della presentazione dell'offerta la dichiarazione del possesso dei prescritti requisiti (Cons. St., sez. III, 3 marzo 2011 n. 1371). Tali dichiarazioni, pertanto, non possono essere prodotte *ex post*, qualora mancanti (cfr., da ultimo, Cons. St. n. 1471 del 16 marzo 2012). In particolare, sono da ritenersi obbligatorie la dichiarazione prevista dal comma 2 relativamente alla lettera m-quater).

Al fine di evitare possibili errori, appare necessario che le stazioni appaltanti nei bandi di gara non si limitino a richiedere agli operatori economici partecipanti di dichiarare, in autocertificazione, l'inesistenza di condanne incidenti sulla moralità professionale, ovvero di dichiarare di non trovarsi in alcuna delle condizioni di cui alla lett. c) dell'articolo 38, comma 1, del Codice, ma prescrivano nei disciplinari di gara che la dichiarazione relativa al possesso dei requisiti autocertificabili, in merito alla lett. c), contenga l'attestazione circa l'assenza di sentenze di condanna, ovvero, se presenti, l'elencazione di tali precedenti penali. Va rammentato che, ai sensi dell'art. 33 del d.P.R. 14 novembre 2002, n. 313, il concorrente può effettuare una visura, presso l'Ufficio del Casellario giudiziale, senza efficacia certificativa, di tutte le iscrizioni a lui riferite, comprese quelle di cui non è fatta menzione nei certificati di cui agli articoli 24, 25, 26, 27 e 31 dello stesso d.P.R. 313/02.

Si precisa infine che, come rilevato nella determinazione n. 1/2012, i soggetti tenuti a rilasciare la dichiarazione di insussistenza delle ipotesi ostative previste dall'art. 38, comma 1, lett. c) sono gli amministratori con poteri di rappresentanza ed il direttore tecnico a prescindere dal fatto che, nella sostanza, svolgano o meno tale attività, essendo irrilevante la ripartizione interna dei compiti e delle deleghe tra gli appartenenti al *management* societario. Di contro, il procuratore *ad negotium* è, in generale, escluso dall'onere di rilasciare la dichiarazione, a meno che non sia titolare di poteri gestori generali e continuativi ricavabili dalla procura.

## **2.2 Requisiti speciali di partecipazione**

I requisiti speciali - e, cioè, le caratteristiche di professionalità necessarie per contrarre con la pubblica amministrazione - costituiscono presupposti di natura sostanziale per la partecipazione alla gara e per l'esecuzione stessa del contratto, ai sensi dell'art. 2 del Codice. Di conseguenza, il difetto dei requisiti speciali di partecipazione, indicati nel bando di gara, si traduce, necessariamente, nell'esclusione dalla procedura di gara.

Le stazioni appaltanti, anche nel mutato quadro normativo, possono individuare requisiti speciali di partecipazione, fatto salvo quanto precisato oltre in relazione agli appalti di lavori pubblici, purché essi siano giustificati da specifiche esigenze imposte dal peculiare oggetto del contratto e siano proporzionati al valore dello stesso; in ogni caso, detti requisiti non devono essere manifestamente **irragionevoli, irrazionali, sproporzionati, illogici ovvero lesivi della concorrenza**, nel rispetto di quanto previsto dalla normativa; nel settore dei lavori pubblici (art. 40 del Codice ed articolo 60 del Regolamento), la attestazione SOA è condizione necessaria e sufficiente per partecipare alle gare ed eseguire i contratti di importo superiore a 150.000 Euro (per i contratti di lavori il cui importo è pari o inferiore a 150.000 Euro si applicano le disposizioni di cui all'art. 90 del Regolamento, mentre ai sensi dell'articolo 61, comma 6 del Regolamento per gli appalti di importo a base di gara superiore a euro 20.658.000, l'impresa, oltre alla qualificazione conseguita nella classifica VIII, deve aver realizzato, nel quinquennio antecedente la data di pubblicazione del bando, una cifra di affari, ottenuta con lavori svolti mediante attività diretta ed indiretta, non inferiore a 2,5 volte l'importo a base di gara; il requisito è comprovato secondo quanto previsto all'articolo 79, commi 3 e 4 del Regolamento, ed è soggetto a verifica da parte delle stazioni appaltanti).

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

A titolo esemplificativo, si elencano di seguito alcune disposizioni del Codice e del Regolamento che prescrivono requisiti speciali di partecipazione:

- 1) Art. 15 del Codice, relativo alla qualificazione nei contratti misti.
- 2) Art. 39 del Codice, relativo ai requisiti di idoneità professionale. Si applica la disposizione dell'art. 38, comma 3 che rinvia, ai fini degli accertamenti relativi alle cause di esclusione, all'art. 43 del d.P.R. n. 445/2000.
- 3) Combinato disposto dell'art. 40, comma 1, del Codice e art. 60, comma 2 e 6, del Regolamento, che impongono la qualificazione per chiunque esegua lavori pubblici di importo superiore a 150.000 euro. Costituisce, pertanto, causa di esclusione il mancato possesso della attestazione, rilasciata da società di attestazione (SOA) di cui alla parte II, titolo III del Regolamento, regolarmente autorizzata, in corso di validità, che documenti la

qualificazione in categoria e classifica adeguata ai lavori da assumere. Secondo il consolidato orientamento dell'Autorità (cfr., *ex multis*, parere del 6 ottobre 2011, n. 179), il requisito della qualificazione deve sussistere al momento della scadenza del termine per la presentazione delle offerte, permanere per tutta la durata del procedimento di gara e, in caso l'impresa risulti aggiudicataria, per tutta l'esecuzione del contratto.

4) Articolo 90 del Regolamento: Per gli appalti di lavori pubblici di importo pari o inferiore a 150.000 euro la stazione appaltante deve prevedere nel bando di gara i requisiti di ordine tecnico-organizzativo indicati dall'articolo 90, comma 1 e 3 del Regolamento. Qualora il concorrente sia in possesso dell'attestazione SOA adeguata ai lavori indicati nel bando di gara, la stessa è sufficiente a comprovare il possesso dei requisiti. I requisiti sono documentati mediante dichiarazione sostitutiva e verificati dalla stazione appaltante secondo quanto previsto dagli articoli 38 e 48 del Codice.

5) Art. 41 del Codice, sul possesso dei requisiti di capacità economica e finanziaria dei fornitori e dei prestatori di servizi prescritti per la partecipazione alla gara.

Le amministrazioni precisano nel bando di gara i requisiti ed i valori minimi degli stessi che devono essere posseduti dal concorrente; il possesso dei requisiti è dimostrato mediante la presentazione di dichiarazione sostitutiva, ad eccezione delle referenze bancarie che, per espressa previsione del citato art. 41, devono essere presentate già in sede di offerta e non sono autocertificabili. In ogni caso, se il concorrente non è in grado, per giustificati motivi, ivi compreso quello concernente la costituzione o l'inizio dell'attività da meno di tre anni, di presentare le referenze richieste, può provare la propria capacità economica e finanziaria mediante qualsiasi altro documento considerato idoneo dalla stazione appaltante.

È **necessario** che le stazioni appaltanti indichino in modo chiaro nei documenti di gara il periodo di riferimento in relazione al quale comprovare i requisiti di capacità finanziaria.

6) Art. 42 del Codice, che indica le modalità per attestare il possesso dei requisiti tecnici e professionali da parte dei fornitori e dei prestatori di servizi, a seconda della natura, della quantità o dell'importanza e dell'uso delle forniture o dei servizi. In tal caso, la stazione appaltante precisa nel bando di gara o nella lettera d'invito, quali documenti e requisiti devono essere presentati o dimostrati, nonché i valori minimi degli stessi ed i relativi periodi di riferimento. L'elenco contenuto nella norma in esame, a differenza di quello contenuto nell'art. 41, deve essere considerato tassativo, pena non solo la violazione del principio di parità di trattamento, ma anche il netto contrasto con le esigenze di integrazione comunitaria

(cfr. CGE 17 novembre 1993, causa C-71/92; cfr., in senso conforme, parere AVCP n. 177 del 20 ottobre 2010).

- 7) Art. 53, comma 3, del Codice, secondo cui, quando il contratto ha per oggetto anche la progettazione, gli operatori economici devono possedere i requisiti prescritti per i progettisti, ovvero avvalersi di progettisti qualificati, da indicare nell'offerta, o partecipare in raggruppamento con soggetti qualificati per la progettazione. Il bando indica i requisiti richiesti per i progettisti, secondo quanto previsto dall'art. 92, comma 6 del Regolamento in relazione in rapporto all'ammontare delle spese di progettazione.
- 8) Articoli 266 e 267 del Regolamento, relativamente ai requisiti per la partecipazione alle gare di servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria;
- 9) Art. 153 del Codice, relativo ai requisiti del promotore e dei concessionari.
- 10) Art. 160-*bis* relativo alla locazione finanziaria di opere pubbliche o di pubblica utilità: il bando deve stabilire i requisiti soggettivi, funzionali, economici, tecnico-realizzativi ed organizzativi di partecipazione, le caratteristiche tecniche ed estetiche dell'opera, i costi, i tempi e le garanzie dell'operazione, nonché i parametri di valutazione tecnica ed economico-finanziaria dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Il soggetto finanziatore, autorizzato ai sensi del d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni, deve dimostrare alla stazione appaltante che dispone, se del caso avvalendosi delle capacità di altri soggetti, anche in associazione temporanea con un soggetto realizzatore, dei mezzi necessari ad eseguire l'appalto.
- 11) Artt. 186 – 191 del Codice, relativi ai requisiti di qualificazione dei contraenti generali.
- 12) Parte III, Capo III, Sezione V del Codice, riguardante la selezione qualitativa degli offerenti e qualificazione nei cd. “settori speciali”.
- 13) Artt. 48 e 50 del Regolamento, in tema di soggetti cui può essere affidata l'attività esterna di verifica della progettazione e requisiti di partecipazione alle relative gare (si veda, anche, l'art. 29 dell'Allegato XXI del Codice. Il soggetto che intende concorrere alla gara non deve partecipare o aver partecipato direttamente o indirettamente né alla gara per l'affidamento della progettazione né alla redazione della stessa in qualsiasi suo livello; il mancato rispetto

di tale divieto comporta l'esclusione per cinque anni dalle attività di verifica e la comunicazione, da parte del responsabile del procedimento, agli organi di accreditamento.

14) Art. 285 del Regolamento, laddove introduce requisiti specifici per i soggetti che svolgono il servizio sostitutivo di mensa mediante l'emissione di buoni pasto.

15) Artt. 95 e 96 del Regolamento, laddove prevedono i requisiti del concessionario e del proponente.

### **2.3 Norme a garanzia della qualità e norme di gestione ambientale**

Si rammenta che, ai sensi degli art. 43 e 44 del Codice, le amministrazioni possono richiedere quale requisito di partecipazione (i) la presentazione di certificati rilasciati da organismi indipendenti per attestare l'ottemperanza dell'operatore economico a determinate norme in materia di garanzia della qualità; (ii) unicamente nei casi appropriati, l'indicazione delle misure di gestione ambientale che l'operatore economico potrà applicare durante l'esecuzione del contratto, e a tale scopo, la presentazione di certificati rilasciati da organismi indipendenti per attestare il rispetto da parte dell'operatore economico di determinate norme di gestione ambientale.

### **2.4 Ricorso all'avvalimento**

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

Il comma 2 dell'art. 49 del Codice detta una disciplina specifica per la documentazione che l'impresa ausiliata deve presentare al fine di partecipare alla procedura di gara, annoverando anche il contratto di avvalimento (lett. f). A riguardo, stante il tenore della norma citata deve ritenersi che il contratto di avvalimento non sia surrogabile con le dichiarazioni rese in sede di gara dall'ausiliario e dall'ausiliato e che i documenti previsti dall'art. 49 del Codice debbano essere allegati dal concorrente a pena di esclusione.

Si rammenta, inoltre, che:

- (i) ai sensi del comma 6 dell'art. 49, per i lavori, il concorrente può avvalersi di una sola impresa ausiliaria per ciascuna categoria di qualificazione, a meno che il bando di gara

ammetta l'avvalimento di più imprese ausiliarie in ragione dell'importo dell'appalto o della peculiarità delle prestazioni e fermo restando il divieto di utilizzo frazionato per il concorrente dei singoli requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi di cui all'art. 40, comma 3, lettera b), che hanno consentito il rilascio dell'attestazione in quella categoria.

- (ii) ai sensi del comma 8 dell'art. 49, in relazione a ciascuna gara non è consentito, a pena di esclusione, che della stessa impresa ausiliaria si avvalga più di un concorrente e che partecipino sia l'impresa ausiliaria che quella che si avvale dei requisiti (salvo il caso in cui appartengano allo stesso raggruppamento e, quindi, presentino un'unica offerta). Occorre, altresì, rammentare che, ai sensi del successivo comma 9, il bando può ammettere, in relazione alla natura dell'appalto - e, in particolare, qualora sussistano requisiti tecnici connessi con il possesso di particolari attrezzature possedute da un ristrettissimo ambito di imprese operanti sul mercato - che tali imprese possano prestare l'avvalimento nei confronti di più di un concorrente, sino ad un massimo indicato nel bando stesso, impegnandosi a fornire l'attrezzatura tecnica, alle medesime condizioni, all'aggiudicatario.

Anche la violazione delle disposizioni succintamente richiamate costituisce causa di esclusione.

### **3. Verifiche dei requisiti speciali**

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

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

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

Le stazioni appaltanti individuano nel bando o nella lettera di invito i mezzi di prova richiesti per dimostrare la veridicità di quanto dichiarato. Valgono, in proposito, le indicazioni fornite

dall'Autorità mediante la determinazione n. 5 del 21 maggio 2009 “*Linee guida per l'applicazione dell'art. 48 del d.lgs. n. 163/2006*”.

Circa la verifica *ex art. 48*, sono stati sollevati dubbi sulla perdurante applicabilità della stessa alle microimprese, piccole e medie imprese (MPMI)<sup>1</sup> a seguito di quanto sancito dal comma 4 dell'art. 13 della l. 11 novembre 2011, n. 180 (cd. Statuto delle imprese), secondo cui «*la pubblica amministrazione e le autorità competenti, nel caso di micro, piccole e medie imprese, chiedono solo all'impresa aggiudicataria la documentazione probatoria dei requisiti di idoneità previsti dal codice di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163. Nel caso in cui l'impresa non sia in grado di comprovare il possesso dei requisiti si applicano le sanzioni previste dalla legge 28 novembre 2005, n. 246, nonché la sospensione dalla partecipazione alle procedure di affidamento per un periodo di un anno*». In particolare, non è chiaro se il citato art. 13 abbia inteso modificare l'ambito soggettivo di operatività della verifica a campione, sottraendo a detta verifica le MPMI. Parimenti discusso è il significato del riferimento letterale dell'art. 13 ai "requisiti di idoneità", che sembrerebbe estendere un simile regime derogatorio alla verifica dei requisiti di carattere generale per i quali le modalità di comprova sono, tuttavia, disciplinate dall'art. 38 del Codice (mediante il richiamo all'art. 43 del d.P.R. n. 445/2000). Al riguardo, si osserva che ritenere sempre inoperante la verifica a campione dei requisiti di partecipazione per le MPMI potrebbe condurre alla vanificazione delle esigenze sottese al controllo (quali, ad esempio, scoraggiare dichiarazioni mendaci, evitare alterazioni della soglia di anomalia delle offerte a motivo della partecipazione di soggetti sprovvisti dei requisiti, etc.), oltre che prospettare una possibile lesione del principio di parità di trattamento nel caso di partecipazione di imprese che non presentano tale qualifica. Secondo una diversa interpretazione, potrebbe ritenersi che l'art. 13, comma 4, incida, in realtà, soltanto sull'operatività del comma 2 dell'art. 48: la deroga varrebbe, quindi, in fase di aggiudicazione nei confronti del secondo classificato, il quale, qualora non sorteggiato in sede di verifica a campione ed appartenente alla categoria delle MPMI, potrebbe essere esentato dal produrre la documentazione probatoria (adempimento che dovrebbe effettuare soltanto in caso di effettiva aggiudicazione).

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

---

<sup>1</sup> Per essere riconosciuta come MPMI l'impresa deve rispettare le soglie relative al numero di persone occupate ed al fatturato annuo definite dalla raccomandazione 2003/361/CE.

L'art. 48 del Codice, infatti, prevede che la richiesta della documentazione probatoria sia rivolta direttamente all'interessato anziché acquisita d'ufficio dall'amministrazione o dall'ente pubblico certificante. Secondo l'orientamento sino ad oggi espresso dall'Autorità, fatto proprio dalla giurisprudenza, si tratta di una norma speciale che comporta, rispetto alla disciplina generale del d.P.R. 445/2000, oneri aggiuntivi a carico dei concorrenti giustificati in virtù del particolare rapporto di tipo negoziale cui la presentazione della documentazione è preordinata e dell'esigenza di assicurare la serietà dell'offerta unitamente alla celerità della conclusione del procedimento di verifica.

Detta interpretazione e, più in generale, le indicazioni fornite a proposito delle modalità di verifica dei requisiti, andranno necessariamente riconsiderate in relazione all'entrata in vigore della BDNCP *ex art. 6-bis*, comma 1, del Codice, dal 1° gennaio 2013. Si rammenta, al riguardo, che l'Autorità procederà, ai sensi del comma 2 del citato art. 6-*bis*, a stabilire con propria deliberazione i dati concernenti la partecipazione alle gare e la valutazione delle offerte in relazione ai quali è obbligatoria l'inclusione della documentazione nella BDNCP, nonché i termini e le regole tecniche per l'acquisizione, l'aggiornamento e la consultazione dei predetti dati. In base al successivo comma 3, le stazioni appaltanti e gli enti aggiudicatori saranno tenute a verificare il possesso dei requisiti di partecipazione esclusivamente tramite la BDNCP, a meno che non siano diversi da quelli di cui è prevista l'inclusione nella stessa.

#### **4. Termini per la presentazione delle offerte**

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

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

## **5. Rispetto del divieto di partecipazione plurima/contestuale**

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

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

- partecipazione contemporanea alla medesima gara di consorzi stabili e dei consorziati per i quali il consorzio ha dichiarato di concorrere in violazione dell'art. 36, comma 5;
- partecipazione a più di un consorzio stabile in violazione dell'art. 36, comma 5;
- partecipazione contemporanea alla medesima gara di consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro e/o consorzi tra imprese artigiane e dei consorziati per i quali il consorzio ha dichiarato di concorrere;
- violazione del divieto dell'art. 37, comma 7, di partecipare alla gara in più di un consorzio ordinario di concorrenti, ovvero di partecipare alla gara anche in forma individuale qualora abbia partecipato alla gara medesima in consorzio ordinario di concorrenti;
- violazione del divieto dell'art. 37, comma 7, di partecipare alla gara in più di un raggruppamento temporaneo, ovvero di partecipare alla gara anche in forma individuale qualora abbia partecipato alla gara medesima in raggruppamento;
- violazione del divieto di partecipazione dell'impresa ausiliaria e di quella ausiliata alla medesima gara *ex art.* 49, comma 8 del Codice;
- violazione del divieto di cui all'art. 253 del Regolamento - relativo alle gare per l'affidamento dei servizi di ingegneria ed architettura - di partecipare alla medesima gara in più di un raggruppamento temporaneo ovvero di partecipare singolarmente e quali componenti di un raggruppamento temporaneo o di un consorzio stabile.
- violazione del divieto di cui all'art. 253 del Regolamento di partecipazione congiunta alla medesima gara per l'affidamento dei servizi di ingegneria ed architettura di liberi professionisti qualora partecipi alla stessa gara, sotto qualsiasi forma, una società di professionisti o una società di ingegneria delle quali essi sono amministratori, soci, dipendenti, consulenti o collaboratori.

## **5.1 Indicazioni specifiche per la partecipazione dei raggruppamenti temporanei e dei consorzi ordinari**

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

- 1) nel caso di lavori, mancato possesso dei requisiti secondo le percentuali minime indicate dal Codice e dal Regolamento (art. 92 del Regolamento) in relazione alla tipologia di raggruppamento orizzontale, verticale o misto.
- 2) nel caso di forniture e servizi mancato possesso dei requisiti secondo la tipologia e la misura indicate nel bando di gara ai sensi dell'articolo 275 del Regolamento;
- 3) nel caso di forniture o servizi, mancata indicazione nell'offerta delle parti del servizio o della fornitura che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti o consorziati (cfr. Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 22 del 2012);
- 4) in caso di RTI costituendo:
  - mancata sottoscrizione dell'offerta da parte di tutti gli operatori economici;
  - mancato impegno alla costituzione del raggruppamento - in caso di aggiudicazione della gara - mediante conferimento di mandato collettivo speciale con rappresentanza ad uno degli operatori stessi, già indicato in sede di offerta e qualificato come mandatario.
- 5) nel caso di raggruppamento costituito, violazione delle prescrizioni relative al conferimento del mandato (art. 37, commi 14 e 15);
- 6) violazione del divieto di associazione in partecipazione;
- 7) violazione delle norme in tema di indicazione e ripartizione di quote tra le imprese raggruppate (art. 92, comma 2 e seguenti, del Regolamento) o di ATI tra progettisti (art. 261, comma 7, del Regolamento).

Per esplicita previsione del comma 10 dell'art. 37, l'inosservanza dei divieti di cui al comma 9 comporta *«l'annullamento dell'aggiudicazione o la nullità del contratto, nonché l'esclusione dei concorrenti riuniti in raggruppamento o consorzio ordinario di concorrenti, concomitanti o successivi alle procedure di affidamento relative al medesimo appalto»*.

Inoltre, nel caso di lavori pubblici, si rammenta che l'articolo 92, comma 2 del DPR n. 207/2010 che, per i raggruppamenti di tipo "orizzontale", prevede, all'ultimo periodo che: "Nell'ambito dei propri requisiti posseduti, la mandataria in ogni caso assume, in sede di offerta, i requisiti in misura percentuale superiore rispetto a ciascuna delle mandanti con riferimento alla specifica gara"; in ciò confermando l'orientamento dell'Autorità che ha più volte affermato, in relazione alla normativa

precedente, che l'espressione «l'impresa mandataria in ogni caso possiede i requisiti in misura maggioritaria» debba essere intesa con riferimento ai requisiti minimi richiesti per la partecipazione allo specifico appalto, in relazione alla classifica posseduta risultante dall'attestazione SOA e concretamente "spesa" ai fini dell'esecuzione dei lavori e non in assoluto, avendo riguardo solo all'importo complessivo dei lavori. Si precisa che la mandataria deve spendere i requisiti nella percentuale maggioritaria in quella specifica gara e per ognuna delle categorie presenti nella gara (cfr, da ultimo, Parere n.76 del 16/05/2012).

Per i servizi e forniture, l'articolo 275, comma 2 del regolamento precisa che la mandataria in ogni caso deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria.

Per i servizi di ingegneria ed architettura, l'articolo 261, comma 7, precisa che in caso di raggruppamenti temporanei, i requisiti finanziari e tecnici di cui all'articolo 263, comma 1, lettere a), b) e d), devono essere posseduti cumulativamente dal raggruppamento. Il bando di gara, la lettera di invito o l'avviso di gara possono prevedere, con opportuna motivazione, ai fini del computo complessivo dei requisiti del raggruppamento, che la mandataria debba possedere una percentuale minima degli stessi requisiti, che, comunque, non può essere stabilita in misura superiore al sessanta per cento; la restante percentuale deve essere posseduta cumulativamente dal o dai mandanti, ai quali non possono essere richieste percentuali minime di possesso dei requisiti. La mandataria in ogni caso possiede i requisiti in misura maggioritaria percentuale superiore rispetto a ciascuna dei mandanti. La mandataria, ove sia in possesso di requisiti superiori alla percentuale prevista dal bando di gara, dalla lettera di invito o dall'avviso di gara, partecipa alla gara per una percentuale di requisiti pari al limite massimo stabilito.

Si precisa che il limite del 60% per la mandataria è il limite massimo che può fissare la stazione appaltante nel bando e non il limite minimo come per i lavori pubblici. Pertanto il concorrente che supera il limite che fissa la stazione appaltante nel bando può comunque partecipare alla gara, fermo restando che i restanti requisiti devono essere posseduti dalle mandanti, per le quali non è possibile stabilire un limite minimo; tuttavia si ritiene che il partecipante al raggruppamento deve possedere ancorchè in misura limitata una percentuale dei requisiti.

La disposizione che richiede per la mandataria il possesso dei requisiti in misura maggioritaria va applicata nel caso il concorrente si presenti con raggruppamento di tipo orizzontale o misto (per la sub associazione orizzontale). Nel caso di raggruppamento verticale puro ogni concorrente deve avere i requisiti per la parte della prestazione che intende eseguire.

### **5.1.1 Corrispondenza quote di partecipazione, quote di esecuzione e quote di qualificazione**

La problematica della necessaria (pena l'esclusione dalla gara) o meno corrispondenza negli appalti di lavori, servizi o di forniture, tra le quote di partecipazione delle singole imprese ad un costituendo raggruppamento e le quote di esecuzione del lavoro/servizio/fornitura (e, quindi, le relative capacità tecniche ed economico-finanziarie) necessita di alcune precisazioni, anche alla luce di quanto previsto dal Regolamento (cfr. art. 92, comma 2 ed art. 96).

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

Da tali disposizioni e da quanto prescritto dal Regolamento (cfr. art. 92), consolidata giurisprudenza, con riguardo ai lavori pubblici, ha concluso che deve sussistere una corrispondenza sostanziale tra quote di qualificazione (intese come quelle quote percentuali minime che ogni soggetto deve dimostrare di possedere per accedere alla procedura di gara), quote di partecipazione (intese quali quote di partecipazione al raggruppamento, ovvero alla società costituenda) e quote di esecuzione dei lavori.

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

Tuttavia, al fine di garantire la massima chiarezza della documentazione di gara, le stazioni appaltanti devono richiamare chiaramente nel bando di gara l'obbligo di indicazione della quota di partecipazione al raggruppamento, indipendentemente dalla tipologia (orizzontale, verticale o misto) che deve poi corrispondere ai requisiti di qualificazione posseduti ed alla quota di esecuzione dei lavori.

In sintesi, dal combinato disposto dei commi 2 e 13 dell'art. 37 del Codice consegue che, all'atto della partecipazione, deve essere formulata l'indicazione delle quote partecipative al raggruppamento, dalle quali poter desumere la quota parte dei lavori che saranno eseguiti da ciascun associato, dovendo sussistere una perfetta corrispondenza tra quota di lavori e quota di effettiva partecipazione al raggruppamento: l'indicazione delle quote di partecipazione - e, conseguentemente dei lavori - si rivela, dunque, un requisito di ammissione alla gara e deve provvedersi a tale incombenza sin dalla presentazione della domanda di partecipazione/offerta, non essendo sufficiente che ciò avvenga in una fase successiva (cfr., *ex multis*, Cons. St., sez. V, 21 marzo 2012 n. 1597). Sulla base delle predette indicazioni preventive e formali, avverrà la verifica della sussistenza della qualificazione SOA.

Per quanto concerne i servizi e le forniture, l'art. 37, comma 4, del Codice prevede che debbano essere specificate nell'offerta le parti del servizio o della fornitura che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti o consorziati. E' dibattuto se detto obbligo valga soltanto per i raggruppamenti di tipo verticale oppure debba ritenersi esteso anche a quelli di tipo orizzontale.

Sulla questione si è espressa da ultimo l'adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 22 del 2012, che riferendosi all'art. 11, comma 2, d.lgs. n. 157 del 1995, ora trasfuso nell'articolo 37, comma 4 del Codice, ha statuito che detto obbligo è applicabile indistintamente a tutte le forme di a.t.i., orizzontali e verticali ( e miste ndr), a pena di esclusione.

L'obbligo deve ritenersi assolto sia in caso di indicazione, in termini descrittivi, delle singole parti del servizio da cui sia evincibile il riparto di esecuzione tra le imprese associate, sia in caso di indicazione, in termini percentuali, della quota di riparto delle prestazione che saranno eseguite tra le singole imprese, tenendo conto della natura complessa o semplice dei servizi oggetto della prestazione e della sostanziale idoneità delle indicazioni ad assolvere alle finalità di riscontro della serietà e affidabilità dell'offerta ed a consentire l'individuazione dell'oggetto e dell'entità delle prestazioni che saranno eseguite dalle singole imprese raggruppate.

### 5.1.2 Raggruppamenti sovrabbondanti

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

La costituzione di un raggruppamento che, nel concreto, presenti connotazioni tali da potersi ritenere “macroscopicamente” anticoncorrenziale si porrebbe in violazione dell’art. 101 del Trattato sul Funzionamento dell’Unione europea, che, al pari dell’art. 2 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, vieta le intese aventi per oggetto o per effetto quello di falsare e/o restringere la concorrenza. La possibilità di escludere i raggruppamenti dovrebbe, quindi, fondarsi sulla contemporanea convergenza di elementi di carattere formale (il possesso dei requisiti) e sostanziale (le concrete potenzialità anticoncorrenziali del raggruppamento), la cui verifica andrebbe operata dalla stazione appaltante per accertare la sussistenza di una volontà collusiva delle imprese partecipanti al raggruppamento. La previsione di una siffatta clausola di esclusione è espressamente consentita per le gare indette per l’affidamento dei servizi pubblici locali, ai sensi dell’art. 4, comma 11, lett. d) del d.l. 13 agosto 2011 n. 138 (convertito dalla legge 15 settembre 2011 n. 148), secondo cui, al fine di promuovere e proteggere l’assetto concorrenziale dei mercati interessati, il bando di gara o la lettera di invito possono prevedere l’esclusione di *“forme di aggregazione o di collaborazione tra soggetti che possiedono singolarmente i requisiti tecnici ed economici di partecipazione alla gara, qualora, in relazione alla prestazione oggetto del servizio, l’aggregazione o la collaborazione sia idonea a produrre effetti restrittivi della concorrenza sulla base di un’oggettiva e motivata analisi che tenga conto di struttura, dimensione e numero degli operatori del mercato di riferimento”*.

La norma consente quindi alle stazioni appaltanti di prevedere nel bando di gara o nella lettera di invito l’esclusione di raggruppamenti sovrabbondanti al verificarsi di effetti restrittivi della concorrenza..

Per le gare in settori diversi dai servizi pubblici locali, la posizione della giurisprudenza amministrativa non è concorde. E’ stato posto in rilievo che la vigente disciplina degli appalti pubblici non vieta ad imprese già selezionate nella fase di prequalificazione – e, dunque, già in possesso dei requisiti di partecipazione - di associarsi temporaneamente in vista della gara e che, pertanto, un raggruppamento sovradimensionato non può considerarsi, di per sé, vietato. L’art. 37, comma 12, del Codice prevede, infatti, che, in caso di procedure ristrette o negoziate, ovvero di dialogo competitivo, l’operatore economico invitato individualmente o il candidato ammesso individualmente nella procedura di dialogo competitivo hanno la facoltà di presentare un’offerta o di trattare per sé o quale mandatario di operatori riuniti.

Si ritiene, quindi, non ammissibile un divieto generale di partecipazione per i raggruppamenti “sovrabbondanti”; la stazione appaltante potrà valutare l’inserimento di una clausola di esclusione del tenore di quella prevista per i servizi pubblici locali, motivandola in relazione all’assetto del mercato ed all’entità dell’appalto, fermo restando che l’esclusione non può mai essere automatica ma potrà essere comminata qualora il raggruppamento sia, in concreto macroscopicamente anticoncorrenziale.

### **5.1.3 Modifiche soggettive in corso di gara**

L’art. 37, ai commi 18 e 19, indica i casi in cui sono ammissibili modifiche soggettive della composizione dei raggruppamenti a seguito del verificarsi di eventi patologici che colpiscono il mandante o il mandatario. Con specifico riguardo alla normativa antimafia, si sottolinea quanto disposto dall’art. 95 del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 (“*Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 13 agosto 2010, n. 136*”) circa il fatto che, se taluna delle situazioni dalle quali emerge un tentativo di infiltrazione mafiosa (cfr. artt. 84, comma 4 e 91, comma 7 del medesimo Codice delle leggi antimafia) interessa un’impresa diversa da quella mandataria che partecipa ad un raggruppamento temporaneo, *«le cause di divieto o di sospensione di cui all’articolo 67 non operano nei confronti delle altre imprese partecipanti quando la predetta impresa sia estromessa o sostituita anteriormente alla stipulazione del contratto. La sostituzione può essere effettuata entro trenta giorni dalla comunicazione delle informazioni del prefetto qualora esse pervengano successivamente alla stipulazione del contratto»*.

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

## 6. Ricorso al subappalto

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

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

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

Ciò comporta che, qualora il bando di gara preveda, fra le categorie scorporabili e subappaltabili, categorie a qualificazione obbligatoria ed il concorrente non sia in possesso delle corrispondenti qualificazioni oppure, in alternativa, non abbia indicato nell'offerta l'intenzione di procedere al loro subappalto, la stazione appaltante deve disporre l'esclusione dalla gara in quanto, in fase di esecuzione, lo stesso, qualora aggiudicatario, non potrebbe né eseguire direttamente le lavorazioni né essere autorizzato a subappaltarle. La normativa citata non comporta, quindi, l'obbligo di indicare i nominativi dei subappaltatori in sede di offerta (cfr. Cons. St., sez. V, 19 giugno 2012, n. 3563), ma l'obbligo di indicare le quote che il concorrente intende subappaltare qualora non in possesso della qualificazione per la categoria scorporabile, fermo restando che la qualificazione "mancante" deve essere comunque posseduta in relazione alla categoria prevalente, dal momento

che ciò tutela la stazione appaltante circa la sussistenza della capacità economico finanziaria da parte dell'impresa.

In particolare, il comma 7 dell'art. 92 del Regolamento dà attuazione a quanto previsto all'art. 37, comma 11 del Codice a proposito dei requisiti che devono possedere i soggetti affidatari dei lavori quando si tratti di eseguire opere o lavori super specialistici.

Come noto, qualora nell'oggetto dell'appalto o della concessione di lavori rientrino, oltre ai lavori prevalenti, opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica (quali strutture, impianti e opere speciali) e qualora una o più di tali opere superi in valore il quindici per cento dell'importo totale dei lavori, se i soggetti affidatari non sono in grado di realizzare le predette componenti, possono utilizzare il subappalto con i limiti dettati dall'art. 118, comma 2, terzo periodo (ossia del trenta per cento). In altre parole, la previsione in parola dispone che, con riferimento ai lavori di cui all'art. 72 del d.P.R. n. 554/1999 (ora, art. 107, comma 2, del Regolamento, la cui entrata in vigore è stata prorogata di 180 giorni dal d.l. 6 giugno 2012, n. 73), dal momento che per essi (qualora superino il quindici per cento del valore dell'appalto) vige in divieto di subappalto oltre il limite del trenta per cento (al pari di quanto accade per la categoria prevalente), il concorrente deve possedere i requisiti per almeno il settanta per cento di tale categoria (questa volta, a differenza di quanto è previsto per la categoria prevalente, dove comunque il concorrente deve coprire integralmente i requisiti di tale categoria, salva poi la facoltà di subappaltarne il trenta per cento); il restante trenta per cento (relativo alle categorie superspecialistiche scorporabili oltre il quindici per cento) può essere coperto dai requisiti richiesti per la categoria prevalente.

Ne deriva che, se il concorrente che partecipa alla gara per la categoria prevalente dovesse essere privo della categoria relativa ad una delle categorie di cui all'art. 72, comma 4, del d.P.R. n. 554/1999, e qualora la stessa categoria superi l'anzidetta percentuale (quindici per cento), lo stesso concorrente dovrà costituire un raggruppamento temporaneo tra imprese, al quale dovrà essere chiamato a partecipare un operatore in possesso di detta categoria, almeno nei limiti qui sopra ricordati.

In ogni caso, essendo tutte le categorie di lavorazioni di cui trattasi a qualificazione obbligatoria, il soggetto che opererà in subappalto dovrà, comunque, essere in possesso di qualificazione adeguata alle lavorazioni da eseguire.

In ultimo, la norma precisa che il bando di gara, l'avviso di gara o la lettera di invito, ove prevedano lavorazioni relative ad una o più categorie di cui al citato art. 72, comma 4, del d.P.R. n. 554/1999, di importo singolarmente superiore al quindici per cento, ancorchè di importo inferiore a 150.000 euro, indicano per ciascuna categoria i requisiti di qualificazione *ex art. 90* del Regolamento.

## **7. Mancato o inesatto adempimento alla richiesta di chiarimenti**

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

L'applicazione dell'art. 46, comma 1, del Codice deve avvenire nel rispetto della *par condicio competitorum* e, quindi, la regolarizzazione non può in alcun caso essere riferita agli elementi essenziali della domanda o dell'offerta e non deve essere consentita nell'ipotesi di documentazione del tutto assente; diversamente, si realizzerebbe un'alterazione degli elementi essenziali dell'offerta, che devono essere sempre presenti *ab origine* ed una lesione del carattere perentorio del termine per la presentazione dell'offerta stessa.

In altri termini, la regolarizzazione può operare soltanto qualora si tratti di completare o chiedere chiarimenti in ordine al contenuto di documenti che siano stati comunque presentati e non anche quando si tratti di produrre documenti *in toto* assenti, benché imposti per la partecipazione alla gara. A titolo esemplificativo, fermo restando che le valutazioni circa la possibilità di esercitare il poterdovere di richiedere integrazioni e chiarimenti devono necessariamente essere operate dalla stazione appaltante, è possibile procedere ad integrazione documentale a fronte di un certificato camerale, presentato da un offerente, incompleto perché privo di alcune pagine, ma contenente gli estremi relativi alla iscrizione nel registro delle imprese, alla denominazione sociale, alla forma giuridica, alla sede sociale, alla data di costituzione ed alla durata della società. Nell'ipotesi in esame è chiaro, infatti che si è di fronte ad un errore evidente nella confezione dell'atto il quale, seppure incompleto, non può essere considerato come inesistente od omissis. Parimenti, appare ammissibile che il concorrente regolarizzi il documento di identità presentato ma non in corso di validità.

## **8. Disposizioni in materia di presentazione e valutazione delle offerte**

### **8.1 Varianti in sede di offerta**

Un aspetto rilevante da considerare, in caso di utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, riguarda l'eventuale ammissione di varianti in sede di offerta, giacché detta possibilità incontra i limiti stabiliti dal Codice, così come interpretati dalla giurisprudenza prevalente.

La relativa disciplina è contenuta nell'art. 76 del Codice e riguarda indifferentemente lavori, servizi e forniture. Alla luce del comma 1 del citato art. 76, la possibilità di presentare varianti in sede di gara è circoscritta al caso in cui il criterio di aggiudicazione sia quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa e, soltanto, se, ai sensi del comma 2, la stazione appaltante, in sede di redazione

della *lex specialis*, abbia precisato che le varianti sono ammesse, nonché, in base al successivo comma 3, specificato quali requisiti minimi esse devono rispettare e con quali modalità esse devono essere presentate. Va poi ricordato che, come prescritto dal comma 4, le stazioni appaltanti possono prendere in considerazione soltanto le varianti che rispondono ai requisiti previsti nella *lex specialis* e che, ai sensi del comma 5, nel caso di gare relative a servizi e forniture, qualora sia stata autorizzata la presentazioni di varianti, queste non possono essere respinte per il solo fatto che, se accolte, il contratto si trasformerebbe da appalto di servizi ad appalto di forniture oppure da appalto di forniture ad appalto di servizi. Tali prescrizioni riproducono la disciplina contenuta nell'art. 24 della direttiva 2004/18/CE.

In merito, la giurisprudenza amministrativa ha elaborato alcuni criteri guida che è opportuno richiamare (cfr. Cons. St., Sez. V, 20 febbraio 2009 n. 1019; sez. V 11 luglio 2008 n. 3481; sez. V, 19 febbraio 2003, n. 923; sez. V, 9 febbraio 2001, n. 578; sez. IV, 2 aprile 1997, n. 309):

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

Il tema delle varianti in sede di offerta porrebbe, secondo alcuni interpreti, l'ulteriore problema dell'individuazione del *discrimen* tra variante al progetto posto a base di gara e proposta migliorativa del progetto posto a base di gara: la prima, sarebbe ammessa solo se prevista dalla *lex specialis* di gara, mentre la seconda sarebbe sempre ammessa. Alla luce della normativa e dei criteri guida di cui alla giurisprudenza citata (in particolare, Cons. St., V, 16 maggio 2008, n. 3481), una simile distinzione non pare avere effetti in concreto, in quanto la *lex specialis* deve specificare non solo se la variante è o non è ammessa, ma anche quali sono i limiti entro i quali, se ammessa nel bando di gara, essa deve essere offerta. Detti limiti, possono essere stabiliti in positivo o in negativo, nel senso che è ammissibile sia indicare quale migliorie sono possibili - perché d'interesse

della stazione appaltante - sia stabilire quali migliorie non possono essere proposte - in quanto non di interesse della stazione appaltante (cfr. determinazione n. 5 del 2011 e pareri sulla normativa del 13 marzo 2012 – REG 25/2011).

## **8.2 Soglia di “sbarramento”**

Come già più volte rammentato dall’Autorità (cfr., da ultimo, determinazione n. 7 del 2011), il Codice (art. 83, comma 2) prevede la possibilità di fissare una soglia minima di punteggio (soglia di sbarramento) che i concorrenti devono vedersi attribuire o acquisire, in relazione a taluni criteri di valutazione, in caso di utilizzo dell’offerta economicamente più vantaggiosa. La stazione appaltante può, quindi, stabilire, nei documenti di gara, che gli offerenti, in relazione ad alcuni criteri di valutazione ritenuti particolarmente importanti, debbano conseguire un punteggio – soglia minimo prestabilito, prescrivendo nel bando che, qualora tale soglia non venga raggiunta, non si procederà alla valutazione degli altri elementi dell’offerta, con conseguente esclusione dalla gara.

Si rammenta che, come specificato nella determinazione n. 7 del 2011, nel caso in cui i criteri di valutazione siano suddivisi in sub criteri è necessario procedere alla cd riparametrazione dei coefficienti attribuiti ai singoli concorrenti con riferimento al criterio di partenza, al fine di garantire il rispetto dei rapporti tra i pesi stabiliti nel bando di gara. Tale operazione è indispensabile nel caso in cui sia prevista una soglia di sbarramento per evitare anomale restrizioni alla concorrenza e al principio di massima partecipazione. Il principio opera indipendentemente dalla previsione nel bando di gara.

## **8.3 Indicazione dei costi della sicurezza**

E’ causa di esclusione il mancato rispetto di quanto prescritto dal combinato disposto degli artt. 86, comma 3-*bis* e 87, comma 4, ultimo periodo, del Codice, che impone ai concorrenti di indicare gli oneri economici per adempiere esattamente agli obblighi di sicurezza, al duplice fine di assicurare la consapevole formulazione dell’offerta, con riguardo ad un aspetto nevralgico, e di consentire alla stazione appaltante la valutazione della congruità dell’importo destinato ai costi per la sicurezza (cfr. Cons. St., sez. III, 19 gennaio 2012, n. 212; Cons. St., sez. III, 3 ottobre 2011, n. 5421; Cons. St., sez. III, 15 luglio 2011, n. 4330; Cons. St., sez. V, 23 luglio 2010, n. 4849; T.A.R. Lazio Roma, sez. I-ter, 11 ottobre 2011, n. 7871).

## 8.4 Offerte anomale

Ai sensi dell'art. 86 del Codice, le stazioni appaltanti sono tenute a valutare la congruità delle offerte economiche presentate ed in particolare:

- a) quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso, le stazioni appaltanti valutano la congruità delle offerte che presentano un ribasso pari o superiore alla media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del dieci per cento, arrotondato all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso, incrementata dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la predetta media;
- b) quando il criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, le stazioni appaltanti valutano la congruità delle offerte in relazione alle quali sia i punti relativi al prezzo sia la somma dei punti relativi agli altri elementi di valutazione, sono entrambi pari o superiori ai quattro quinti dei corrispondenti punti massimi previsti dal bando di gara.

Anche al di fuori di dette ipotesi, le stazioni appaltanti possono valutare la congruità di ogni altra offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa (articolo 86, comma 3).

I successivi artt. 87 ed 88 disciplinano i criteri ed il procedimento di verifica, in contraddittorio con l'offerente, delle offerte che appaiono anormalmente basse.

All'esito del procedimento di verifica la stazione appaltante dichiara l'esclusione dell'offerta che, in base all'esame degli elementi forniti, risulti, nel suo complesso, inaffidabile e procede, nel rispetto delle disposizioni di cui agli articoli 11 e 12 del Codice, all'aggiudicazione definitiva in favore della migliore offerta non anomala.

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

## **9. Mancato versamento del contributo all’Autorità**

Costituisce causa di esclusione il mancato versamento del contributo all’AVCP ai sensi dell’art. 1, commi 65 e 67, della legge 23 dicembre 2005 n. 266 (“*Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato*”).

## **10. Ulteriori cause di esclusione previste da norme**

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

### **1) Art. 90, comma 8 del Codice, in tema di esclusione dalle gare per incompatibilità tra il ruolo di progettista e quello di appaltatore**

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

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

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

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

L’art. 58, comma 6, del Codice prevede che, in sostituzione totale o parziale delle somme di

denaro costituenti il corrispettivo del contratto, il bando di gara può contemplare il trasferimento all'affidatario della proprietà di beni immobili appartenenti all'amministrazione aggiudicatrice, alle condizioni ivi dettate, indicati nel programma di cui all'art. 128 per i lavori, o nell'avviso di preinformazione per i servizi e le forniture, e che non assolvono più a funzioni di interesse pubblico. In detta ipotesi, le offerte devono specificare (comma 8, art. citato): a) se l'offerente ha interesse a conseguire la proprietà dell'immobile ed il prezzo che, in tal caso, viene offerto per l'immobile, nonché il differenziale di prezzo eventualmente necessario, per l'esecuzione del contratto; b) se l'offerente non ha interesse a conseguire la proprietà dell'immobile, il prezzo richiesto per l'esecuzione del contratto. La scelta fra dette opzioni, ai sensi dell'art. 111 del Regolamento, è obbligatoria a pena di esclusione (*"...le buste contenenti le offerte specificano, a pena di esclusione, a quale delle due ipotesi ivi previste l'offerta fa riferimento"*).

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

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

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

### **1. Indicazioni generali**

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

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

Al riguardo, merita rammentare che, ai sensi degli artt. 73 e 74 del Codice:

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

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

E' onere delle stazioni appaltanti redigere in modo chiaro la documentazione di gara, evidenziando gli adempimenti posti a pena di esclusione. Si rammenta, inoltre, che nell'interpretazione delle clausole del bando deve darsi prevalenza alle espressioni letterali in esse contenute, escludendo ogni procedimento ermeneutico in funzione integrativa diretto ad evidenziare pretesi significati e ad ingenerare incertezze nell'applicazione. Inoltre, tutte le disposizioni che in qualche modo regolano i presupposti, lo svolgimento e la conclusione della gara, siano esse contenute nel bando ovvero nella

lettera d'invito e nei loro allegati (capitolati, convenzioni e simili), concorrono a formarne la disciplina e ne costituiscono, nel loro insieme, la *lex specialis*, per cui, in caso di oscurità ed equivocità, un corretto rapporto tra Amministrazione e privato, che sia rispettoso dei principi generali del buon andamento dell'azione amministrativa e di imparzialità e di quello specifico enunciato nell'art. 1337 c.c. (dovere di buona fede delle parti nello svolgimento delle trattative), impone che di quella disciplina sia data una lettura idonea a tutelare l'affidamento degli interessati, interpretandola per ciò che essa espressamente dice, e restando il concorrente dispensato dal ricostruire, attraverso indagini ermeneutiche ed integrative, ulteriori ed inespressi significati (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza 22.6.2012, n. 3687).

## **2. La sottoscrizione dell'offerta**

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

Secondo il consolidato orientamento della giurisprudenza amministrativa e dell'Autorità, la sottoscrizione dell'offerta e della domanda di partecipazione costituisce lo strumento mediante il quale l'autore fa proprie le dichiarazioni rese, serve a renderne nota la paternità ed a vincolare l'autore alla manifestazione di volontà in esse contenuta. Detta sottoscrizione costituisce, pertanto, un elemento essenziale dell'offerta, perché ha la funzione di ricondurre al suo autore l'impegno di effettuare la prestazione oggetto del contratto verso il corrispettivo richiesto ed assicurare, contemporaneamente, la provenienza, la serietà, l'affidabilità dell'offerta stessa (cfr. AVCP, parere n. 225 del 16 dicembre 2010; parere n. 78 del 30 luglio 2009). Proprio tale funzione rende la sottoscrizione condizione essenziale per l'ammissibilità dell'offerta sia sotto il profilo formale sia sotto il profilo sostanziale e, pertanto, la sua mancanza (o l'impossibilità di attribuirgli ad un soggetto specifico, ad esempio perché illeggibile e priva della menzione della qualifica del sottoscrittore) inficia la validità della manifestazione di volontà contenuta nell'offerta/domanda di partecipazione, determinando la nullità delle stesse (e la conseguente irricevibilità), a garanzia della *par condicio* dei partecipanti (cfr. Cons. St., sez. V, 21 giugno 2012, n. 3669; sez. V, 25 gennaio 2011). Quanto precede vale, chiaramente, sia con riguardo all'offerta economica che all'offerta tecnica ed anche in assenza di una esplicita comminatoria della *lex specialis*; in caso di R.T.I. costituendo, è necessaria la sottoscrizione di tutti i partecipanti al raggruppamento temporaneo.

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

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

Quanto alla dibattuta questione della collocazione della sottoscrizione all'interno dell'offerta, è da escludersi la necessità di sottoscrizione su ogni pagina, in quanto detto adempimento sarebbe obiettivamente ridondante ed oneroso. E', pertanto, sufficiente l'apposizione della firma in calce, ovvero in chiusura del documento (e non sul frontespizio, in testa o sulla prima pagina del documento; in tal senso, Cons. St., sez. V, 20 aprile 2012, n. 2317), come volontà di adesione a quanto offerto e come consapevole assunzione della relativa responsabilità. Qualora l'offerta, come spesso avviene per l'offerta tecnica nel caso di appalti di lavori, sia composta da una serie eterogenea di elaborati, l'offerta potrà dirsi validamente sottoscritta qualora il concorrente presenti un "documento di offerta" che elenca i documenti di cui la stessa si compone assumendo espressamente la responsabilità di quanto ivi dichiarato.

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

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

### **3. Accettazione delle condizioni generali di contratto**

Si ritiene legittimo prescrivere a pena di esclusione, l'accettazione delle condizioni contrattuali contenute nella documentazione di gara. Ciò avviene, di norma, mediante una espressa dichiarazione con la quale il concorrente dichiara di aver esatta cognizione del contenuto delle stesse. Più in dettaglio, a titolo esemplificativo, vengono previste:

- (i) l'accettazione senza riserve le norme e le condizioni contenute nel bando di gara, nel disciplinare di gara, nei suoi allegati, nel capitolato speciale d'appalto e, comunque, tutte le disposizioni che concernono la fase esecutiva del contratto;
- (ii) la dichiarazione di aver preso esatta cognizione della natura del contratto e delle condizioni

contrattuali, nonché di ogni altra circostanza che possa aver influito o che possa influire sulla determinazione dei prezzi e sull'esecuzione dell'opera/servizio/fornitura, anche a fronte di eventuali maggiorazioni di costi che dovessero intervenire per lievitazione dei prezzi durante l'esecuzione, e di rinunciare fin d'ora a qualsiasi azione o eccezione in merito, avendo tenuto conto di tutto ciò nella determinazione dei prezzi offerti – che si ritengono remunerativi - e dei modi e tempi di esecuzione dell'opera/servizio/fornitura prospettati;

- (iii) l'accettazione del Piano di Sicurezza e Coordinamento, nonché la stima dei conseguenti oneri, che rimarranno comunque fissi ed invariabili;
- (iv) l'assunzione di tutti gli obblighi di tracciabilità dei flussi finanziari di cui all'art. 3 della legge 13 agosto 2010, n. 136 e successive modifiche;
- (v) l'accettazione degli obblighi in materia di contrasto delle infiltrazioni criminali negli appalti previsti nell'ambito di Protocolli di Legalità sottoscritti dalle stazioni appaltanti con le prefetture territorialmente competenti relativi all'esecuzione del contratto.

Alcune puntualizzazioni si rendono necessarie con riguardo a tale ultimo profilo.

I cd. protocolli di legalità sono accordi che le pubbliche amministrazioni possono stipulare al fine di sancire un comune impegno ad assicurare la legalità e la trasparenza nell'esecuzione di una data opera o nell'erogazione di dati servizi o forniture, in particolar modo per la prevenzione, il controllo ed il contrasto dei tentativi di infiltrazione mafiosa, nonché per la verifica della sicurezza e della regolarità dei luoghi di lavoro. Nei protocolli, le amministrazioni assumono, di regola, l'obbligo di inserire nei bandi di gara, quale condizione per la partecipazione, l'accettazione preventiva, da parte degli operatori economici, di determinate clausole che rispecchiano le finalità di prevenzione indicate. Tipico è il caso dell'impegno a denunciare eventuali richieste illecite di danaro, tentativi di estorsione, intimidazioni o condizionamenti avanzati nei confronti dell'impresa prima della gara o nel corso dell'esecuzione del contratto.

Analogamente, il cd. patto di legalità o di integrità configura un sistema di condizioni (o requisiti) la cui accettazione è, talora, presupposto necessario e condizionante la partecipazione delle imprese alla specifica gara di cui trattasi.

In proposito, si osserva che, mediante la sottoscrizione del patto d'integrità al momento della presentazione della domanda di partecipazione e/o dell'offerta, l'impresa concorrente accetta, in realtà, regole che rafforzano comportamenti già doverosi per coloro che sono ammessi a partecipare alla gara e che prevedono, in caso di violazione di tali doveri, sanzioni di carattere patrimoniale, oltre alla conseguenza, ordinaria a tutte le procedure concorsuali, della estromissione della gara (cfr. Cons. St., sez. VI, 8 maggio 2012 n. 2657; Cons. St., sentenza 9 settembre 2011, n. 5066).

Pertanto, deve ritenersi che la previsione dell'accettazione dei protocolli di legalità e dei patti di integrità quale possibile causa di esclusione sia tuttora consentita, in quanto tali mezzi sono posti a tutela di interessi di rango sovraordinato e gli obblighi in tal modo assunti discendono

dall'applicazione di norme imperative di ordine pubblico, con particolare riguardo alla legislazione in materia di prevenzione e contrasto della criminalità organizzata nel settore degli appalti.

#### **4. Offerte condizionate, plurime ed in aumento**

Deve essere ricondotta all'incertezza sul contenuto dell'offerta la presentazione di offerte condizionate o con riserve. L'offerta condizionata è vietata per principio generale in materia di appalti – codificato dall'art. 72 r.d. 23 maggio 1924, n. 827 (*“Qualunque sia la forma degli incanti, non sono ammesse le offerte per telegramma, né le offerte condizionate o espresse in modo indeterminato o con semplice riferimento ad altra offerta propria o di altri”*) - , in quanto la stessa, non essendo, univoca ed idonea a manifestare una volontà certa dell'impresa, non può costituire, per la pubblica amministrazione, un'offerta suscettibile di valutazione,

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

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

## 5. Presentazione della cauzione provvisoria

Il Codice disegna un peculiare e specifico sistema di garanzie, volto a tutelare la stazione appaltante sia nella fase pubblicistica di scelta del contraente sia in quella privatistica di esecuzione del contratto.

Con specifico riguardo alla fase di partecipazione alla procedura di gara, assumono rilievo le disposizioni dettate sulle garanzie a corredo dell'offerta, che coprono la stazione appaltante dal rischio di mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'affidatario.

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

Per i settori ordinari, la norma di riferimento è costituita dall'art. 75 del Codice, il quale, tuttavia, commina espressamente l'esclusione soltanto per la mancata presentazione dell'impegno del fideiussore «*a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto, di cui all'articolo 113, qualora l'offerente risultasse affidatario*» (cfr. comma 8). Attesa la chiara disposizione normativa, qualora l'offerta presentata sia sprovvista dell'impegno del fideiussore, la stazione appaltante dovrà procedere all'esclusione automatica del concorrente, senza possibilità di richiederne la presentazione *ex post*.

Peraltro, dalla lettura della richiamata disposizione emerge chiaramente che la stessa presenta un contenuto immediatamente prescrittivo e vincolante, tale per cui deve ritenersi che la presentazione della cauzione provvisoria, nei termini ivi contemplati, costituisca un adempimento necessario a pena di esclusione. E' stato, in proposito, osservato che la garanzia provvisoria assolve allo scopo di assicurare la serietà dell'offerta e di costituire una liquidazione preventiva e forfettaria del danno nel caso non si addivenga alla stipula del contratto per recesso o per difetto dei requisiti del concorrente. In quanto tale, essa costituisce parte integrante della offerta e non un mero elemento di corredo della stessa (Cons. Stato Sez. V, 12 giugno 2009, n. 3746; T.A.R. Campania n. 10315/2007). L'offerta presentata senza la garanzia ovvero con una garanzia sprovvista degli elementi di cui all'art. 75, comma 4, è, quindi, carente di un elemento essenziale e, per ciò stesso, non ammissibile.

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

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

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

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

Con riguardo, invece, ai settori speciali, si rileva che l'art. 75 del Codice non è richiamato dall'art. 206, comma 1, e, pertanto, non sembra rientrare tra le disposizioni che trovano immediata applicazione nell'ambito di tali settori. Tuttavia, il comma 3 dell'art. 206 prevede espressamente che, nel rispetto del principio di proporzionalità, gli enti aggiudicatori possano applicare altre disposizioni della parte II del Codice, alla cui osservanza non sono obbligati, indicandolo nell'avviso con cui si indice la gara, ovvero, nelle procedure in cui manchi l'avviso con cui si indice la gara, nell'invito a presentare un'offerta. Ciò significa che l'applicazione dell'art. 75 potrebbe essere legittimamente disposta dalla *lex specialis*, ove ritenuto opportuno e congruente con l'oggetto del contratto. In tal caso, tornerebbero valide le considerazioni esposte con riguardo ai settori ordinari.

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

Alla luce di quanto osservato, possono costituire cause di esclusione:

- 1) mancata presentazione della cauzione provvisoria;
- 2) cauzione non conforme a quanto stabilito dall'art. 75 comma 4 e, pertanto, priva della rinuncia espressa al beneficio della preventiva escussione del debitore principale, della rinuncia all'eccezione di cui all'articolo 1957, comma 2, del codice civile, nonché priva della clausola di operatività della garanzia medesima entro quindici giorni, a semplice richiesta scritta della stazione appaltante;
- 3) cauzione di importo errato; in tale ultima ipotesi rientra il caso della cauzione presentata in misura dimezzata senza l'osservanza di quanto osservato sul possesso di certificazione del sistema di qualità conforme alle norme europee della serie UNI CEI ISO 9000;
- 4) cauzione sprovvista dell'indicazione del soggetto garantito; nel caso di ATI costituenda, la cauzione deve essere intestata a tutte le imprese associate;
- 5) cauzione prestata con modalità non consentite;
- 6) cauzione prestata con validità inferiore a quella prescritta dal bando o, in mancanza, inferiore a centottanta giorni come prescritto dall'art. 75, comma 5;
- 7) cauzione non sottoscritta o con sottoscrizione non autenticata; è controversa la legittimità della clausola del bando che imponga la sottoscrizione della polizza fideiussoria sia da parte della banca emittente che dall'impresa concorrente (in senso affermativo, parere AVCP 9/2/2011 n. 24 che richiama lo schema tipo 1.1. allegato al D.M. 12 marzo 2004, n. 123);
- 8) mancata presentazione dell'impegno del fideiussore «*a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto, di cui all'articolo 113, qualora l'offerente risultasse affidatario*» (cfr. art. 75, comma 8).

E' opportuno puntualizzare che le eventuali carenze nella presentazione della cauzione definitiva di cui all'art. 113 valgono quali cause di decadenza dell'affidamento ed escussione della cauzione provvisoria.

## **6. Mancata effettuazione del sopralluogo**

### **6.1 Lavori**

E' da ritenersi che la mancata effettuazione del sopralluogo negli appalti di lavori determini, nello stesso tempo, una violazione di una prescrizione del Regolamento ed una carenza di un elemento essenziale dell'offerta.

In base all'art. 106, comma 2, del Regolamento, infatti, l'offerta da presentare per l'affidamento degli appalti e delle concessioni di lavori pubblici «è accompagnata dalla dichiarazione con la quale i concorrenti attestano di avere direttamente o con delega a personale dipendente esaminato

*tutti gli elaborati progettuali, compreso il calcolo sommario della spesa o il computo metrico estimativo, ove redatto, di essersi recati sul luogo di esecuzione dei lavori, di avere preso conoscenza delle condizioni locali, della viabilità di accesso, di aver verificato le capacità e le disponibilità, compatibili con i tempi di esecuzione previsti, delle cave eventualmente necessarie e delle discariche autorizzate, nonché di tutte le circostanze generali e particolari suscettibili di influire sulla determinazione dei prezzi, sulle condizioni contrattuali e sull'esecuzione dei lavori e di aver giudicato i lavori stessi realizzabili, gli elaborati progettuali adeguati ed i prezzi nel loro complesso remunerativi e tali da consentire il ribasso offerto. La stessa dichiarazione contiene altresì l'attestazione di avere effettuato una verifica della disponibilità della mano d'opera necessaria per l'esecuzione dei lavori nonché della disponibilità di attrezzature adeguate all'entità e alla tipologia e categoria dei lavori in appalto».*

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

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

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

anche se non costituito.

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

## **6.2 Servizi e forniture**

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

In particolare, la stazione appaltante può prescrivere il sopralluogo necessario a pena di esclusione nelle ipotesi in cui l'oggetto del contratto abbia una stretta e diretta relazione con gli organismi edilizi – come, ad esempio, avviene per il *global service* – ovvero qualora la prestazione debba essere eseguita in ambienti specifici e particolari (si pensi al caso di forniture biomedicali da installare in ambienti ospedalieri).

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

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

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

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

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

1. mancata indicazione sul plico esterno generale del riferimento della gara cui l'offerta è rivolta;
2. apposizione sul plico esterno generale di un'indicazione totalmente errata o generica, al punto che non sia possibile individuare il plico pervenuto come contenente l'offerta per una determinata gara;
3. mancata sigillatura del plico e delle buste interne con modalità di chiusura ermetica, che ne assicurino l'integrità e ne impediscano l'apertura senza lasciare manomissioni; per evitare dubbi interpretativi, si precisa che per "sigillatura" deve intendersi una chiusura ermetica recante un qualsiasi segno o impronta, apposto su materiale plastico come ceralacca o piombo o striscia incollata, tale da rendere chiusi il plico e le buste ed attestare l'autenticità della chiusura originaria proveniente dal mittente e, quindi, ad escludere qualsiasi possibilità di manomissione del contenuto;
4. mancata indicazione sulle buste interne al plico di idonea indicazione per individuare il contenuto delle stesse (documentazione amministrativa, offerta tecnica, offerta economica);
5. mancato inserimento dei documenti amministrativi, dell'offerta economica e di quella

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

Al contrario, non possono costituire cause legittime di esclusione:

1. la mancata o errata indicazione, su una o più delle buste interne, del riferimento alla gara cui l'offerta è rivolta, nel caso in cui detta indicazione sia comunque presente sul plico generale esterno, debitamente chiuso e sigillato;
2. la mancata indicazione del riferimento della gara su uno o più documenti componenti l'offerta;
3. la mancata apposizione sul plico dell'indicazione del giorno e dell'ora fissati per l'espletamento della gara;
4. l'effettuazione di idonea sigillatura, ma senza controfirma sui lembi di chiusura; ciò, in quanto, l'omissione della controfirma sui lembi, non sarebbe in grado di pregiudicare interessi pubblici essenziali, e quindi dà luogo ad una mera irregolarità;

## **2. Difetto di separazione fisica dell'offerta economica dall'offerta tecnica e dal resto della documentazione amministrativa**

La regola della separazione fisica dell'offerta economica dall'offerta tecnica, nonché dal resto della documentazione amministrativa, costituisce un principio di derivazione giurisprudenziale oramai consolidato. Il principio persegue lo scopo di garantire un ordinato svolgimento della gara e di salvaguardare l'esigenza di obiettività e di imparzialità nella disamina dei requisiti di partecipazione, dei relativi documenti probatori e dei contenuti tecnici della prestazione offerta, imponendo, al contempo, di compiere le verifiche documentali e gli apprezzamenti tecnici in una fase antecedente a quella in cui si conoscerà l'ammontare delle offerte economiche (cfr. Cons. St., sez. VI, n.1935/2001; Cons. Stato, sez. V, n. 196/2007; T.A.R. Lombardia, Brescia, n. 555/2005; AVCP Del. n. 31/2009). Risultano improntati a tale principio gli articoli 120 e 283 del Regolamento. In questo caso, la forma procedurale garantisce trasparenza, imparzialità e segretezza delle offerte, in quanto assicura che la verifica dei requisiti e la valutazione dell'offerta tecnica vengano effettuate senza condizionamenti derivanti dalla anticipata conoscenza della componente economica. Tra le varie ipotesi che realizzano il difetto di separazione fisica predetto si annoverano, a titolo esemplificativo: la mancata separazione dei documenti all'interno del plico in buste chiuse,

come prescritto dal bando; la mancata apposizione sulle buste predette di idonea dicitura, che consenta di distinguere il relativo contenuto (anche quando viene adottato il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso); l'inserimento di elementi concernenti il prezzo in documenti che non sono contenuti nella busta dedicata all'offerta economica.

### **3. Modalità di presentazione delle dichiarazioni sostitutive**

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

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

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

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

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

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

#### **4. Utilizzo di moduli predisposti dalle stazioni appaltanti**

La prescrizione dell'utilizzo di moduli predisposti dalle stazioni appaltanti per la presentazione delle domande non può essere imposta a pena di esclusione (art. 73, comma 4 e 74, comma 3).

L'unica eccezione è contemplata dall'art. 74, comma 3, per il caso in cui l'offerta del prezzo sia determinata mediante prezzi unitari. Il comma 2-*bis* dello stesso art. 74 specifica, inoltre, che le stazioni appaltanti richiedono, di norma, l'utilizzo di moduli di dichiarazione sostitutiva dei requisiti di partecipazione di ordine generale e, per i contratti relativi a servizi e forniture o per i contratti relativi a lavori di importo pari o inferiore a 150.000 euro, dei requisiti di partecipazione economico-finanziari e tecnico-organizzativi. I moduli sono predisposti dalle stazioni appaltanti sulla base dei modelli standard definiti con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, acquisito l'avviso dell'Autorità.

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

#### **5. Mezzi di comunicazione tra operatori economici e stazioni appaltanti**

Alcuni chiarimenti sembrano opportuni con riguardo al profilo dei mezzi di comunicazione tra operatori economici e stazioni appaltanti, dal momento che spesso i bandi contengono, al riguardo, prescrizioni imposte a pena di esclusione.

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

La libertà di scelta accordata alle stazioni appaltanti deve, quindi, esercitarsi nel rispetto delle regole poste dallo stesso art. 77 e, più in generale, dei principi di proporzionalità, ragionevolezza e non discriminazione.

La norma deve, inoltre, essere coordinata con quanto disposto dal comma 5-*quinqüies* dell'art. 79 del Codice (inserito dall'art. 2, comma 1, lett. d) del d.lgs 20 marzo 2010, n. 53) secondo cui «il

*bando o l'avviso con cui si indice la gara o l'invito nelle procedure senza bando fissano l'obbligo del candidato o concorrente di indicare, all'atto di presentazione della candidatura o dell'offerta, il domicilio eletto per le comunicazioni; il bando o l'avviso possono altresì obbligare il candidato o concorrente a indicare l'indirizzo di posta elettronica o il numero di fax al fine dell'invio delle comunicazioni».*

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

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