



CONFERENZA DELLE REGIONI E DELLE PROVINCE AUTONOME

12/166/CR7A/C4

PARERE SULLO SCHEMA DI DETERMINAZIONE DELL'AVCP, RECANTE "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"

A. OSSERVAZIONI GENERALI

L'art. 64, comma 4 *bis*, del D.Lgs. 163 /2006 attribuisce all'Autorità di vigilanza il compito di approvare modelli di bando tipo con l'**indicazione delle cause tassative di esclusione di cui all'articolo 46, comma 1 bis del Codice dei contratti** medesimo.

Si richiamano in proposito i rilievi formulati dal G.D.L. interregionale ITACA "Contratti pubblici" in data 27 settembre 2011 sui contenuti del primo documento di consultazione dell'Autorità di vigilanza, in cui si è osservato che i bandi-tipo appaiono sprovvisti della natura di regolamenti e pertanto non potrebbero che configurarsi quali provvedimenti amministrativi, quindi soggetti al sindacato del giudice amministrativo in ragione di vizi di legittimità. Inoltre, la norma non prevede la nullità di clausole di esclusione non previste nei bandi-tipo.

Le Regioni ritengono che le disposizioni di legge non consentono all'AVCP di adottare provvedimenti diversi da "bandi tipo" che non siano atti di natura interna a carattere meramente istruttorio e consultivo, pertanto, la stessa, si dovrebbe limitare a tradurre in clausole di bandi-tipo le cause di esclusione di cui all'art. 46 cit. che abbiano valenza procedurale, e non quindi approvare provvedimenti, come quello in esame, che trattino, in modo alcune volte dubitativo e non sempre allineato agli orientamenti della giurisprudenza amministrativa, ipotesi che fuoriescono da quanto la norma ha alla stessa attribuito.

L'effetto di vincolare le stazioni appaltanti ed imporre l'obbligo di motivazione **conseguentemente all'adozione del bando-tipo** e non di altre deliberazioni dell'Autorità, come quella approvanda del bando-quadro.

Alla luce di quanto sopra si ritiene che venga rivalutata l'opportunità in merito all'adozione e diffusione dell'eventuale deliberazione di bando-quadro, che si ritiene non possa rappresentare un punto di riferimento per le stazioni appaltanti, ma tutt'al più aumentare la confusione che attualmente riguarda le cause di esclusione.

In conclusione, si propone pertanto di derubricare lo schema di delibera in questione a documento interno di lavoro, al fine di acquisire elementi per valutare l'impatto e le criticità applicative prima della predisposizione dei bandi tipo.

Del resto la stessa Autorità, lungi dal formulare indicazioni in termini rigorosamente precettivi, spesso fornisce indicazioni utilizzando proposizioni dubitative e astenendosi dall'assumere una

posizione netta rispetto a certe questioni, anche per non contraddire gli orientamenti della giurisprudenza amministrativa consolidatisi in questa prima fase di applicazione del principio di tassatività.

Pertanto, ove la stessa Autorità ritenga di proseguire l'iter di approvazione, prima di entrare nel merito dello schema di determinazione "bando-quadro", si ritiene opportuno segnalare alcune criticità che potrebbero discendere dalla puntuale applicazione della norma.

Lo schema di delibera dimostra che l'aspetto di maggiore criticità della norma che avrebbe inteso attribuire all'Autorità il compito di "disciplinare" l'istituto della tassatività delle cause di esclusione, è rappresentato dai possibili profili di contrasto tra le indicazioni della medesima fornite ex art. 64, comma 4 *bis*, del Codice dei contratti e l'applicazione giurisprudenziale del principio, con tutte le conseguenze che ne possono derivare sul piano della lesione della certezza del diritto.

Pertanto l'AVCP potrebbe meglio chiarire nella propria determinazione, la sua natura giuridica di strumento di supporto e la finalità ricognitiva della normativa e della giurisprudenza prevalente **anche con riferimento all'implementazione del principio di tassatività nei successivi bandi-tipo**, e conseguentemente riservare maggiore spazio alla casistica giurisprudenziale proponendo al limite la soluzione interpretativa maggiormente coerente in caso di indirizzi contrastanti.

In presenza di un contesto connotato da una frenetica ed incessante evoluzione normativa e giurisprudenziale, potrebbe essere utile inserire una clausola con cui l'Autorità si impegna ad aggiornare i contenuti della determinazione con cadenza periodica allo scopo di assicurare la dovuta continuità della funzione di supporto alle Stazioni appaltanti e agli altri destinatari del provvedimento. Pertanto, anche nel caso di costante aggiornamento, risulta evidentemente impraticabile l'approvazione di bandi-tipo che non risultino, anche dopo pochissimo tempo dalla loro approvazione, superati dalla creatività del giudice amministrativo o da qualche intervento del legislatore.

In ogni caso, ove si attribuisse al bando quadro natura vincolante e, comunque, quando si giungerà all'approvazione dei bandi-tipo, occorrerà chiarire che le stazioni appaltanti che seguiranno le indicazioni dell'Autorità **dovranno rimanere indenni da qualsiasi responsabilità di tipo risarcitorio nei confronti dei partecipanti alla gara nel caso**, che si appalesa già ora assai probabile, in cui le **medesime indicazioni siano contraddette in sede giurisdizionale**.

Sempre dal punto di vista generale deve rilevarsi **l'impostazione lavoro-centrica** dello schema di bando quadro, che non tiene in considerazione la speciale disciplina prevista per gli appalti di servizi e forniture e le specificità sostanziali che caratterizzano tali settori.

Non si tiene in considerazione, in particolare, che esistono servizi esclusi dall'ambito di applicazione di numerose disposizioni del Codice: ad esempio la previsione dell'esclusione per la mancata indicazione dei costi di sicurezza "propri" non opera per i servizi di cui all'allegato IIB, di talché l'affermazione della loro obbligatorietà in termini assoluti si appalesa inesatta e fuorviante. Ciò vale anche in relazione ad altre cause di esclusione.

B. OSSERVAZIONI SPECIFICHE

B.1 - Ambito di applicazione del principio di tassatività

In via preliminare, un aspetto su cui riflettere risiede nella comprensione dell'esatto ambito di applicazione del principio di tassatività delle cause di esclusione, in relazione alla quale non appare possibile prescindere dalla considerazione del suo inquadramento sistematico. Nello specifico, la norma si colloca, infatti, nell'ambito dell'articolo 46 del Codice dei contratti, originariamente dedicato in via esclusiva all'istituto del c.d. "soccorso istruttorio".

Ne deriva che la *ratio* ispiratrice della disposizione è rinvenibile nell'intento, evidenziato dalla stessa Autorità di vigilanza, 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 disposizione avrebbe codificato gli indirizzi della giurisprudenza e dell'Autorità di vigilanza riassumibili nel divieto di aggravare il procedimento con **oneri formali** non rispondenti ad un reale interesse della pubblica amministrazione procedente.

In tal senso, la novella legislativa non avrebbe eliminato né ridotto la discrezionalità della Pubblica amministrazione nella individuazione dei requisiti di partecipazione alle procedure di gara.

A detta ricostruzione sembra aderire il Consiglio di Stato, Sez. VI – ord. 14 settembre 2011 n. 3932 il quale ha affermato che, *"l'art. 46 comma 1 bis del codice dei contratti pubblici,....., **che riguarda le irregolarità formali dell'offerta**, e che ha introdotto il principio di tassatività delle cause di esclusione delle imprese dalle gare di appalto, non appare interdire la facoltà della stazione appaltante di richiedere alle imprese partecipanti, a comprova della capacità tecnica, requisiti di partecipazione più specifici e rigorosi rispetto a quelli previsti dalla legge, purché non esorbitanti o eccessivi rispetto all'oggetto della gara"*.

Dovrebbero pertanto reputarsi estranee all'ambito applicativo della disposizione in argomento le esclusioni determinate da violazione dei requisiti sostanziali, anche per evitare potenziali profili di incertezza nell'individuazione del regime di invalidità (nullità o annullabilità) applicabile alle clausole di esclusione illegittime.

In quest'ottica, pur apprezzando lo sforzo ricostruttivo compiuto dall'Autorità di vigilanza nell'operare una ricognizione ad ampio raggio delle cause legittime di esclusione dalle gare, includendovi sia la violazione delle norme sulla partecipazione alle gare e sulle modalità di presentazione delle istanze e delle offerte, sia la violazione dei requisiti sostanziali, il documento dovrebbe meglio delineare la distinzione tra le due tipologie di infrazioni (procedimentali e sostanziali), in considerazione delle rilevanti conseguenze che ne possono derivare, come sopra accennato, in ordine all'individuazione del regime di invalidità applicabile alle clausole di esclusione illegittime.

L'estensione della sanzione della nullità a clausole che prescrivono requisiti sostanziali, senza circoscriverla agli adempimenti meramente formali, potrebbe comportare una potenziale lesione del principio di certezza del diritto, potendo la stazione appaltante disapplicare le clausole recanti contenuti discrezionali in sede di gara senza necessità di adottare un provvedimento di autotutela o andare incontro ad una sentenza di annullamento, senza tenere conto della dilatazione dei termini entro cui può aprirsi una potenziale controversia, in ragione dei differenti più ampi margini temporali per ottenere una pronuncia giurisdizionale che accerti la nullità della clausola.

Un conto è infatti escludere un concorrente perché ad es. non ha ottemperato alla prescrizione del bando per non aver dichiarato le sentenze di condanna, altra cosa è l'esclusione motivata dall'incidenza delle condanne sulla moralità professionale del concorrente, così come un conto è essere esclusi per non aver reso in sede di gara l'autodichiarazione sul possesso dei requisiti speciali e altro è essere esclusi per difetto dei requisiti medesimi, a prescindere da quanto dichiarato nell'offerta.

La questione si pone ad es. per le clausole della *lex specialis* che fissano i requisiti di ordine speciale nelle gare per l'affidamento di contratti di servizi (diversi da quelli attinenti l'architettura e l'ingegneria) e forniture, non predeterminati dalla norma.

Appare infatti incongruo assoggettare al regime di nullità eventuali clausole illegittime che prescrivono requisiti "sproporzionati" rispetto all'oggetto della gara, trattandosi nella fattispecie di operare una valutazione sul corretto esercizio, secondo i canoni della proporzionalità, della facoltà di individuare discrezionalmente i requisiti tecnico-organizzativi dell'affidatario e non di stabilire se la clausola in parola rientra o no tra quelle tassativamente indicate dall'art. 46, comma 1 *bis*, del Codice.

L'estraneità al campo di applicazione del principio di tassatività delle cause di esclusione collegate a norme di valenza sostanziale sembra avvalorata dalla stessa impostazione seguita dall'Autorità nel trattare talune tematiche, per le quali risulta di tutta evidenza un'oggettiva impossibilità ad operare una compiuta tipizzazione della casistica ovvero di fornire un'indicazione precisa coerente con il carattere tassativo delle cause di esclusione voluto dal legislatore del 2011.

Ne sono un esempio il divieto di partecipazione plurima, in cui le cause di esclusione sono testualmente enumerate nel documento a "titolo esemplificativo", così come la fattispecie dei raggruppamenti sovrabbondanti, oggetto di contrapposti orientamenti giurisprudenziali, per la quale l'indicazione, formulata nello schema di determinazione, di demandare alle stazioni appaltanti ogni valutazione in merito all'inserimento della causa di esclusione sulla base di elementi legati all'assetto del mercato e all'entità dell'appalto, non trova corrispondenza nella vigente normativa, che non contempla distinzioni di tal guisa nell'ambito della disciplina dei raggruppamenti.

Sulla scorta di quanto sopra, si considera pertanto essenziale una revisione dello stesso impianto della determinazione, operando una distinzione tra cause di esclusione determinate da inadempimenti di natura formale, ricadenti nel campo di operatività del principio di tassatività e del conseguente regime di nullità delle clausole di esclusione diverse da quelle tassativamente enunciate, e cause di esclusione determinate da violazione di norme sostanziali, la cui trattazione rimane estranea ai compiti dell'Autorità nella redazione dei bandi-tipo.

Questa ricostruzione permetterebbe inoltre di far salvi i **Protocolli di legalità** stipulati a scopo di prevenzione e di contrasto alle infiltrazioni della criminalità organizzata nel settore degli appalti pubblici.

Rispetto a quanto affermato dall'Autorità, non sempre i Protocolli di legalità sottoscritti tra Stazioni appaltanti e Uffici territoriali del Governo si limitano a riprodurre obblighi discendenti dalla normativa di ordine pubblico vigente, per prevedere piuttosto obblighi o vincoli **ulteriori a quelli prescritti dalla legge**, onde incrementare la sicurezza e la trasparenza degli appalti, sicché la concreta attuazione dei contenuti di simili protocolli richiede la collaborazione degli operatori economici affidatari e sub affidatari dei contratti in questione, mediante accettazione di apposite clausole da inserire a tal fine nei documenti di gara (bandi e lettere d'invito) e/o nel successivo contratto da stipulare con l'aggiudicatario della commessa. Non si ritiene difatti sufficiente al riguardo applicare il principio dell'inserimento nel contratto a valle dell'aggiudicazione di tali "condizioni generali di contratto", sulla sola base della conoscenza o conoscibilità delle clausole in questione, ma se ne richiede per l'appunto una espressa accettazione a monte, in sede di partecipazione alla gara.

Per altro verso, la esplicitazione del quadro delle esclusioni legate al possesso dei requisiti di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici, si segnala con l'occasione il perdurare delle criticità in ordine ai profili temporali di applicabilità dell'art. 90 del D.P.R. 207/2010.

B.2 - Adempimenti previsti da disposizioni di leggi vigenti

Le affermazioni contenute nel paragrafo "Indicazioni generali" della determinazione si appalesa, dal punto di vista teorico e tecnico-giuridico, assolutamente opinabili.

In particolare, la distinzione tra "disposizioni" e "prescrizioni" è assolutamente estranea a qualsiasi logica ermeneutica e non risolve il fondamentale problema dell'individuazione della portata escludente degli obblighi normativi.

Se il comportamento richiesto da una norma è tale da comportare l'esclusione dalla gara è questione interpretativa e, in quanto tale, richiede un'indagine sul fine di tutela della norma.

Premesso che ogni decisione assunta dall'Autorità potrebbe essere contraddetta dalla giurisprudenza amministrativa occorre esaminare il fine per cui il legislatore ha imposto un determinato comportamento al partecipante alla gara: ad esempio, l'obbligo di indicare il domicilio è "prescritto" al fine di consentire le comunicazioni di cui all'art. 79 del Codice e, in quanto tale, non può determinare, in caso di inadempimento, l'esclusione del concorrente.

B.3 - Individuazione degli elementi essenziali dell'offerta

Nell'individuazione degli elementi essenziali dell'offerta, il cui difetto determina l'esclusione dalla gara ai sensi dell'art. 46, comma 1 bis, del Codice dei contratti, non pare potersi prescindere da una lettura sistematica del principio di tassatività in connessione con le altre disposizioni del Codice, che si occupano del contenuto delle offerte e delle domande di partecipazione.

Art. 73 D.Lgs. 163/2006 -Forma e contenuto delle domande di partecipazione.

.....

2. **Dette domande contengono gli elementi prescritti dal bando e, in ogni caso, gli elementi essenziali per identificare il candidato e il suo indirizzo, e la procedura a cui la domanda di partecipazione si riferisce, e sono corredate dei documenti prescritti dal bando**

3. **Le stazioni appaltanti richiedono gli elementi essenziali di cui al comma 2 nonché gli elementi e i documenti necessari o utili per operare la selezione degli operatori da invitare, nel rispetto del principio di proporzionalità in relazione all'oggetto del contratto e alle finalità della domanda di partecipazione.**

Art. 74 D.Lgs. 163/2006 –Forma e contenuto delle offerte

.....

2. **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 e il suo indirizzo e la procedura cui si riferiscono, le caratteristiche e il prezzo della prestazione offerta, le dichiarazioni relative ai requisiti soggettivi di partecipazione.**

5. **Le stazioni appaltanti richiedono gli elementi essenziali di cui al comma 2, nonché gli altri elementi e documenti necessari o utili, nel rispetto del principio di proporzionalità in relazione all'oggetto del contratto e alle finalità dell'offerta.**

Dalla sopra richiamata disciplina, si evince il riconoscimento di una indiscussa discrezionalità delle Stazioni appaltanti nella identificazione degli elementi essenziali delle offerte e delle istanze di partecipazione, da cui discende l'esigenza di affrontare anche questo aspetto, tenendo conto degli indirizzi della giurisprudenza che hanno affrontato la questione.

Il TAR Lombardia - Brescia, Sez. II – sent. 4 novembre 2011 n. 1510 ha ritenuto legittima, «non essendo in contrasto con i canoni di ragionevolezza, proporzionalità e massima partecipazione alle procedure di evidenza pubblica, la clausola del bando di gara per l'affidamento dell'appalto del servizio di trasporto scolastico che prevede, a pena di esclusione, **la produzione di un titolo idoneo allo svolgimento di un'attività intimamente connessa all'oggetto dell'appalto** (nella specie, apposito luogo di ricovero e/o deposito ad uso rimessa dei mezzi, a distanza non eccessiva - nella specie non superiore a 15 chilometri - dal territorio ove il servizio deve essere espletato)».

Il Tar ha conseguentemente ritenuto legittima l'esclusione della ditta che, in violazione di quanto espressamente richiesto dal bando a pena di esclusione, ha ommesso di produrre tempestivamente, unitamente all'offerta, il contratto di locazione, ovvero il certificato di proprietà attestante la disponibilità di un deposito ad uso rimessa,atteso che il contratto di locazione o il certificato di proprietà, alla stregua del bando, devono considerarsi elementi essenziali dell'offerta; in tal caso l'esclusione deve ritenersi legittima **anche ai sensi del novellato art. 46, comma 1-bis, del D. Lgs. n. 163 del 2006....**, sul principio di tassatività delle cause di esclusione dalle gare di appalto, che

contempla la fattispecie dell'esclusione dei concorrenti per difetto di "elementi essenziali" dell'offerta".

Sulla stessa linea interpretativa sembra collocarsi il TAR Sicilia - Catania, sez. III – sent. 17 gennaio 2012 n. 130

Il giudice ha in tale fattispecie ritenuto illegittima l'esclusione da una gara di appalto per l'affidamento del servizio di refezione scolastica, di una ditta che non ha allegato alla istanza di ammissione alla selezione, le tabelle dietetiche sottoscritte in ogni pagina, poiché tale incombente non era espressamente richiesto, a pena di esclusione, in nessuna parte della lettera d'invito, né nel capitolato d'oneri (ma dedotto in via meramente interpretativa dall'Amministrazione). Non avendo la stazione appaltante espressamente richiesto nella lex specialis, con comminatoria di esclusione, il suddetto incombente, e non avendolo, quindi, ritenuto essenziale, il provvedimento di esclusione costituisce violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione e del principio di massima partecipazione.

Da tale orientamento giurisprudenziale, sembra pertanto evincersi che il bando possa legittimamente richiedere a pena di esclusione, in quanto considerati alla stregua di elementi essenziali dell'offerta, simili documenti, purché l'adempimento a pena di esclusione sia formulato in modo chiaro ed esplicito.

Di segno opposto, il TAR Abruzzo - Pescara, Sez. I – sent. 9 novembre 2011 n. 632, secondo cui l'omessa presentazione delle referenze bancarie non costituisce causa di esclusione dalla gara.

Il giudice amministrativo, sulla base di un'interpretazione strettamente letterale della norma, ha ritenuto, in base all'art. 46, comma 1-bis, del D.L.vo 12 aprile 2006, n. 163, aggiunto dall'art. 4, 2 comma n. 2, lett. d), D.L. n. 70 del 2011 «che ha introdotto il principio della tassatività delle cause di esclusione dei soggetti partecipanti alle gare indette dalla P.A., è ormai possibile comminare l'esclusione da una gara solo ove vi sia incertezza in ordine alla provenienza della domanda, al suo contenuto o alla sigillazione dei plichi, mentre ogni altra ragione di esclusione dagli incanti non può essere prevista, a pena di nullità della disposizione del bando o della lettera d'invito

Tra le predette cause di esclusione dei concorrenti dalle procedure concorsuali, sostiene il TAR, non sembra rientrare anche la mancata presentazione delle referenze bancarie, con la conseguenza che nei casi di loro omessa presentazione, la Stazione appaltante illegittimamente esclude dalla gara - per tale ragione - la ditta interessata, dovendo piuttosto invitarla ad integrare la documentazione mancante.

Il contrasto giurisprudenziale sopra delineato induce a ritenere necessaria un'integrazione dello schema di determinazione con una partizione da dedicare appositamente alla definizione dei criteri per l'individuazione degli elementi essenziali dell'offerta rimessi alla discrezionalità della stazione appaltante, ai sensi del combinato disposto dei succitati artt. 73 e 74 del Codice dei contratti, onde fornire più puntuali indicazioni in proposito, in linea con la scelta di tipizzare le cause di esclusione dalle gare.

Nella fattispecie, risulta in particolare essenziale sviluppare adeguatamente questo aspetto nella determina in esame, precisando che sono da considerarsi legittime, alla luce delle disposizioni sopra richiamate, le clausole della *lex specialis* in cui sono richiesti, a pena di esclusione, documenti atti a comprovare i requisiti speciali non documentabili mediante autocertificazione perché rilasciati da soggetti privati (ad es. le referenze bancarie o copia di un contratto da cui si evinca la disponibilità di un bene immobile, ecc.).

Al riguardo potrebbe essere utile un ulteriore approfondimento, rispetto alle indicazioni già elaborate, della tematica dell'autocertificazione applicata alle gare d'appalto (art. 74, comma 6 D.Lgs. 163/2006 ai cui sensi le stazioni appaltanti non richiedono documenti e certificati per i quali le norme vigenti consentano la presentazione di dichiarazioni sostitutive, salvi i controlli successivi in corso di gara sulla veridicità di dette dichiarazioni), a seguito delle novellazioni apportate al D.P.R. 445/2000 dall'art. 15 della L. 183/2011, in rapporto al principio di tassatività delle cause di esclusione dalle gare, distinguendo tra requisiti autocertificabili e requisiti non autocertificabili.

B.4 - Singole fattispecie di esclusione

– **Omessa dichiarazione sentenze di condanna.**

Al riguardo non si registra un orientamento uniforme della giurisprudenza amministrativa. Secondo il TAR Basilicata, Sez. I – sent. 15 settembre 2011 n. 472, *la mancata dichiarazione nelle gare di appalto delle sentenze penali di condanna riportate costituisce una causa autonoma di esclusione dalla gara, a prescindere dal tipo di prescrizioni contenute nel bando di gara. Tale principio va confermato anche dopo l'entrata in vigore dell'art. 46, comma 1 bis D.L.vo n. 163/2006, in quanto anche quest'ultima norma prevede la sanzione dell'esclusione dalla gara nel "caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente Codice" dei contratti pubblici di cui al D.L.vo n. 163/2006.*

Di diverso avviso il TAR Umbria, Sez. I – sent. 13 ottobre 2011, n. 330, che ritiene di distinguere tra due ipotesi:

1) *se il bando richiede genericamente una dichiarazione di insussistenza delle cause di esclusione di cui all'art. 38 D.Lgs. 163/2006, esso giustifica una valutazione di gravità da parte del concorrente, che pertanto non può essere escluso per non aver dichiarato tutte le condanne (quindi per falsa dichiarazione), ma solo se le condanne sono ritenute gravi dalla stazione appaltante;*

2) *qualora il bando richieda specificamente la dichiarazione di tutte le condanne penali, l'esclusione è dichiarata non solo per la sostanziale gravità della condanna riportata ma anche in caso di omissione formale della dichiarazione prescritta dalla lex specialis.*

In merito a tale cruciale argomento, il documento dell'Autorità dovrebbe meglio precisare a quale dei due indirizzi ermeneutici sopra riportati ritiene di aderire in quanto maggiormente coerente al principio di *favor participationis*.

– **Requisiti soggettivi.**

In relazione alle cause di esclusione ulteriori rispetto a quelle previste dall'art. 38 del Codice ovvero relativamente all'esclusione prevista per i soggetti che si avvalgono dei piani individuali di emersione (di cui al punto 2)) occorre evidenziare quanto segue.

La legge 383/2001 stabilisce che “i soggetti che si avvalgono dei piani individuali di emersione sono esclusi dalle gare di appalto pubblico fino alla conclusione del periodo di emersione”. La medesima legge fissa in 24 mesi il periodo massimo di emersione per la parte normativa e in 36 mesi per la parte contrattuale. Considerato che la data ultima di approvazione dei piani di emersione e di avvio degli stessi da parte delle aziende doveva essere antecedente al 15 maggio 2003, ne risulta che il periodo di emersione si è concluso il 15 maggio 2006. A partire da tale data, pertanto, nessun concorrente che abbia aderito o meno al piano di emersione progressiva può trovarsi nella condizione di esclusione dalla partecipazione a gare di appalto pubblico. (Vedi Nota inviata a Regione Toscana dalla Direzione Provinciale di Roma del 17/12/2008).

In relazione ai punti 1), 3) e 4) dal tenore delle norme citate nel Bando quadro si fa presente che l'inserimento di tali cause di esclusione comporta una serie di problemi relativamente al controllo sulla veridicità delle dichiarazioni in quanto non si evince dalla normativa citata in modo chiaro né il soggetto tenuto ad adottare le opportune determinazioni fino a decidere l'esclusione dalle gare, né l'ambito dell'esclusione che sembra afferire in alcune ipotesi alle sole amministrazioni che hanno riscontrato la violazione, né il soggetto a cui rivolgersi per il controllo in ordine alle dichiarazioni rese.

Si invita, pertanto, l'Autorità a rivalutare l'introduzione di tali cause di esclusione nel Bando quadro e nei relativi Bandi tipo.

Relativamente ai soggetti tenuti a rilasciare la dichiarazione di insussistenza delle ipotesi previste dall'art. 38 comma 1 lett. b) , c) ed m-ter) si sottolinea che la norma non prevede i procuratori, bensì unicamente gli amministratori muniti di poteri di rappresentanza, in considerazione della posizione formale all'interno dell'organizzazione societaria. Seguendo

l'orientamento proposto nello schema del Bando – Quadro, ovvero ammettendo che i procuratori speciali o ad negotia abbiano l'onere di presentare la dichiarazione qualora siano titolari di poteri gestori generali e continuativi ricavabili dalla procura, l'Amministrazione sarebbe costretta ad effettuare indagini sostanzialistiche sull'effettivo ruolo ricoperto da tali soggetti che andrebbe a scalfire la certezza del diritto correlata alla tipizzazione dei soggetti tenuti alla dichiarazione così come voluta dal legislatore. Infatti i procuratori speciali non sono amministratori e ciò a prescindere dall'esame dei poteri loro assegnati (C.d.S. V sezione n. 513/11).

– ***Verifiche dei requisiti speciali***

Si condivide la seconda interpretazione relativa all'applicazione dell'art. 13 comma 4 della L. 11/11/2011 N. 180, che incide soltanto sull'operatività del comma 2 dell'art. 48 del codice, pertanto tale deroga opera in fase di aggiudicazione nei confronti del 2° classificato. Si richiede pertanto che l'Autorità si esprima prendendo una posizione in tal senso.

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

In relazione ai lavori le indicazioni fornite sono condivise, chiare ed esaustive, mentre tali indicazioni, relativamente a forniture e servizi, risultano carenti a meno di non voler ritenere che l'Autorità abbia ritenuto che tali aspetti siano rimessi alla discrezionalità della stazione appaltante in quanto afferenti a scelte di natura sostanziale.

Infatti, l'unica "prescrizione" che viene evidenziata dall'Autorità riguarda l'art. 37, comma 4, che prevede l'obbligo di specificare nell'offerta le parti del servizio o fornitura che saranno eseguite dai singoli membri del RTI.

Innanzitutto, nonostante nessuna indicazione dell'Autorità al riguardo, si ritiene che la disposizione contenuta nell'art. 37 comma 13, che impone una corrispondenza per i concorrenti riuniti in raggruppamento che devono eseguire le prestazioni in misura corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento, sia applicabile anche agli appalti di servizi e forniture e dovrebbe quindi trovare nel bando tipo indicazioni in caso di violazione.

Considerato che l'art. 275 comma 2 del DPR 207/2010, dettando disposizioni per la partecipazione alle gare dei Raggruppamenti prevede che il bando individui i requisiti economico finanziari e tecnico-organizzativi necessari per partecipare alla procedura di affidamento, nonché le eventuali misure in cui gli stessi devono essere posseduti dai singoli concorrenti partecipanti, si ritiene che la norma attribuisca un potere discrezionale alla stazione appaltante sulla opportunità dell'introduzione di tali misure e sul quantum.

Sempre ai sensi dell'art. 275, comma 2, la mandataria deve possedere il requisito ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria (per misura maggioritaria si intende maggioranza relativa), con la conseguenza dell'esclusione delle operatori riunito nel caso in cui ciò non avvenga.

Ne consegue che nel caso di raggruppamenti di tipo orizzontali per i quali la stazione appaltante abbia individuato una quota minima di apporto del requisito sia per la mandataria che per le mandanti oppure abbia previsto solo che la mandataria posseda il requisito in misura maggioritaria mentre nessuna misura sia prevista per le mandanti, le quali comunque sono tenute ad apportare ognuna parte del requisito, l'Amministrazione sia legittimata a prevedere nel Bando di gara una causa di esclusione collegata a tali violazioni indipendentemente dal fatto che il bando quadro preveda espressamente dette cause di esclusioni, ciò in considerazione come evidenziato in precedenza che tali previsioni non hanno natura procedimentale.

Nel caso non si acceda a tale interpretazione e si ritenga che possa trattarsi di ipotesi definibili, il bando quadro in ciò risulta carente e dovrebbe essere integrato dall'Autorità al fine di prevedere per ogni possibile ipotesi le relative cause di esclusione. A tal fine in relazione al problema della corrispondenza anche in servizi e forniture tra quote di partecipazione, esecuzione ed apporto dei requisiti l'Autorità potrebbe fornire una precisa indicazione sulla legittimità dell'esclusione nel caso in cui detta corrispondenza (apporto requisiti/partecipazione

– esecuzione) non sussista. Inoltre si pone la problematica correlata a quanto affermato dall’Autorità in relazione all’art. 37 comma 4 che sia ammissibile un offerta di un RTI che preveda la sola indicazione descrittiva delle prestazioni riferibili ad ognuno dei membri senza una esatta quantificazione delle relative quote in quanto questo rende difficile la verifica da parte dell’Amministrazione della corrispondenza tra le quote di partecipazione – esecuzione e ove necessario/previsto con quelle di apporto dei requisiti.

Relativamente alla partecipazione dei consorzi stabili è necessario chiarire se i requisiti di qualificazione tecnico-organizzativa ed economico-finanziaria debbano essere posseduti esclusivamente dalle singole consorziate oppure dal consorzio medesimo oppure parte dei requisiti dal Consorzio e parte dei requisiti dalle singole Consorziate.

– ***Mancato o inesatto adempimento alla richiesta chiarimenti***

Si fa presente che l’esempio relativo al certificato camerale risulta superato dalle norme sulla documentazione e semplificazione amministrativa.

– ***Soglia di “sbarramento”***

Nel ritenere che l’argomento trattato al punto 8.2 della determinazione non sia specificatamente oggetto di trattazione da includere nel bando tipo allorché la semplice esclusione in sede di gara, qualora i punteggi attribuiti risultino inferiori alla soglia, si ritiene comunque osservare quanto segue.

In riferimento alla riparametrazione si evidenzia che è espressamente prevista solo nell’Allegato M al D.P.R. 207/2010. Non risultano pertanto elementi normativi tali da imporre alle stazioni appaltanti di operare detta riparametrazione nell’attribuzione dei punteggi alle offerte presentate in appalti di servizi e forniture in quanto né l’Allegato P né l’Allegato G al D.P.R. 207/2010 la prevedono. Si ritiene che il ricorso alla riparametrazione vada esplicitato negli atti di gara e non possa essere effettuato dal seggio di gara in assenza di previsione negli atti di gara in quanto elemento che deve essere conosciuto dai partecipanti

Inoltre la riparametrazione potrebbe trovare un suo utilizzo solamente nel caso in cui effettivamente vi sia un criterio articolato in sub criteri, con i sub criteri può essere operata infatti una valutazione sotto aspetti diversi, che sono fra di loro in stretta correlazione, di un unico criterio ponendosi quindi un rapporto fra di loro di genere a specie, mentre ciò non avviene quando l’Amministrazione abbia l’esigenza di fare emergere la qualità dell’offerta analizzando e valutando aspetti diversi ai quali devono essere collegati singoli criteri.

– ***Indicazione dei costi della sicurezza***

Nel ritenere che l’argomento trattato al punto 8.3 sia di particolare criticità per alcune tipologie di gare riferite ad alcuni servizi, se segnala l’opportunità di una specifica valutazione degli organi di Governo competenti in materia.

– ***Ulteriori cause di esclusione previste da norme***

Il bando quadro deve prevedere che l’esclusione prevista all’ art. 90 comma 8 del codice opera anche per la progettazione di servizi e forniture per espressa previsione dell’art. 279 comma 4 del regolamento di attuazione.

– ***Offerta prezzi unitari***

Le indicazioni elaborate con riferimento all’applicazione dell’art. 119 del Regolamento dovrebbero essere integrate con la precisazione che si riferiscono sia alla fattispecie della procedura ristretta sia a quella della procedura aperta (richiamata dal comma 3 del citato art. 119).

– ***La sottoscrizione dell’offerta.***

In caso di RTI costituendo prevedere la sanzione dell’esclusione nell’ipotesi che l’offerta tecnica non sia sottoscritta da tutti i membri dell’operatore riunito pare eccessiva in quanto in un’ottica di semplificazione il termine offerta contenuto nel secondo capoverso del comma 8 dell’art. 37 del D.Lgs. 163/2006 sembrerebbe riferirsi all’offerta economica che contiene l’impegno a conferire mandato speciale con rappresentanza ad uno dei membri del costituendo RTI.

– ***Presentazione della cauzione provvisoria***

La soluzione interpretativa proposta dall’Autorità, incline a consentire l’integrazione documentale esclusivamente qualora il ricorso all’istituto del soccorso istruttorio di cui all’art. 46, comma 1, del D.Lgs. 163/2006 non incida sulla parità di trattamento tra i concorrenti e, quindi, nel caso di specie, in caso di evidente errore formale, non risulta allineata con la giurisprudenza prevalente che, sulla scorta di un’interpretazione letterale del principio di tassatività delle cause di esclusione, e quindi nello specifico sul rilievo che la prestazione di una cauzione provvisoria di importo deficitario non rientra tra le cause di esclusione di cui all’art. 46, comma 1 *bis*, D.Lgs. 163/2006, la ditta interessata deve essere previamente invitata ad integrare la cauzione.

In tal senso:

- TAR Veneto, Sez. I – sent. 13 settembre 2011 n. 1376
- TAR Liguria, Sez. II – sent. 22 settembre 2011 n. 1396
- TAR Veneto, Sez. I - sentenza 8 novembre 2011 n. 1659
- TAR Veneto, Sez. I – sent. 2 dicembre 2011 n. 1791
- Consiglio di Stato, Sez. III – sent. 1 febbraio 2012 n. 493

Il contenuto dell’art. 75 comma 4 integra una serie di prescrizioni e pertanto la mancanza anche di una sola di queste costituisce ipotesi di esclusione.

In caso di garanzia a corredo dell’offerta di importo inferiore rispetto a quello richiesto dalla stazione appaltante, la giurisprudenza ammette l’integrazione dello stesso, successivamente alla presentazione dell’offerta, tuttavia ritenendo che una tale integrazione configura in sostanza la produzione di una nuova cauzione, in quanto l’importo attiene ad un aspetto sostanziale della garanzia e pertanto una integrazione postuma configurerebbe una violazione della parità di trattamento tra i partecipanti la stazione appaltante deve escludere il concorrente e pertanto si condivide che nel bando quadro sia espressamente previsto in tale ipotesi l’esclusione del concorrente dalla gara.

Tale previsione potrebbe non essere applicata, con esclusione immediata del concorrente, laddove, in presenza di un importo inferiore della garanzia, corrispondente alla metà dell’importo richiesto dalla stazione appaltante, si consideri la riduzione dell’importo come ipotesi di “segnalazione” prevista dall’ultimo capoverso del comma 7 dell’art. 75 e in tal caso si potrebbe far operare il soccorso istruttorio richiedendo la produzione della certificazione di qualità e solo in assenza di questa comminare l’esclusione.

Si rileva da ultimo, in caso di partecipazione di operatori riuniti alla gara, la non divisibilità dell’esclusione prevista nel bando quadro con riferimento alla causa di esclusione prevista al punto 4) in quanto si ritiene che in caso di RTI sia sufficiente l’intestazione in favore anche solo della mandataria con l’indicazione degli altri membri del raggruppamento.

Infine relativamente alla causa di esclusione di cui al punto 7) si fa presente che nella prassi le polizze fideiussorie non presentano la firma in originale, in quanto vi sono diverse compagnie che rilasciano polizze in formato digitale nelle quali vi è una riproduzione della firma del garante e quindi tanto meno autenticata del garante che comporta un aggravio di costi per le imprese partecipanti. Inoltre si ritiene che sia sufficiente la firma apposta dal garante e non anche dall’operatore economico.

– ***Mancata presentazione del sopralluogo (Lavori)***

In relazione all'ipotesi prospettata nello schema di bando quadro che 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, si ritiene che questo possa comportare problematiche qualora si abbiano delle modifiche nella composizione del raggruppamento in fase di offerta.

Inoltre si fa presente che non vengono indicate le modalità di sopralluogo da parte dei consorzi di cui alla lettera b) e c) dell'art. 34 del codice.

– ***Mezzi di comunicazione tra operatori economici e stazioni appaltanti***

Si ritiene che il domicilio, diversamente da quanto ipotizzato dall'Autorità che ritiene possibile prevedere l'indicazione nel plico contenente la domanda di partecipazione a pena di esclusione, anche qualora mancante possa essere comunque individuato dalla stazione appaltante avvalendosi di altri elementi identificativi dell'impresa quali partita Iva, codice fiscale etc.

– ***Separazione fisica documentazione di gara.***

Risulta opportuno inserire la precisazione che la separazione fisica delle buste presentate in sede di offerta, preordinata ad esigenze di obiettività ed imparzialità, è assicurata quando l'offerta economica e, nel caso di offerta economicamente più vantaggiosa, l'offerta tecnica sono contenute in buste separate, anche se la documentazione amministrativa non risulta inclusa in una busta distinta ma inserita direttamente nel plico generale, atteso che la stessa documentazione viene comunque esaminata in via prioritaria, nella prima seduta di gara.

– ***Versamento contributo all'Autorità di vigilanza***

Il documento dovrebbe precisare che, comunque, non può costituire causa di esclusione, perché non compresa nell'elenco tassativo ex art. 46, comma 1 *bis*, la fattispecie del versamento effettuato con modalità diverse da quelle prescritte.

C. ULTERIORI OSSERVAZIONI

Infine, il coordinamento interregionale tecnico formula le seguenti ulteriori osservazioni, non rientranti nelle categorie di cui sopra.

- Il bando tipo dovrebbe contenere **prescrizione di tipo procedimentale** - relative sia alla fase di presentazione dell'offerta, sia alla fase di valutazione dell'offerta da parte del seggio di gara - che siano finalizzate al rispetto delle previsioni e dei principi attinenti la partecipazione alle gare e non si traducano in adempimenti meramente formali.
- Il bando tipo **non dovrebbe contenere elementi che attengono ad aspetti “sostanziali”**, ovvero ad aspetti rimessi alla discrezionalità della stazione appaltante in ragione del singolo appalto, ad esempio la scelta dei requisiti speciali e la relativa soglia minima di ammissione.
- In relazione al primo tipo di prescrizioni, il seggio di gara deve disapplicare le cause di esclusione non consentite e solo relativamente ad esse si può parlare di nullità delle eventuali ulteriori prescrizioni previste nei bandi.
- Al contrario, nel caso di previsioni discendenti da scelte operate dall'amministrazione, il seggio di gara non può autonomamente disapplicare le cause di esclusione ad esse collegate, che potrebbero invece essere oggetto di provvedimenti di annullamento da parte dell'amministrazione, a seguito di un procedimento in via di autotutela. Le previsioni di esclusioni collegate a scelte di natura sostanziale, quindi, possono essere legittimamente previste nel bando e, ove lesive dei principi dell'art. 2 del codice dei contratti, essere oggetto di impugnazione da parte delle imprese. Esse sono da considerare annullabili, ma non nulle.

- Il Bando-quadro dovrebbe, pertanto, chiarire quali prescrizioni in relazione alla documentazione da presentare da parte del concorrente sono previste a pena di esclusione e quali non ne determinano l'esclusione, in quanto possono essere oggetto di soccorso istruttorio ai sensi dell'art. 46 del Codice.

Roma, 22 novembre 2012