

Osservazioni alla Determinazione n. 4/2012

Con la Determinazione in commento l'Autorità di Vigilanza ha dato attuazione alla delega ad essa conferita dal legislatore del "decreto sviluppo" n. 70/2011 ed ha proceduto alla pubblicazione del primo modello di Bando-Tipo, recante indicazioni generali per la redazione dei bandi di gara.

La Determinazione è stata adottata a seguito di un lungo iter procedurale, che ha visto la preventiva acquisizione del parere del Ministero delle Infrastrutture e la consultazione delle categorie professionali interessate, avvenuta nei mesi di settembre 2011 e luglio 2012, tra le quali è intervenuta anche l'Ance.

Con tale Determinazione viene, quindi, data una prima risposta concreta alle problematiche interpretative sorte a seguito dell'introduzione del comma 1-bis nell'art. 46 del Codice dei Contratti pubblici, che ha sancito il principio di tassatività delle cause di esclusione.

Il documento in commento, inoltre, precede l'emanazione, da parte della stessa Autorità, di ulteriori e specifici modelli di bandi-tipo, distinti per lavori, servizi e forniture che, oltre a riprodurre le clausole relative alle cause di esclusione indicate nel "bando tipo" in esame, dovranno contenere puntuali indicazioni sulla gestione delle specifiche tipologie di gara.

Di seguito, si procede ad un riepilogo delle principali questioni affrontate dall'Autorità nella recente Determinazione, con specifico riferimento al settore degli appalti di lavori pubblici.

Orientamenti interpretativi.

Nella sezione in commento l'Autorità fornisce un quadro riepilogativo del principio di tassatività, fornendo alcuni primi orientamenti interpretativi riguardanti il contenuto della norma.

In primo luogo, si ricorda che, in conformità a quanto sancito dall'articolo 46, comma 1-bis del Codice, le cause di esclusione dalle gare, per essere legittime, devono essere riconducibili ad una delle tre seguenti macro-categorie di irregolarità:

- mancato adempimento alle prescrizioni previste dal Codice e dal Regolamento di esecuzione, o da altre disposizioni di legge vigenti;

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

Al riguardo l'Autorità ribadisce, anzitutto, la valenza generale del principio di tassatività, che trova applicazione sia nei settori ordinari che in quelli speciali, a prescindere dall'importo del contratto, che può essere sia superiore che inferiore alla soglie comunitarie.

In secondo luogo, evidenzia come la tassatività delle cause di esclusione rafforzi il dovere di leale collaborazione tra stazione appaltante e concorrenti alla gara, codificato dallo stesso articolo 46, al comma 1, secondo il quale le amministrazioni invitano, se necessario, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentate. Tale rafforzamento del cd. "soccorso istruttorio", evidenziato dall'Autorità, sembra potersi interpretare nel senso che le amministrazioni debbano sempre consentire ai concorrenti la produzione di chiarimenti ed integrazioni documentali, se l'integrazione o il chiarimento forniti non comportino per il concorrente la sanatoria *ex post* di una legittima esclusione dalla gara.

L'Autorità ricorda, poi, che il principio di tassatività è sancito a pena di nullità. La previsione di tale sanzione, in luogo di quella della annullabilità, è particolarmente importante, in quanto comporta l'automatica inefficacia della causa di esclusione illegittima che, dunque, va disapplicata dal seggio di gara senza necessità di annullamento giurisdizionale.

Infine, viene affrontato il tema riguardante l'esercizio del potere di deroga da parte delle stazioni appaltanti, di cui fa menzione il comma 4-bis dell'articolo 64 del Codice. Come noto, tale norma prevede che la tipizzazione delle cause di esclusione debba essere effettuata a monte dall'Autorità nei bandi-tipo, ai quali debbono necessariamente attenersi le stazioni appaltanti, fatta salva la possibilità di deroghe che devono essere espressamente motivate nella delibera a contrarre.

Il riconoscimento di tale potere di deroga ha sempre sollevato perplessità, in quanto non risultano chiaramente definiti i confini entro i quali è possibile per le amministrazioni non conformarsi alle indicazioni del bando-tipo, senza tuttavia violare il principio di tassatività.

Al riguardo l'Autorità fornisce una precisazione, con la quale tenta di risolvere l'incertezza derivante dal dettato normativo.

In primo luogo, essa precisa che le eventuali deroghe cui accenna la norma devono essere intese come ulteriori ipotesi di esclusione. Aggiunge, poi, che queste non possono consistere nell'introduzione di clausole che, ancorché motivate, contrastino con il disposto dell'art. 46, comma 1-bis, perché sarebbero affette da nullità. Pertanto, conclude l'Autorità, *“rispetto alle ipotesi tipizzate nel bando-tipo, le stazioni appaltanti possono prevedere ulteriori cause di esclusione, previa adeguata e specifica motivazione, solo con riferimento a disposizioni di leggi vigenti ovvero alle regole tassative previste dall'articolo 46, comma 1-bis del Codice”*

L'indicazione formulata dall'Autorità, seppur in modo non del tutto chiaro, sembrerebbe indicare che le possibilità di deroga per le amministrazioni possano consistere unicamente nella previsione di ipotesi di esclusione ulteriori rispetto a quelle tipizzate nel bando-tipo dall'Autorità stessa, sempreché le stesse abbiano fondamento in norme di legge vigenti o che tutelino le esigenze di certezza circa l'identificazione dell'offerente e la regolarità dell'offerta, contemplate dall'articolo 46, comma 1-bis.

Più concretamente, si può pensare, ad esempio, per quanto riguarda il riferimento alle norme di legge, all'esigenza di adeguare la *lex specialis* di gara a normative eventualmente sopravvenute ovvero a norme tralasciate dall'Autorità nel bando-tipo in commento. Per quanto riguarda, poi, il riferimento alle altre regole tassative dell'articolo 46, comma 1-bis, si può pensare alla possibilità che le amministrazioni prevedano a pena di esclusione specifiche modalità di presentazione delle offerte, in considerazione di specifiche esigenze derivanti dalle peculiari caratteristiche dell'appalto.

PARTE I – Adempimenti previsti da disposizioni di legge vigenti.

1. Indicazioni generali.

In questa sezione, l'Autorità si occupa delle ipotesi di esclusione riconducibili alla prima delle tre macro-categorie di irregolarità sancite dall'articolo 46, comma 1-bis, consistenti nella mancata attuazione di adempimenti prescritti o vietati dal Codice, dal Regolamento ovvero da altre norme di leggi vigenti.

L'Autorità precisa che si tratta di una disposizione posta a chiusura del sistema, che ha portata generale, nella quale devono, dunque, ritenersi comprese tutte le ipotesi in cui sia riscontrabile una violazione normativa, senza la necessità che la

prescrizione violata si esprima esplicitamente in termini di un dovere essere o di un obbligo e senza che sia espressamente comminata l'esclusione.

Per quanto riguarda l'individuazione delle violazioni normative sanzionabili con l'esclusione, in assenza di una esplicita previsione al riguardo, l'Autorità afferma che deve sempre trattarsi di violazioni riguardanti comportamenti imposti dalle norme al fine di assicurare il corretto svolgimento del confronto concorrenziale.

Tale criterio ermeneutico appare pienamente condivisibile, in quanto risulta ispirato ad un approccio di tipo "sostanzialista", in base al quale, nei casi in cui manchi l'espressa comminatoria della esclusione, questa può derivare solo da violazioni riguardanti prescrizioni normative che incidono su profili sostanziali dell'offerta o dell'offerente, e che hanno come finalizzazione il regolare svolgimento della procedura di gara.

Di contro, ogni altra ipotesi di esclusione che risulti contemplata nel bando senza una specifica copertura normativa e senza che il comportamento posto in essere produca le ulteriori conseguenze previste dall'articolo 46, comma 1-bis, deve ritenersi affetta da nullità.

Merita, inoltre, apprezzamento, l'ulteriore chiarimento secondo cui, nei casi in cui l'esclusione non sia chiaramente sanzionata da norme vigenti, sarà onere della stazione appaltante prevederla in modo chiaro ed esplicito nel bando di gara, al fine di evitare comportamenti non regolari causati da clausole ambigue e di dubbia portata precettiva

2. requisiti di partecipazione.

2.1 requisiti di ordine generale.

Rispetto ai requisiti di carattere generale, di cui all'articolo 38 del Codice appalti, l'Autorità evidenzia che la mancanza di uno di questi comporta l'esclusione dalla procedura di gara, anche in assenza di una espressa previsione del bando.

L'esclusione, peraltro, deve scattare anche in caso di falsità, incompletezza ovvero omissione, da parte del concorrente, delle autodichiarazioni che, dunque, qualora mancanti, non possono essere integrate *ex post*.

L'Autorità precisa, tuttavia, che la possibilità di regolarizzare tardivamente le dichiarazioni può operare nei casi in cui eventuali omissioni od errori siano stati ingenerati dall'utilizzo di formulari predisposti dalla stessa stazione appaltante, determinando questi il pieno affidamento dei concorrenti circa la loro correttezza. Anche in questa ipotesi, però, l'ammissibilità di una eventuale regolarizzazione va valutata dalla stazione appaltante all'esito di un'attenta analisi del caso concreto.

Altro profilo espressamente affrontato nella Determinazione è quello dei controlli sui soggetti cessati dalla carica nell'anno antecedente la pubblicazione del bando. Sul punto, in modo sicuramente positivo, l'Autorità ha definitivamente affermato che, ove tali soggetti siano irreperibili o non disponibili, la dichiarazione sul possesso dei requisiti possa essere presentata direttamente dal legale rappresentante, con la dicitura "per quanto a propria conoscenza", corredata dai dati anagrafici dei soggetti cessati dalle cariche.

Particolarmente importante appare, infine, l'inciso secondo il quale, in caso di cessione di azienda o ramo d'azienda, incorporazione o fusione societaria, la dichiarazione sull'assenza di sentenze di condanna, di cui all'art. 38, lettera c), va presentata dalla società cessionaria, incorporante o risultante dalla fusione, anche per i soggetti della società cedente. Resta ferma, naturalmente, la possibilità di dimostrare la dissociazione.

Con tale precisazione l'Autorità recepisce un indirizzo giurisprudenziale ormai prevalente secondo il quale, nelle ipotesi di cessione, fusione ed incorporazione, la responsabilità per i fatti riguardanti i vertici amministrativi e tecnici della società cedente ricade sul soggetto cessionario, in virtù del rapporto di continuità nell'attività imprenditoriale che tali vicende producono.

Qualche approfondimento ulteriore merita, invece, il riferimento alla possibilità della dissociazione, prevista per il soggetto cessionario, al fine di evitare un'esclusione per fatti riguardanti i vertici della società cedente. In proposito, vale la pena ricordare come possa concretamente essere attuata la dissociazione nelle ipotesi, del tutto verosimili, in cui il cessionario, in buona fede, non abbia conoscenza delle vicende penali riguardanti i vertici della società cedente, i quali, nel frattempo, potrebbero anche essere cessati dal relativo incarico.

Al riguardo, va evidenziato che la giurisprudenza più recente del Consiglio di Stato (richiamato dalla stessa Autorità), ha chiarito che, al fine di tutelare la delicata posizione del cessionario, a questi vada riconosciuta la possibilità di attuare una dissociazione di carattere generale, comprovando che la cessione si è svolta secondo una linea di discontinuità rispetto alla precedente gestione, e, dunque, tale da escludere la rilevanza della condotta degli amministratori e direttori tecnici della società cedente (*Cons. Stat., Ad. Plen., sent. n. 10/2012*).

2.2 Requisiti speciali di partecipazione.

Quanto ai requisiti speciali di partecipazione viene confermato, in linea generale, che i requisiti speciali di esecuzione non devono essere manifestamente irragionevoli, irrazionali, sproporzionati, illogici o lesivi della concorrenza, e devono essere distinti dai criteri di aggiudicazione, in ossequio alla giurisprudenza comunitaria.

Viene affermato, altresì, il principio generale secondo cui “i requisiti speciali devono essere posseduti al momento della presentazione dell’offerta o della domanda di partecipazione e della stipula del contratto: il mancato possesso o la perdita dei requisiti costituisce, pertanto, causa di esclusione dalla gara”.

2.2.2 Lavori pubblici.

Quanto allo specifico settore dei lavori pubblici, l’Autorità ricorda la regola generale secondo la quale, fatta eccezione per gli appalti superiori ai 20 milioni di euro, l’attestazione SOA costituisce condizione necessaria e sufficiente alla partecipazione alla gara e, dunque, non è ammissibile richiedere requisiti ulteriori.

Viene, inoltre, ricordato che, poiché la durata quinquennale dell’attestazione SOA è subordinata all’esito positivo della verifica triennale, l’impresa che abbia chiesto la verifica nei termini prescritti dalla legge può partecipare alle gare indette dopo il triennio, anche se la verifica sia compiuta successivamente. L’efficacia dell’aggiudicazione resta, tuttavia, subordinata all’esito positivo della verifica. Di contro, l’impresa che effettua la richiesta di verifica triennale fuori termine, può partecipare alle gare solo dopo l’esito positivo della stessa.

Vengono, poi, ribaditi alcuni pacifici principi in materia di qualificazione, cui devono attenersi le stazioni appaltanti sotto i 150.000 euro e sopra i 20 milioni di euro, nonché nel caso di appalti integrati. In particolare, si precisa che:

- per l'esecuzione di lavori di importo pari o inferiore a 150.000 euro, la stazione appaltante è tenuta ad individuare nel bando, espressamente, i requisiti tecnico/organizzativi che devono possedere i concorrenti, ai sensi dell'art. 90, commi 1 e 3 del Regolamento, ferma restando la possibilità di partecipare con attestazione SOA per categoria analoga di lavori;
- per gli appalti di importo superiore a 20.658.000 euro, la stazione appaltante è tenuta a richiedere nel bando il possesso dell'attestazione SOA nella classifica VIII, nonché l'avvenuta realizzazione, nel quinquennio antecedente alla pubblicazione del bando, di una cifra d'affari in lavori non inferiore a 2,5 volte l'importo a base di gara;
- per gli appalti integrati di cui all'art. 53, comma 3, lett. b) e c) del Codice, qualora l'importo delle spese di progettazione sia pari o superiore a 100.000 euro, la stazione appaltante deve individuare i requisiti ai sensi dell'art. 263 del Regolamento; se l'importo è inferiore a 100.000 euro, ai sensi dell'all'art. 267 del Regolamento. In entrambi i casi, ove l'impresa sia in possesso di attestazione SOA per prestazioni di sola esecuzione, i requisiti devono essere posseduti attraverso un progettista associato o indicato in sede di offerta in grado di dimostrarli, scelto tra i soggetti di cui all'art. 90, comma 1, lett. d), e), f), f-bis), g) e h), del Codice.

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

In merito alle norme a garanzia della qualità nonché alle norme di gestione ambientale, contenute agli articoli 43 e 44 del Regolamento, l'Autorità conferma che le stazioni appaltanti possono richiedere sia la presentazione di certificati rilasciati da organismi indipendenti che attestino il rispetto da parte dell'operatore economico delle norme a garanzia della qualità, sia l'indicazione delle misure di gestione ambientale applicate dall'operatore economico durante l'esecuzione, corredato da idonee certificazioni.

Inoltre, la Determinazione ribadisce che per il settore dei lavori le certificazioni di qualità sono attestate dalla SOA ed obbligatorie dalla III classifica in poi; inoltre, in linea con le tesi dell'Ance in materia, precisa che le misure di gestione ambientale possono essere richieste **esclusivamente** come requisiti di esecuzione e non di partecipazione.

4. Ricorso all'avvalimento.

L'Autorità conferma che la documentazione che l'impresa ausiliata deve presentare ai fini della partecipazione in gara, ai sensi dell'art. 49, comma 2, del Codice dei Contratti, compreso il contratto di avvalimento, dev'essere allegata dal concorrente, a pena di esclusione. Tuttavia, contrariamente a quanto contenuto nella bozza di Determinazione sottoposta ad Audizione, mancano i chiarimenti relativi ad alcune modalità pratiche di attuazione del contenuto dell'art. 49; si ricorda tuttavia che l'intera materia dell'avvalimento è oggetto della recente Determinazione n. 2/2012, cui si rimanda.

5. Verifiche sul possesso dei requisiti speciali.

L'Autorità ricorda che costituisce causa di esclusione, per espressa previsione dell'articolo 48, comma 1 del Codice, la mancata o tardiva comprova, in sede di verifica a campione, dei requisiti speciali autodichiarati dal concorrente in sede di offerta o di domanda di partecipazione.

L'Autorità affronta, poi, una delicata questione interpretativa, riguardante l'operatività della disciplina sulla verifica a campione rispetto alle micro, piccole e medie imprese.

La questione nasce, in particolare, da una norma contenuta nella Legge sullo "Statuto delle Imprese" (art. 13, comma 4, L. 180/2011) che stabilisce che *"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. [...]"*.

Si pone, dunque, il problema di chiarire quale sia il corretto significato da attribuire al dettato normativo che, ad una prima lettura, potrebbe indurre a ritenere esclusa l'applicazione del meccanismo della verifica a campione in tutti i casi in cui i concorrenti siano micro, piccole e medie imprese, dovendo in tali ipotesi richiedersi al solo aggiudicatario la documentazione a comprova.

Ad avviso dell'Autorità, tuttavia, la norma non deve essere interpretata in senso così ampio, in quanto il riferimento all'impresa aggiudicataria, che nella fase della verifica "a campione" non è ancora individuata, porta a ritenere che i controlli cui ha inteso riferirsi il legislatore non siano quelli "a campione", di cui al comma 1 dell'articolo 48, bensì quelli effettuati sull'aggiudicatario e secondo classificato entro 10 giorni dalla fine della gara, ai sensi del secondo comma dell'articolo 48. In buona sostanza, ad avviso dell'Autorità, l'art. 13 dello "Statuto delle Imprese" avrebbe il solo fine di esentare dalle verifiche dei requisiti speciali il secondo classificato in gara, laddove appartenente alla categoria delle MPMI (micro, piccole e medie imprese).

Ciò posto, occorre rilevare che l'interpretazione dell'Autorità di Vigilanza, ad una attenta lettura, sembra l'unica ragionevolmente applicabile nella pratica. Infatti, una diversa lettura, che conducesse ad escludere del tutto i controlli "a campione" per la sola circostanza che in gara siano presenti micro, piccole o medie imprese, oltre a non essere supportata da motivazioni logiche, rischierebbe di porsi in contrasto con i principi generali in materia di parità di trattamento e non discriminazione e, dunque, esporrebbe le amministrazioni al rischio di contestazioni e contenziosi.

Nella sezione in commento, l'Autorità si sofferma, poi, sull'analisi dell'art. 15 della L. n. 183/2011 (Legge di stabilità 2012), che ha sancito l'inutilizzabilità dei certificati nei rapporti con la pubblica amministrazione nonché l'obbligo per la stessa di acquisire d'ufficio le informazioni oggetto di dichiarazioni sostitutive. Tale norma, infatti, va coordinata con la disciplina dell'articolo 48 del Codice, che prevede che la documentazione a comprova dei requisiti speciali sia richiesta direttamente all'interessato anziché essere acquisita d'ufficio.

Sul punto, l'Autorità conferma un orientamento già espresso in altre occasioni, e confermato dalla giurisprudenza, secondo il quale l'art. 48 rappresenta una norma speciale, che consente di derogare ai principi sopra menzionati ponendo l'onere della comprova a carico dei concorrenti, in virtù del rapporto negoziale cui la presentazione della documentazione è finalizzata e dell'esigenza di assicurare una celere conclusione del procedimento,

Tale indicazione dell'Autorità necessita, poi, di un ulteriore chiarimento, considerato che l'articolo 48 differenzia la comprova dei requisiti speciali in funzione dell'importo del contratto.

Infatti, con riferimento agli appalti di lavori pubblici di importo superiore ai 150.000 euro ed inferiore ai 20.658.000 euro, i requisiti speciali sono assorbiti dall'attestazione SOA, il cui possesso, per espressa previsione dell'articolo 48, non deve essere comprovato dal concorrente, ma verificato direttamente dalla stazione appaltante attraverso il casellario informatico, di cui all'articolo 7 comma 10 del Codice. In tal caso, dunque, non sussistono particolari oneri a carico dei concorrenti.

Viceversa, l'onere della comprova è a carico dei concorrenti per i requisiti relativi agli appalti di importo inferiore ai 150.000 euro e relativamente alla cifra d'affari in lavori, richiesta in aggiunta alla SOA nel caso di appalti superiori ai 20 milioni. Pertanto, rispetto a tali due ipotesi, rimangono in vigore le modalità di verifica previste dall'articolo 48, con onere di comprova a carico del concorrente.

L'Autorità ricorda, infine, che le indicazioni contenute nel Bando-tipo sulla verifica dei requisiti dovranno essere coordinate con l'entrata in funzione della Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici attraverso la quale, a partire da gennaio 2013, le stazioni appaltanti dovranno verificare il possesso dei requisiti di partecipazione alle gare.

6. Termini per la presentazione delle offerte.

Al riguardo, l'Autorità conferma che costituisce causa di esclusione il mancato rispetto del termine di presentazione dell'offerta o della domanda di partecipazione.

7. Rispetto del divieto di partecipazione plurima/contestuale.

Sul tema in commento, l'Autorità riepiloga i casi previsti dal Codice e dal Regolamento in cui è vietata la contemporanea partecipazione in gara di soggetti non indipendenti tra loro, a pena di esclusione.

Fra questi, vengono richiamati i divieti espressamente previsti dagli art. 36 e 37 del Codice e 253 del Regolamento, per i consorzi, le associazioni temporanee e le società di professionisti o di ingegneria.

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

Proseguendo l'esame delle cause di esclusione che operano con specifico riferimento ai consorzi ed alle associazioni temporanee, l'Autorità richiama la previsione di cui all'art. 92, comma 2, del Regolamento, secondo cui, per i raggruppamenti di tipo orizzontale, la mandataria assume in sede di offerta i requisiti in misura percentuale superiore rispetto a ciascuna delle mandanti.

Al riguardo, l'Autorità conferma un orientamento già espresso in più occasioni, secondo il quale il riferimento ai requisiti maggioritari va letto in relazione ai requisiti minimi richiesti per la partecipazione allo specifico appalto e, dunque, in relazione all'attestazione SOA concretamente spesa per l'esecuzione e non in assoluto.

Conferma, inoltre, che il principio in questione si applica nel caso di raggruppamenti di tipo orizzontale o misto (per la sub-associazione orizzontale), mentre per i raggruppamenti di tipo verticale ogni concorrente deve possedere i requisiti per la parte di prestazione che intende eseguire.

7.1.1 Principio di corrispondenza.

Sul tema in oggetto, l'Autorità conferma la validità di un indirizzo giurisprudenziale consolidatosi nel corso degli ultimi anni secondo il quale, negli appalti di lavori pubblici, quando partecipi alla procedura un raggruppamento temporaneo di imprese, sussiste un principio di necessaria corrispondenza, rispetto a ciascuna impresa, fra quote di qualificazione, quote di partecipazione al raggruppamento e quote di esecuzione.

Tale principio di corrispondenza, derivante dalla lettura combinata degli articoli 37, comma 13 del Codice e 92, comma 2 del Regolamento, comporta, come conseguenza, l'obbligo per le imprese di dichiarare, già in sede di offerta, le quote di partecipazione al raggruppamento e, quindi, di esecuzione.

Secondo l'Autorità, detto principio assolve ad una finalità di carattere sostanziale, essendo finalizzato a consentire alle stazioni appaltanti di verificare, fin dal momento della gara, che la qualificazione posseduta da ciascuna impresa raggruppata copra la quota di lavori che essa intende eseguire, escludendo, al contempo, partecipazioni fittizie o di comodo, che vanificherebbero l'essenza stessa dell'ATI.

Secondo l'Autorità, in virtù della particolare finalità ad esso sottesa, il principio di corrispondenza deve ritenersi operativo a prescindere dalla sua espressa previsione nel bando. Pertanto, l'indicazione delle quote di partecipazione e di esecuzione, va sempre effettuata da ciascuna impresa raggruppata al momento della presentazione della domanda di partecipazione o dell'offerta, non essendo sufficiente che ciò avvenga in una fase successiva.

Va, altresì, ricordato che il principio di corrispondenza viene generalmente inteso quale limite alla possibilità, per le imprese riunite, di modificare in fase realizzativa le quote di partecipazione al raggruppamento, redistribuendo così le quote di esecuzione dei lavori.

Tale interpretazione è sempre stata criticata dall'Ance, costituendo un'applicazione eccessivamente rigida del principio di corrispondenza, peraltro, non pienamente confermata dal dettato dell'articolo 92, comma 2 del Regolamento.

Come noto, tale norma si limita a prevedere che i lavori devono essere eseguiti dalle imprese associate *“nella percentuale corrispondente alle quote di partecipazione, nel rispetto delle percentuali minime”*.

Ciò premesso, a parere dell'Ance, nulla vieta che la norma possa interpretarsi nel senso che le quote di partecipazione, dichiarate in fase di gara in ossequio al principio di corrispondenza, possano essere successivamente modificate, sempreché la variazione avvenga nel rispetto della qualificazione posseduta da ciascuna impresa e delle percentuali minime previste dalla legge per le ATI orizzontali, al di sotto delle quali non è possibile scendere.

Poiché si tratta di una questione interpretativa estremamente delicata, è quanto mai auspicabile che della stessa torni ad occuparsi l'Autorità in occasione della pubblicazione del bando-tipo riguardante gli appalti di lavori pubblici, nell'ambito del quale è presumibile che vengano trattate, oltre a problematiche legate alla fase della gara, anche temi concernenti la fase esecutiva dei lavori.

7.1.2 Modifiche soggettive in corso di gara.

L'Autorità esamina, al riguardo, il contenuto dei commi 18 e 19 dell'art. 37 del Codice, che contengono l'elencazione tassativa degli eventi patologici che, in caso di Raggruppamenti Temporanei di Imprese, possono legittimare la sostituzione dell'impresa mandataria o di una delle mandanti, rispetto alla composizione del raggruppamento indicata in sede di offerta.

Come noto, si tratta, in particolare, delle ipotesi in cui sopraggiunga il fallimento, la morte, l'interdizione o l'inabilitazione dell'imprenditore nonché dei casi previsti dalla normativa antimafia.

A tale ultimo proposito, l'Autorità richiama, in particolare, l'art. 95 della legge n. 159/2011 (Codice delle leggi antimafia), laddove è prescritto che nel caso in cui un tentativo di infiltrazione mafiosa interessi imprese diverse dalla mandataria, le cause di divieto o sospensione di cui all'art. 67 della medesima legge non operano nei confronti delle altre imprese, laddove si dimostri l'estromissione o la sostituzione dell'impresa in questione prima della stipula del contratto.

Inoltre, secondo l'Autorità, anche al di fuori delle ipotesi espressamente previste dalle norme, è sempre possibile il recesso di un'impresa dal raggruppamento (non l'aggiunta o la sostituzione), a condizione che i componenti rimasti siano in possesso di requisiti di qualificazione adeguati in relazione alle prestazioni oggetto dell'appalto.

Tale posizione, del tutto condivisibile, rispecchia gli orientamenti giurisprudenziali in materia, secondo i quali le modifiche in senso riduttivo dei raggruppamenti temporanei sono ammissibili in quanto non alterano la *par condicio* dei concorrenti.

Tali modifiche, tuttavia, per risultare legittime devono comunque essere originate da esigenze organizzative proprie del raggruppamento e non risultare in alcun modo funzionali ad evitare esclusioni causate da carenza di requisiti in capo al componente che recede.

7.1.3 Raggruppamenti “sovrabbondanti”.

Nella sezione in commento l'Autorità si sofferma diffusamente sulla possibilità dell'inserimento nei bandi della clausola che vieti la partecipazione alla gara di raggruppamenti sovrabbondanti, ossia raggruppamenti di imprese che già singolarmente posseggano i requisiti finanziari e tecnici per partecipare alla gara.

L'Autorità, nell'ambito delle sue valutazioni, cita la normativa che prevedeva la clausola di esclusione dei raggruppamenti sovrabbondanti per i servizi pubblici locali, nonché pronunce giurisprudenziali che si riferiscono comunque ad appalti di servizi. In generale, infatti, per ciò che concerne i lavori pubblici, si ritiene non ammissibile la possibilità dell'inserimento nei bandi di gara di una clausola che limiti la partecipazione ai raggruppamenti sovrabbondanti.

Infatti, la normativa di cui al Codice dei Contratti non consente di introdurre legittimamente clausole che impediscano la costituzione di RTI in cui i partecipanti siano già singolarmente in possesso dei requisiti per partecipare alla gara.

8. Ricorso al subappalto

Sul tema in oggetto, l'Autorità di Vigilanza ricorda che la possibilità di ricorrere al subappalto è subordinata al rispetto delle condizioni di cui all'articolo 118 del Codice che, tra l'altro, impone ai concorrenti di esplicitare in sede di offerta le parti di opera che si intendono subappaltare.

Un'erronea indicazione di queste ovvero la mancanza integrale di indicazione, tuttavia, non possono costituire di per sé causa di esclusione dalla gara, ma mero impedimento all'autorizzazione del subappalto. Viceversa, l'esclusione dalla gara potrà derivare solo nel caso in cui il ricorso al subappalto sia essenziale ai fini dell'esecuzione di una categoria di lavorazione a qualificazione obbligatoria, per la quale l'aggiudicatario non sia qualificato e che, quindi, non possa eseguire in via diretta.

L'Autorità ribadisce, poi, un principio di grande importanza, confermato anche da recente giurisprudenza (C.d.S., sez. V, sent. 19 giugno 2012, n. 3563), consistente nel fatto che, sulla base della vigente normativa, non sussiste alcun obbligo per l'impresa concorrente in gara di indicare, in sede di offerta, i nominativi dei subappaltatori ai quali intende sub-affidare l'esecuzione di parte delle lavorazioni.

La precisazione dell'Autorità, del tutto condivisa dall'Ance, risulta particolarmente opportuna in ragione del fatto che diverse stazioni appaltanti hanno adottato la prassi di inserire tale obbligo nei bandi di gara, a pena di esclusione.

Al riguardo, occorre tenere presente che l'obbligo della preventiva indicazione dei nominativi dei subappaltatori già all'atto dell'offerta era previsto in passato dall'art. 34 della Legge n. 109/1994, per poi essere successivamente eliminato dalla Legge n. 415/1998. Nessuna disposizione successiva ha ripristinato tale previsione, da cui deriva la totale assenza dell'obbligo in questione nella normativa sugli appalti pubblici.

Alla luce delle indicazioni del bando-tipo, dunque, non sembra possibile per le stazioni appaltanti richiedere al concorrente tale indicazione a pena di esclusione, poiché ciò si risolverebbe in una prescrizione ulteriore rispetto a quelle dell'art. 46, comma 1-bis, in quanto tale nulla.

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

Nella sezione in commento viene esaminata l'operatività della disposizione che disciplina il cosiddetto potere/dovere di soccorso istruttorio, di cui all'articolo 46, comma 1, del Codice, attraverso il quale le amministrazioni possano invitare (laddove necessario) i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati o delle dichiarazioni presentati in gara.

Al riguardo, l'Autorità precisa che il soccorso istruttorio deve avvenire nel rispetto della *par condicio competitorum* e, pertanto, :

- non può operare rispetto a documenti *in toto* assenti, ma unicamente rispetto a documenti già presentati, ma incompleti;
- non può essere in alcun modo riferita ad aspetti essenziali della domanda e dell'offerta, incontrando il limite dell'immodificabilità dell'offerta e della perentorietà del termine per la sua presentazione.

Il mancato, inesatto o tardivo adempimento alla richiesta di precisazioni e/o integrazioni documentali costituisce causa di esclusione dalla gara.

10. Disposizioni in materia di presentazione e valutazione delle offerte.

10.1 Varianti in sede di offerta.

In questa sezione l'Autorità si sofferma sulla possibilità di introdurre varianti progettuali in sede di offerta, secondo quanto stabilito dall'art. 76 del Codice dei Contratti.

La norma in commento prevede, infatti, che le varianti possono essere presentate nei casi in cui il criterio di aggiudicazione sia quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, laddove ciò sia stato espressamente autorizzato dalla stazione appaltante nel bando di gara.

Detta norma stabilisce, inoltre, che le stazioni appaltanti possono prendere in considerazione solo le varianti che corrispondano ai requisiti stabiliti negli atti di gara.

A tal proposito, l'Autorità fornisce un elenco di criteri guida per l'applicazione della disciplina sulle varianti, che recepiscono indicazioni formulate dalla giurisprudenza nel corso del tempo e risultano particolarmente utili al fine di supportare le imprese nella individuazione dei confini all'interno dei quali deve essere contenuta la variante migliorativa.

I criteri elencati sono i seguenti:

- a) le varianti possono riguardare le modalità esecutive dell'opera, 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) la proposta tecnica deve essere migliorativa rispetto al progetto base;
- c) l'offerente deve dare contezza delle ragioni che giustificano l'adattamento proposto e le variazioni alle singole prescrizioni progettuali;
- d) l'offerente deve fornire la prova che la variante garantisce l'efficienza del progetto e le esigenze della stazione appaltante sottese alla prescrizione variata;

e) la *lex specialis* deve dettagliare i criteri motivazionali in base ai quali vanno espresse le valutazioni dei vari aspetti che caratterizzano le varianti ai fini della determinazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

I criteri guida in commento, quindi, costituiscono un parametro di riferimento ai fini della corretta strutturazione dell'offerta tecnica nell'ambito del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Essi, inoltre, afferma l'Autorità, consentono di superare la questione relativa alla differenza, profilata da parte della dottrina, tra varianti progettuali, ammesse solo se previste nel bando, e proposte migliorative al progetto, che sarebbero invece sempre ammesse. Si tratta, infatti, di variazioni da ricondurre all'interno di un'unica categoria concettuale, la cui presentazione in sede di offerta può essere o meno autorizzata dalla stazione appaltante.

10.2 Soglia di sbarramento.

Sempre per ciò che concerne l'utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, l'Autorità si sofferma su quanto previsto dall'art. 83, comma 2 del Codice dei Contratti, che prevede la possibilità di stabilire una soglia minima di punteggio da acquisire in ordine a precisi criteri di valutazione (cd. soglia di sbarramento).

In tale caso, il mancato raggiungimento da parte dell'offerta tecnica di un punteggio almeno pari alla soglia minima di sbarramento, preclude l'apertura dell'offerta economica, con conseguente non ammissione del concorrente alle successive fasi della gara.

10.3 Offerte anomale.

Al riguardo, viene precisato che costituisce causa di esclusione:

- la presentazione di un'offerta che risulti anormalmente bassa, a seguito del procedimento di verifica disciplinato agli artt. 87 e 88 del Codice. Si ricorda che, in ogni caso, l'esclusione non può avvenire in assenza di un preventivo contraddittorio con il concorrente, che gli consenta di giustificare ulteriormente l'offerta.
- la presentazione di un'offerta che presenti una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia, individuata ai sensi dell'articolo 86 del Codice, nel caso in cui il bando preveda l'applicazione del criterio del massimo ribasso con esclusione automatica delle offerte anomale. Si ricorda che tale meccanismo non è esercitabile quando le offerte ammesse siano inferiori a 10 e che, in via

transitoria (fino al 31 dicembre 2013), lo stesso può essere utilizzato per appalti di importo compreso fino alla soglia comunitaria.

11. Mancato versamento del contributo all'Autorità.

Al riguardo, l'Autorità chiarisce che il mancato versamento del contributo di cui agli artt. 65 e 67 della Legge n. 266/2005 costituisce causa di esclusione dalla gara. Viceversa, l'inadempimento formale consistente nel versamento secondo modalità diverse da quelle previste dall'Autorità, non può produrre in automatico l'esclusione, in assenza di una verifica circa l'assolvimento effettivo dell'obbligo.

12. Ulteriori ipotesi specifiche previste da norme.

L'autorità riporta un elenco di ulteriori ipotesi di esclusione riconducibili alla violazione di norme, tra le quali si ricorda:

- art. 90, comma 8 del Codice, in tema di incompatibilità tra il ruolo di progettista e quello di appaltatore;
- Art. 111 del Regolamento, in tema di offerta per l'esecuzione di lavori congiunta all'acquisizione di beni immobili, laddove l'offerta non indichi se l'offerente ha interesse ad acquisire anche la proprietà dell'immobile;
- Art. 119 del Regolamento, in tema di aggiudicazione al prezzo più basso determinato mediante offerta a prezzi unitari, laddove non sia rispettate le indicazioni per la formulazione dell'offerta
- Art. 153 del Codice relativo ai requisiti del promotore e dei concessionari
- Art. 160-bis del Codice relativo alla locazione finanziaria di opere pubbliche o di pubblica utilità.
- Art. 160 – ter del Codice relativo al contratto di disponibilità.
- Artt. 186 – 191 del Codice, relativi ai requisiti di qualificazione dei contraenti generali.
- Parte III, Capo III, Sezione V del Codice, riguardante la selezione e qualificazione nei cd. "settori speciali".
- Titolo II, Capo II del d.lgs. 15 novembre 2011 n. 208, relativo ai requisiti negli appalti nel settore della difesa.
- Artt. 95 e 96 del Regolamento, laddove prevedono i requisiti del concessionario e del proponente.

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

1. Indicazioni generali

In questa sezione, l'Autorità si occupa delle ipotesi di esclusione riconducibili alla seconda delle tre macro-categorie di irregolarità sancite dall'articolo 46, comma 1-bis, consistenti nelle violazioni che, seppur non prescritte dalla normativa, causano incertezza assoluta sul contenuto o provenienza dell'offerta per la mancanza di sottoscrizione o di altri elementi essenziali.

In via generale, l'Autorità stabilisce che le stazioni appaltanti devono redigere in modo chiaro la documentazione di gara, evidenziando gli adempimenti richiesti a pena di esclusione, ai fini dell'identificazione dell'offerente e del contenuto dell'offerta. Tali adempimenti, naturalmente, dovranno essere conformi al principio di proporzionalità, in relazione all'oggetto del contratto ed alle finalità dell'offerta.

L'Autorità stabilisce, inoltre, che nell'interpretazione della *lex specialis*, in caso di clausole dubbie o ambigue, debba preferirsi un'interpretazione di tipo letterale al fine di evitare incertezze applicative e tutelare al massimo l'affidamento dei soggetti interessati, nel rispetto dei principi di imparzialità, massima partecipazione alle procedure di gara e del dovere di buona fede nello svolgimento delle trattative.

2. Sottoscrizione dell'offerta.

Per quanto concerne l'argomento in esame, l'Autorità si sofferma sugli adempimenti necessari a ritenere soddisfatto il requisito della sottoscrizione dell'offerta e, conseguentemente, ad individuare quelle carenze o incertezze che potrebbero dar luogo ad un'esclusione dalla gara.

In particolare, si specifica che la sottoscrizione, stante la sua natura di elemento accertativo della provenienza delle informazioni dall'offerente:

- deve essere sempre presente, a pena di esclusione, sia in calce all'offerta tecnica che a quella economica, apposta in originale, anche in forme equipollenti (quali, ad esempio, una sigla unitamente al timbro dell'impresa e alle generalità del legale rappresentante) o in forma elettronica, nel caso di procedure telematiche.
- in caso di raggruppamento, deve essere apposta da tutti i partecipanti.

Si valutano, poi, positivamente, quali misure di semplificazione e riduzione di oneri ingiustificati per le imprese, le precisazioni che escludono la necessità della

sottoscrizione in calce ad ogni pagina dell'offerta e dell'allegazione del documento d'identità anche in relazione alla parte economica e tecnica dell'offerta.

3. Accettazione delle condizioni generali di contratto.

Su questo argomento l'Autorità ritiene legittimo prescrivere, a pena di esclusione, l'accettazione delle condizioni contrattuali contenute nella documentazione di gara, fatta comunque salva la facoltà dell'esecutore di esprimere riserve in fase di esecuzione del contratto, nei limiti e nei modi stabiliti dal legge.

A titolo esemplificativo, l'Autorità prevede che sia legittimo richiedere ai concorrenti *"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 influire sulla determinazione dei prezzi e sull'esecuzione dell'opera, anche a fronte di eventuali maggiorazioni di costi che dovessero intervenire per lievitazione dei prezzi durante l'esecuzione e la rinuncia a qualsiasi azione o eccezione in merito, avendo tenuto conto di tutto ciò nella determinazione dei prezzi offerti e dei modi e tempi di esecuzione".*

La formulazione letterale suggerita dall'Autorità impone alcune precisazioni in merito agli effetti derivanti, sul piano concreto, dalla rinuncia a qualsiasi azione o eccezione a fronte di eventuali maggiorazioni di costi che dovessero verificarsi in fase esecutiva.

E' da ritenere, infatti, che la dichiarazione sopra indicata non possa precludere la possibilità per l'appaltatore di formulare riserve o avviare azioni giurisdizionali per avanzare pretese economiche derivanti da fatti e circostanze non rilevabili o non presumibili, con l'uso della diligenza richiesta dal caso, in sede di offerta. Va ricordato, tuttavia, che, per effetto delle modifiche recentemente introdotte all'articolo 240-bis del Codice, le riserve non possono comunque riguardare aspetti progettuali oggetto di validazione.

Inoltre, la dichiarazione non può in alcun modo ritenersi preclusiva della possibilità di avanzare richieste di adeguamento del corrispettivo d'appalto, per aumento dei prezzi dei materiali, in conformità alla disciplina di cui all'articolo 133, commi 4-7 del Codice, che è comunque pienamente operativa ed applicabile.

L'Autorità menziona, a titolo esemplificativo, anche l'accettazione, a pena di esclusione, di clausole derivanti da Protocolli di Legalità sottoscritti dalla

Stazione appaltante, trattandosi di strumenti posti a tutela di interessi sovraordinati, quali la pubblica sicurezza e la lotta alle infiltrazioni mafiose.

Al riguardo si ritiene opportuno segnalare che i Protocolli di legalità costituiscono senz'altro strumenti di tutela particolarmente importanti. Tuttavia, contenendo prescrizioni piuttosto stringenti e rigorose, sarebbe opportuno che le stesse venissero chiaramente esplicitate nei bandi di gara, trattandosi di clausole fortemente condizionanti la fase esecutiva che è opportuno che i concorrenti conoscano dettagliatamente.

4. Offerte condizionate e plurime.

Secondo l'Autorità, sono da ritenersi inammissibili le offerte condizionate e/o plurime, le prime in quanto riconducibili all'ipotesi di incertezza sul contenuto dell'offerta, le seconde, in quanto espressamente vietate dal Codice dei Contratti che, all'articolo 11 comma 6, prevede il divieto di presentare più di un'offerta.

Inoltre, qualunque sia il criterio di aggiudicazione indicato, non possono ammettersi offerte in aumento rispetto al prezzo posto a base di gara.

5. Cauzione provvisoria.

Per quanto concerne i settori ordinari, si afferma la natura prescrittiva delle disposizioni contenute nell'art. 75 del Codice, con la conseguenza che la cauzione presentata all'atto d'offerta deve essere completa di tutti gli elementi e rispettosa di tutte le condizioni in essa prescritte, costituendo idonea causa d'esclusione, dunque, la mancata presentazione della cauzione provvisoria o la presentazione di una cauzione non conforme a quanto previsto dalla norma.

In particolare, si ribadisce che, a pena d'esclusione, la cauzione deve essere parametrata all'importo complessivo dei lavori, inclusi gli oneri per la sicurezza o, in caso di appalto integrato, degli oneri inerenti la progettazione.

Per quanto concerne i settori speciali, si ricorda che, pur non essendo tenuti all'osservanza dell'articolo 75, gli enti aggiudicatori possono disporre l'applicazione nella *lex specialis* di gara ove ritenuto opportuno e congruente con l'oggetto del contratto, con la conseguenza che, in tal caso, le prescrizioni in esso riportate contribuiranno a definire l'ammissibilità dell'offerta.

Sia per quanto concerne i settori speciali che i settori ordinari, la presentazione di una cauzione d'importo deficitario è da considerarsi motivo d'esclusione, pena

la violazione della parità di trattamento tra i concorrenti. Unica possibilità di regolarizzazione, secondo le modalità del soccorso istruttorio di cui all'articolo 46, comma 1, è quella di evidente errore formale, inidoneo di per sé ad incidere sulla parità di trattamento tra concorrenti.

Tale affermazione desta perplessità dal momento che si condivide l'orientamento della più recente giurisprudenza secondo il quale la presentazione di una cauzione provvisoria incompleta è ipotesi diversa da quella della totale assenza della stessa e, pertanto, in virtù del principio di tassatività delle cause di esclusione, andrebbe piuttosto considerata quale irregolarità sanabile dal concorrente, prima di poter procedere all'esclusione (*Tar Veneto, sent. n. 1350/2011*).

Quanto al beneficio del dimezzamento della cauzione a fronte del possesso di Certificazione del sistema di qualità rilasciata, da organismi accreditati, l'Autorità interviene a chiarire che detta certificazione deve essere già posseduta al momento della presentazione dell'offerta.

Inoltre, si ricorda che il possesso di detta certificazione è obbligatorio in caso attestazione SOA per classifiche superiori alla II e, pertanto, in tali casi, l'importo della cauzione è da ritenersi sempre dimezzato.

Tuttavia, nel caso in cui la certificazione di qualità risulti scaduta all'atto d'offerta, ciò comporta la necessaria esclusione del concorrente che abbia presentato una cauzione d'importo dimezzato.

Al riguardo si ritiene, tuttavia, opportuno chiarire che l'intervenuta scadenza della certificazione di qualità non inficia la validità dell'attestazione SOA nella categoria oggetto di qualificazione, valendo solo come limite all'efficacia della stessa, con la conseguenza che l'attestazione sarà spendibile unicamente per lavori d'importo massimo pari alla seconda classifica.

Oltre all'esclusione derivante dalla mancata presentazione della cauzione provvisoria o dalla presentazione di una cauzione di importo errato (fatto salvo l'errore formale), l'Autorità ricorda che l'esclusione può derivare anche dalla presentazione di una cauzione:

- non contenente la rinuncia al beneficio della preventiva escussione e l'operatività a semplice richiesta scritta della stazione appaltante;
- non conforme alle modalità consentite (fideiussione bancaria o assicurativa o rilasciata da intermediari autorizzati);
- con validità inferiore ai 180 giorni o al periodo stabilito dal bando;

- sprovvista di indicazione del soggetto garantito che, in caso di ATI costituenda, devono essere tutte le imprese associate;
- non sottoscritta dal garante ovvero non sottoscritta in forma autentica, laddove sia espressamente richiesto nel bando;
- non contenente l'impegno del fideiussore a prestare garanzia definitiva.

6. Mancata effettuazione del sopralluogo.

La mancata effettuazione del sopralluogo è idonea a cagionare l'esclusione dalla gara in quanto, ad avviso dell'Autorità, costituisce sia la violazione di una prescrizione regolamentare (art. 106 DPR 207/2010), sia una carenza di un elemento essenziale dell'offerta, in quanto necessario ad assicurare che il concorrente abbia piena contezza delle condizioni di esecuzione del contratto.

Pertanto, la mancata effettuazione del sopralluogo è causa di esclusione dalla gara, pur nell'assenza di una specifica indicazione normativa in tal senso.

L'Autorità precisa, altresì, che le stazioni appaltanti sono tenute ad indicare chiaramente nella *lex specialis* di gara quali soggetti debbano effettuare il sopralluogo, consentendo alle imprese - per favorire la partecipazione alle gare e limitare le spese connesse - di delegare detto adempimento a soggetti diversi dal legale rappresentante o direttore tecnico, purché dipendenti del concorrente.

Al riguardo, va segnalato che l'Autorità sembra aver allargato, rispetto a quanto sancito dall'articolo 106, comma 2 del Regolamento, il novero dei soggetti che possono, in via diretta e cioè in assenza di delega, effettuare il sopralluogo, inserendo accanto al legale rappresentante anche il direttore tecnico risultante dal certificato SOA.

Si tratta di una estensione importante e senz'altro positiva per le imprese partecipanti alle gare, che, probabilmente, trova la sua *ratio* nel ruolo svolto da tale figura professionale all'interno dell'impresa.

Va ricordato, infatti, che ai sensi dell'articolo 87 del Regolamento generale, il direttore tecnico, cui competono tutti gli adempimenti tecnico-organizzativi finalizzati alla realizzazione dei lavori, qualora diverso dal titolare dell'impresa o dal legale rappresentante, deve essere dipendente dell'impresa stessa o in possesso di contratto d'opera professionale regolarmente registrato; questi, in ogni caso, non può svolgere analogo incarico per conto di altre imprese e, a tal fine, deve produrre una dichiarazione di unicità di incarico.

Si tratta, quindi, di una figura professionale che, anche in caso di rapporto di lavoro non subordinato ma autonomo, risulta strettamente legato all'impresa, per la quale svolge il proprio incarico in via esclusiva. Tali caratteristiche hanno evidentemente indotto l'Autorità a ritenere tale soggetto legittimato in via diretta all'espletamento dell'attività di sopralluogo, al pari di quanto previsto dall'articolo 106 per il legale rappresentante dell'impresa.

Ad avviso dell'Autorità, è altresì consentita la delega plurima ad un unico soggetto da parte di più imprese appartenenti allo stesso raggruppamento, anche se non costituito.

Non comporta, invece, l'esclusione dalla gara la mancata allegazione all'offerta della dichiarazione di effettuato sopralluogo. In tal caso, infatti, la sanzione dell'esclusione si rivelerebbe sproporzionata a fronte di un sopralluogo materialmente effettuato, essendo oltretutto la dichiarazione un documento rilasciato dalla medesima amministrazione procedente che, dunque, può verificare la materiale sussistenza del requisito.

Parte III - Irregolarità concernenti gli adempimenti formali di partecipazione alla gara.

In questa sezione, l'Autorità si occupa delle ipotesi di esclusione riconducibili all'ultima macro-categoria di esclusioni sancite dall'articolo 46, comma 1-bis, consistenti nelle irregolarità connesse alla chiusura dei plichi o alla loro integrità, tali da violare il principio di segretezza delle offerte o da determinare assoluta incertezza sulla provenienza della stessa.

Le specifiche introdotte dall'Autorità di Vigilanza sono particolarmente apprezzabili, in quanto indicano regole chiare contribuendo così ad evitare esclusioni motivate da inadempienze meramente formali, anche in considerazione dei costi e degli oneri che la presentazione di un'offerta comporta.

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

Quanto alle modalità di presentazione delle domande di partecipazione e delle offerte si indicano gli adempimenti formali volti ad evitare l'esclusione dalla gara.

In particolare, per quanto concerne il plico esterno contenente la documentazione, sarà necessario apporre su di esso il chiaro riferimento alla gara cui si intende concorrere, costituendo causa d'esclusione anche

un'indicazione errata o generica. E' altresì disposta la necessaria sigillatura del plico; al riguardo, si specifica che per sigillatura deve intendersi una chiusura ermetica tale da attestare l'autenticità delle chiusure originarie del plico, impedendo o rendendo evidenti eventuali manomissioni. Inoltre, è possibile per l'amministrazione richiedere nel bando l'eventuale apposizione di controfirma sui lembi di chiusura del plico e delle buste.

Quanto al contenuto del plico, si sottolinea che le singole buste interne, contenenti l'offerta economica e l'offerta tecnica, devono riportare l'indicazione del relativo contenuto, in modo da poterle distinguere; non è invece necessario riprodurre su ogni busta interna, nonché su ciascun documento componente l'offerta, i riferimenti relativi alla gara, essendo sufficiente che tali riferimenti siano presenti sul plico esterno. Inoltre, in caso di divisione in lotti con possibilità di aggiudicazione di un singolo lotto, l'offerta economica deve essere redatta separatamente per ogni lotto.

L'Autorità precisa, infine, che resta salva la facoltà per le stazioni appaltanti di rilevare, nei singoli casi concreti, le ulteriori specifiche circostanze che inducano a ritenere violato il principio di segretezza delle offerte, con conseguente motivata esclusione del concorrente.

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

L'Autorità indica, altresì, come necessaria la separazione dell'offerta tecnica dall'offerta economica, sia attraverso la separazione fisica delle offerte in buste differenti, sia attraverso l'inserimento degli elementi concernenti il prezzo esclusivamente all'interno dell'offerta economica.

Tale regola di separazione è conforme ad un consolidato principio giurisprudenziale e risponde all'esigenza di garantire un ordinato svolgimento della gara, attraverso la preventiva valutazione dell'offerta tecnica, che deve avvenire in un clima sereno e scevro da condizionamenti derivanti da una conoscenza anticipata della componente economica dell'offerta.

3. Modalità di presentazione delle dichiarazioni sostitutive.

L'assenza di sottoscrizione della dichiarazione sostitutiva presentata in gara costituisce causa di esclusione.

Nell'affermare ciò, l'Autorità fa riferimento quanto stabilito agli articoli 46 e 47 del DPR 445/2000 in materia di documentazione amministrativa, specificando che, poiché la sottoscrizione costituisce fonte di responsabilità anche penale, in caso di falso, la sua assenza priva l'atto di un elemento essenziale e, dunque, lo

rende inidoneo a venire in esistenza in relazione alla funzione cui è destinato. Pertanto, l'autodichiarazione priva di sottoscrizione è insuscettibile di successiva sanatoria, pena la violazione della *par condicio competitorum*.

Non costituiscono, invece, requisiti essenziali ai fini della validità della dichiarazione, l'indicazione della data di rilascio della stessa, comunque individuabile nella data di scadenza delle offerte, il richiamo alle sanzioni penali previste in caso di dichiarazioni mendaci, nonché l'apposizione, in caso di dichiarazione comprendente una pluralità di fogli separati, di un'unica sottoscrizione nell'ultima pagina.

L'allegazione di copia di documento d'identità costituisce, invece, un elemento essenziale, in quanto prova non solo delle generalità del dichiarante ma soprattutto della riferibilità allo stesso delle dichiarazioni rese, fatta salva la possibilità di produrre in un momento successivo un documento di identità valido in luogo di quello scaduto.

Non è, invece, ritenuto necessario allegare una copia del documento d'identità per ciascuna dichiarazione resa, ritenendosi sufficiente a provare l'imputabilità delle dichiarazioni al soggetto dichiarante la presenza di una sola copia del documento inserita nel plico d'offerta.

La dichiarazione sostitutiva deve, inoltre, avere il carattere della completezza, correttezza e veridicità.

Utilizzo di moduli predisposti dalla stazione appaltante.

L'Autorità precisa che l'utilizzo di moduli predisposti dalla stazione appaltante non può essere imposto a pena d'esclusione, fatto salvo il caso di offerta a prezzi unitari, in conformità a quanto sancito dall'articolo 74, comma 3 del Codice appalti..

Ricorda, inoltre, che ai sensi del comma 2-bis dell'articolo 74 le stazioni appaltanti richiedono, di norma, l'utilizzo di moduli di dichiarazione sostitutiva dei requisiti di partecipazione di ordine generale e, per gli appalti di lavori di importo pari o inferiore a 150.000 euro, dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi.

In ogni caso, nell'ipotesi in cui la stazione appaltante abbia richiesto moduli per l'attestazione di requisiti di partecipazione, eventuali omissioni in esso contenute non possono riverberarsi a danno dei concorrenti che hanno fatto affidamento sulla correttezza del modello predisposto dall'amministrazione.

Mezzi di comunicazione tra operatori economici e stazione appaltante.

L'Autorità precisa che la previsione contenuta nell'articolo 77 del Codice, che rimette alle stazioni appaltanti la libertà di scegliere i mezzi di comunicazione per lo scambio di informazioni con i concorrenti, deve essere attuata nel rispetto dei principi di proporzionalità, riservatezza, ragionevolezza e non discriminazione.

Ricorda, inoltre, che ai sensi del comma 5-quinquies dell'articolo 79 del Codice, il bando di gara deve prevedere l'obbligo per i concorrenti di indicare in sede di offerta il domicilio eletto per le comunicazioni e può altresì obbligare l'indicazione dell'indirizzo di posta elettronica o il numero di fax ai fini dell'invio delle comunicazioni stesse.

Al riguardo, si chiarisce che, mentre l'indicazione del domicilio è da intendersi essenziale per l'identificazione del concorrente e della provenienza della offerta, e la sua mancanza è idonea a causare l'esclusione del concorrente, diversamente deve ritenersi circa l'indicazione del numero di fax o dell'indirizzo di posta elettronica, la cui assenza comporta solo l'esonero da responsabilità della stazione appaltante per le comunicazioni non effettuate o non pervenute.