



Nota illustrativa

Bando tipo n. 1/2021

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

[Aggiornata al Decreto della Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento delle pari opportunità, del 7 dicembre 2021 e al decreto legge 27 gennaio 2022, n. 4, convertito con legge n. 25 del 28 marzo 2022].

Premessa.....	3
1. Il bando tipo per l'affidamento di contratti di servizi e forniture: aspetti generali.....	5
2. La tassatività delle cause di esclusione e il soccorso istruttorio	5
3. Prescrizioni per la prevenzione dell'illegalità e della corruzione.....	7
4. Le premesse al Disciplinare tipo.....	9
5. La piattaforma telematica (articolo 1 Disciplinare)	9
6. Documentazione di gara, chiarimenti e comunicazioni (articolo 2 Disciplinare).....	10
7. Oggetto dell'appalto, importo e suddivisione in lotti (articolo 3 Disciplinare).....	11
8. Durata dell'appalto, opzioni e rinnovo (articolo 3 Disciplinare).....	14
9. Soggetti ammessi in forma singola e associata e condizioni di partecipazione (articolo 4 Disciplinare).....	16
10. Requisiti generali (articolo 5 Disciplinare).....	16
11. Requisiti speciali e mezzi di prova (articolo 6 Disciplinare)	18
12. Avalimento (articolo 7 Disciplinare).....	20
13. Subappalto (articolo 8 Disciplinare).....	21
14. Garanzia provvisoria (articolo 9 Disciplinare).....	22
15. Sopralluogo (articolo 10 Disciplinare)	23
16. Pagamento in favore dell'Autorità (articolo 11 Disciplinare).....	24
17. Modalità di presentazione dell'offerta e sottoscrizione dei documenti di gara (articolo 12 Disciplinare).....	25
18. Soccorso istruttorio (articolo 13 Disciplinare).....	26
19. Domanda di partecipazione e documentazione amministrativa (articolo 14 Disciplinare)	26
20. Offerta tecnica (articolo 15 Disciplinare).....	27
21. Offerta economica (articolo 16 Disciplinare).....	28
22. Criterio di aggiudicazione (articolo 17 Disciplinare).....	28
23. Commissione giudicatrice (articolo 18 Disciplinare)	32
24. Svolgimento delle operazioni di gara (articolo 19 Disciplinare)	32
25. Verifica documentazione amministrativa (articolo 20 Disciplinare).....	33
26. Valutazione delle offerte tecniche ed economiche (articolo 21 Disciplinare).....	34
27. Verifica di anomalia delle offerte (articolo 22 Disciplinare).....	35
28. Aggiudicazione dell'appalto e stipula del contratto (articolo 23 Disciplinare).....	36
29. Obblighi relativi alla tracciabilità dei flussi finanziari (articolo 24 Disciplinare)	36
30. Clausola sociale e altre condizioni di partecipazione (articolo 25 Disciplinare)	37
31. Codice di comportamento (articolo 26 Disciplinare)	38
32. Accesso agli atti (articolo 27 Disciplinare)	38
33. Definizione delle controversie (articolo 28 Disciplinare).....	39
34. Trattamento dei dati personali (articolo 29 Disciplinare)	39

Premessa

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

In attuazione di tali disposizione l'Autorità ha deciso di adottare un bando tipo (di seguito anche Disciplinare tipo o solo Disciplinare) per procedura aperta, svolta totalmente con sistemi telematici, per l'affidamento di contratti pubblici di servizi e forniture nei settori ordinari sopra soglia comunitaria con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo così perseguendo l'obiettivo di fornire alle stazioni appaltanti uno strumento a garanzia di efficienza, standard di qualità dell'azione amministrativa e omogeneità dei procedimenti (articolo 213 del Codice). Si tratta, invero, di un disciplinare di gara, che presenta aspetti di complessità maggiore rispetto ad un mero bando di gara, venendo a disciplinare tutta la procedura di scelta del contraente.

Il Disciplinare prende in considerazione la sola procedura aperta di cui all'articolo 60 del Codice, con applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità prezzo, di cui all'articolo 95, comma 2, Codice, svolta interamente con l'ausilio di sistemi informatici, per evidenti ragioni di semplificazione, di ricorrenza tipologica e per rispondere a esigenze di utilità pratica per le stazioni appaltanti. Nel caso in cui la stazione appaltante intenda utilizzare come criterio di aggiudicazione quello del prezzo più basso, potrà opportunamente adattare il modello proposto dall'Autorità, senza necessità di motivare le ragioni delle deroghe alle clausole ivi contenute. Allo stesso modo il Disciplinare potrà essere utilizzato anche dagli enti aggiudicatori che operano nei settori special, per i quali quest'ultimo non è vincolante, nei limiti di compatibilità con la disciplina dei suddetti settori, al fine di ottenere una maggiore standardizzazione dei bandi di gara.

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

Il Disciplinare, che aggiorna e sostituisce il Bando tipo n. 1, recepisce le diverse modifiche introdotte al Codice ad opera, in particolare, del decreto legge n. 32/19, convertito in legge n. 55/19, del decreto legge n. 76/20 convertito in legge n.120/20 e del decreto legge n.77/21, convertito in legge n. 108/21, nonché le specifiche disposizioni dettate dal decreto della Presidenza del Consiglio dei ministri n. 148/21 in materia di digitalizzazione delle procedure telematiche, gli orientamenti più consolidati e aggiornati della Corte di Giustizia, della Commissione Europea, dell'ANAC e del Consiglio di Stato. Lo stesso, inoltre, tiene conto sia degli importanti contributi pervenuti in fase di consultazione sia della necessità di armonizzare la disciplina dei contratti pubblici con quella dettata in materia di trasparenza, prevenzione della corruzione e semplificazione.

Il Disciplinare recepisce, altresì, le indicazioni contenute nelle linee guida di cui al Decreto della Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento delle pari opportunità del 7 dicembre 2021 (Adozione delle linee guida volte a favorire la pari opportunità di genere e generazionali, nonché l'inclusione lavorativa delle persone con disabilità nei contratti pubblici finanziati con le risorse del PNRR e del PNC, pubblicato nella GU del 30 dicembre 2021, n. 309), adottato in attuazione dell'articolo 47, comma 8, del decreto-legge n. 77 del 31 maggio 2021, n. 77, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 luglio 2021, n. 108 (Governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle normative), nonché le previsioni contenute all'articolo 29, comma 1, lettera a) decreto legge 27 gennaio 2022, n. 4, convertito con legge n. 25 del 28 marzo 2022, relative

all'obbligo dell'inserimento nei documenti di gara delle clausole di revisione dei prezzi di cui all'articolo 106, comma 1, lettera a), primo periodo del Codice dei contratti pubblici).

Il Disciplinare richiama, inoltre, le Linee guida dell'AgID. Più esattamente, tenendo conto anche degli specifici aspetti disciplinati dal citato decreto n. 148/21, occorre considerare:

- a) per gli aspetti di cui all'articolo 3 del decreto (Accesso digitale al sistema telematico e caratterizzazione dei profili), le Linee guida contenenti regole tecniche per la sottoscrizione elettronica di documenti ai sensi dell'articolo 20 del CAD e le Linee guida per il rilascio dell'identità digitale per uso professionale;
- b) per gli aspetti di cui all'articolo 4 del decreto (Comunicazioni e scambi di informazioni in modalità digitale), le Linee guida dell'Indice nazionale dei domicili digitali delle persone fisiche, dei professionisti e degli altri enti di diritto privato non tenuti all'iscrizione in albi, elenchi o registri professionali o nel registro delle imprese; le Linee guida dell'indice dei domicili digitali delle pubbliche amministrazioni e dei gestori di pubblici servizi; le Linee guida contenenti le regole tecniche e raccomandazioni afferenti la generazione di certificati elettronici qualificati, firme e sigilli elettronici qualificati e validazioni temporali elettroniche qualificate; le Linee guida contenenti regole tecniche per la sottoscrizione elettronica di documenti ai sensi dell'art. 20 del CAD;
- c) per gli aspetti dell'articolo 7 del decreto (Gestione digitale e conservazione della documentazione di gara), le Linee Guida sulla formazione, gestione e conservazione dei documenti informatici e relativi allegati (la documentazione è consultabile al seguente link <https://www.agid.gov.it/it/linee-guida>).

Il Disciplinare, infine, rinvia in più articoli alle linee guida già adottate dall'ANAC e, in particolare, alle Linee guida 21 settembre 2016, n. 2, recante "*Offerta economicamente più vantaggiosa*"; alle Linee guida 26 ottobre 2016, n. 3, recante "*Nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento di appalti e concessioni*" e alle Linee guida 13 febbraio 2019 n. 13 recante "*La disciplina delle clausole sociali*". Nelle more dell'adozione del Regolamento unico di attuazione del Codice di cui all'articolo 216, comma 27-octies, del Codice, (disposizione introdotta dal decreto legge n. 32/19), le predette linee guida devono considerarsi efficaci nei limiti di compatibilità con le nuove disposizioni del Codice e in quanto non oggetto delle procedure di infrazione nn. 2017/2090 e 2018/2273. Una volta adottato e entrato in vigore il suddetto Regolamento, le Linee guida n. 3 cesseranno di avere efficacia e le stazioni appaltanti dovranno fare riferimento alle disposizioni contenute nel Regolamento. Le Linee guida n. 2/2016 e n. 13/2018 continueranno, invece, ad essere efficaci anche dopo l'entrata in vigore del Regolamento in quanto sono state adottate ai sensi dell'articolo 213, comma 2, del Codice e tale disposizione non è stata modificata dal decreto legge n. 32/2019. Come indicato dal Comunicato del Presidente dell'ANAC del 15 luglio 2019, a seguito della sospensione dell'efficacia dell'articolo 77, comma 3, del Codice ad opera del decreto legge 32/19, è da ritenersi sospesa anche l'efficacia delle Linee guida 16 novembre 2016, n. 5, recante "*Criteri di scelta dei commissari di gara e di iscrizione degli esperti nell'albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici*" (la documentazione è consultabile al seguente link <https://www.anticorruzione.it/consulta-i-documenti>).

Il Disciplinare è corredato sia dalla presente Nota illustrativa che fornisce istruzioni circa le modalità di compilazione e ne descrive le caratteristiche, con particolare riguardo alle parti vincolanti e a quelle facoltative, tenendo conto delle disposizioni in materia di regolarizzazione documentale introdotte dal Codice, sia dalla Relazione AIR, che dà conto, in particolare, degli obiettivi perseguiti e delle ragioni delle scelte regolatorie effettuate dall'Autorità a seguito delle osservazioni pervenute in fase di consultazione.

L'adozione del Disciplinare consente di considerare definitivamente superato il modello recato dal Bando tipo n. 1, conseguentemente le stazioni appaltanti che vorranno ancora procedere con procedure di gara non digitalizzate dovranno modificare le clausole del nuovo Bando tipo incompatibili con lo svolgimento di una gara mediante i sistemi tradizionali (ossia cartacei), motivando le ragioni della deroga al Bando tipo e del mancato ricorso a strumenti telematici.

1. Il bando tipo per l'affidamento di contratti di servizi e forniture: aspetti generali

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

Le clausole del Disciplinare tipo sono vincolanti per le stazioni appaltanti, fatte salve le parti appositamente indicate come "facoltative o alternative", per le quali è espressamente consentita dal modello stesso una flessibilità applicativa. Il modello proposto contempla, infatti, previsioni che – secondo la normativa vigente – devono essere obbligatoriamente presenti nella documentazione di gara, queste ultime rappresentano il contenuto necessario del Disciplinare tipo, ai sensi dell'articolo 71 del Codice e del relativo Allegato XII. Nei limitati casi in cui le stazioni appaltanti lo ritengano necessario, sono consentite eventuali deroghe alle clausole obbligatorie, purché le previsioni introdotte dalle stazioni appaltanti non siano in contrasto con la normativa vigente e siano adeguatamente motivate nella delibera a contrarre (articolo 71, ultimo periodo, del Codice).

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

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

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

Il Disciplinare contempla precise e tassative cause di esclusione sulla base di quanto previsto dal Codice e dalle leggi vigenti, anche in considerazione dell'elaborazione giurisprudenziale intervenuta nel tempo, ed evidenzia le stesse utilizzando l'espressa formula "a pena di esclusione". L'inserimento nei documenti di gara di ulteriori cause di esclusione, rispetto a quelle previste dal Codice e dalle leggi vigenti, è sanzionato dal Codice con la nullità della clausola stessa, senza che sia inficiato l'intero atto (articolo 83, comma 8, ultimo periodo, del Codice). La norma da ultimo richiamata prevede, infatti, che «*I bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal presente codice e da altre disposizioni di legge vigenti. Dette prescrizioni sono comunque nulle*»

Il Disciplinare di gara, inoltre, in conformità a quanto disposto dall'articolo 83, comma 9, del Codice, regola l'istituto del soccorso istruttorio, al fine di evitare che irregolarità e carenze meramente formali possano pregiudicare gli operatori economici più meritevoli, anche nell'interesse della stazione appaltante, che potrebbe perdere l'opportunità di contrarre con l'offerente migliore per vizi emendabili. Nell'intento di fornire una guida quanto più possibile esente da incertezze, il Disciplinare promuove un'identificazione chiara delle clausole escludenti e della relativa sanabilità, alla luce del soccorso istruttorio, fermo restando che le circostanze del caso concreto potrebbero comportare una differente declinazione delle fattispecie e dei rimedi connessi alle diverse carenze, irregolarità e omissioni.

La norma in esame è espressione dei principi di *favor participationis* e concorrenza, da un lato, e *par condicio* tra i concorrenti, dall'altro, e recepisce il Considerando n. 84 e l'articolo 56 della direttiva 24/2014/UE, e, pertanto, trova

applicazione anche nel caso in cui la stazione appaltante intenda avvalersi della deroga di cui all'articolo 2, comma 4, del decreto legge n. 76/20 per l'affidamento dei contratti ivi espressamente contemplati. Più esattamente la disposizione in parola prevede che le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio. Tale procedura può essere attivata in caso di mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del Documento di Gara Unico Europeo (in seguito, anche DGUE), con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica. Costituiscono irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa.

Considerata la ratio dell'istituto (vale a dire evitare esclusioni per carenze non corrispondenti a interessi sostanziali) e il tenore letterale della disposizione in esame si ritiene che l'espressione "elementi", giustapposta al separato richiamo del DGUE, sia da intendere onnicomprensiva e quindi inclusiva anche di tutti quegli elementi a corredo della domanda di partecipazione, che, entro alcuni limiti e, soprattutto, nel rispetto del principio di parità di trattamento, segretezza delle offerte e perentorietà del termine di presentazione delle medesime, possono essere sanati. L'irregolarità essenziale, pertanto, è sanabile laddove non si accompagni ad una carenza sostanziale del requisito, della condizione, o dell'elemento a corredo della domanda alla cui dimostrazione la documentazione omessa o irregolarmente prodotta era finalizzata. La successiva correzione o integrazione documentale è ammessa laddove quest'ultima consenta di attestare l'esistenza del requisito, della condizione, o dell'elemento a corredo della domanda già al momento della presentazione dell'offerta. Diversamente, il mancato possesso dei prescritti requisiti (condizioni o elementi) non è, infatti, mai sanabile mediante soccorso istruttorio e determina l'esclusione dalla procedura di gara (si veda la Sentenza del Consiglio di Stato, 2 marzo 2017, n. 975). Trattandosi di gare informatiche dove il particolare meccanismo di accesso alla piattaforma di gestione della gara attraverso specifiche e personali credenziali consente di imputare al concorrente accreditato tutta la documentazione caricata e/o compilata sul proprio profilo e trasmessa alla stazione appaltante, si ritiene sanabile anche il difetto di sottoscrizione della domanda di partecipazione, del DGUE, delle dichiarazioni richieste e dell'offerta.

Sotto il profilo procedimentale, al fine di consentire al concorrente la regolarizzazione e/integrazione della propria documentazione, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine non superiore a dieci giorni per provvedere, indicando cosa integrare e/o regolarizzare. Decorso tale termine, senza che il concorrente abbia provveduto, la stazione appaltante procede all'esclusione, ai sensi dell'articolo 83, comma 9, del decreto legislativo n. 50 del 2016 (sulla perentorietà del termine assegnato dalla stazione appaltante si veda Consiglio di Stato, Sezione V, 16.01.2020 n. 399 e 29.5.2019, n. 3592). Sebbene l'articolo 83, comma 9, del Codice non individui un termine minimo per l'integrazione/regolarizzazione da parte del concorrente, si evidenzia l'opportunità che il termine assegnato, comunque non superiore a dieci giorni, sia adeguato a consentire la regolarizzazione e proporzionato al numero e alla natura delle irregolarità riscontrate (si veda TAR Abruzzo, Sezione I, 16.01.2020 n. 8; Consiglio di Stato, Sezione V, 27.1.2021, n. 804).

In considerazione del fatto che il concorrente potrebbe produrre dichiarazioni o documenti non perfettamente coerenti con la richiesta della stazione appaltante, il Disciplinare riconosce a quest'ultima la facoltà di richiedere ulteriori precisazioni o chiarimenti. Tale facoltà deve intendersi limitata alla documentazione presentata in fase di soccorso istruttorio.

Il Codice non indica la modalità di comunicazione di attivazione del soccorso istruttorio né al riguardo vi sono prescrizioni specifiche nel Decreto della Presidenza del Consiglio dei Ministri n. 148/21. La questione è oggetto di un ampio dibattito in giurisprudenza che ha visto fronteggiarsi due opposti orientamenti: da un lato, specie nelle gare gestite mediante sistema informatico, si sostiene che non sussisterebbe l'obbligo di trasmettere via Pec le richieste rivolte ai concorrenti ai fini del soccorso istruttorio (Consiglio di Stato, V, 9 novembre 2020, n. 6852; T.A.R. Lazio, II, 9 agosto 2019, n. 10499); dall'altro, si ritiene che la richiesta di soccorso istruttorio dovrebbe avvenire mediante Pec, imponendo degli incumbenti il cui mancato rispetto comporta come sanzione l'esclusione dalla gara (Consiglio di Stato, Sezione V, 31 agosto 2021, n. 6132, T.A.R. Toscana, III, 26 aprile 2017, n. 609, T.A.R. Lazio, III, 30 gennaio 2019, n. 1192,).

Al riguardo il Disciplinare ritiene ammissibile entrambe le soluzioni prospettate in giurisprudenza e, quindi, disciplina la

fattispecie de qua all'articolo 2.3. prevedendo due clausole tra di esse alternative, che, da un lato, tengono conto del dibattito sopra riportato e, dall'altro, della previsione dell'articolo 4, del citato decreto n. 148/21, secondo cui "Le comunicazioni e gli scambi di informazioni tra gli utenti e il sistema telematico che necessitano di una ricevuta di invio e di una ricevuta di consegna, tra i quali i messaggi di avviso e di notifica, avvengono utilizzando il domicilio digitale presente negli indici di cui agli articoli 6-bis e 6-ter del CAD o, per gli operatori economici transfrontalieri, attraverso un indirizzo di servizio elettronico di recapito certificato qualificato ai sensi del regolamento eIDAS, nel rispetto di quanto previsto dall'articolo 52 del codice. Se l'utente non è presente negli indici di cui al comma 1, il sistema telematico consente all'utente di eleggere domicilio digitale speciale presso il sistema stesso".

A fronte della disciplina consolidata sul soccorso istruttorio, si deve anche rilevare che l'utilizzo di sistemi telematici evoluti dovrebbe consentire di superare almeno una delle cause di ricorso all'istituto del soccorso istruttorio, ovvero la mancanza delle dichiarazioni o della documentazione richiesta nel disciplinare di gara. Tali sistemi, infatti, dovrebbero impedire la presentazione dell'offerta, se non sono rese tutte le dichiarazioni previste o se non è presentata tutta la documentazione richiesta.

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

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

Il Disciplinare, innanzitutto, contempla tra la documentazione di gara i patti di integrità/protocolli di legalità, ove redatti, e prevede che questi ultimi siano espressamente accettati ai fini della partecipazione alla procedura ai sensi dell'articolo 83-bis, comma 3, del decreto legislativo 159/11. Tale disposizione trova applicazione anche nel caso in cui la stazione appaltante intenda avvalersi della deroga di cui all'articolo 2, comma 4, del decreto legge n. 76/20 per l'affidamento dei contratti ivi espressamente contemplati in quanto il predetto comma 4 fa espressamente salve le disposizioni del codice antimafia.

In secondo luogo, è posta a presidio della legalità la subordinazione della stipula del contratto al positivo esito delle verifiche previste dalla normativa vigente in materia di lotta alla mafia e al controllo del possesso dei requisiti prescritti dal bando di gara. Al riguardo si precisa che fino al 30 giugno 2023 le verifiche antimafia sono effettuate secondo le modalità semplificate introdotte dall'articolo 3 del decreto legislativo n. 76/20, convertito in legge n. 120/20.

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

Qualora successivamente al rilascio dell'informativa liberatoria provvisoria sia accertata la sussistenza di una delle predette cause interdittive, la stazione appaltante recede dal contratto, fatti salvi il pagamento del valore delle opere già eseguite e il rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione del rimanente, nei limiti delle utilità conseguite. In tal caso,

comunque, il contratto può continuare ad essere eseguito dallo stesso appaltatore, se ricorrono i presupposti di cui all'articolo 94, commi 3 e 4, del decreto legislativo n. 159/11 o quelli dall'articolo 32, comma 10, del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114.

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

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

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

Il Disciplinare prevede, anche, la possibilità, per la stazione appaltante, di attribuire un punteggio aggiuntivo in favore dei concorrenti in possesso del rating di legalità, conformemente alla previsione dell'articolo 95, comma 13, del Codice. A tal fine è richiesta, nell'offerta tecnica, la presentazione di una dichiarazione sostitutiva attestante il possesso del rating medesimo, fermo restando che la stazione appaltante verificherà la veridicità e sostanza della dichiarazione mediante accesso all'elenco degli operatori in possesso del rating di legalità pubblicato sul sito dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. Si ricorda che gli operatori economici stranieri devono essere messi in condizione di fornire certificazioni equivalenti rilasciate da altri organismi o autorità pubbliche.

Il Disciplinare richiede, inoltre, all'aggiudicatario di uniformarsi nello svolgimento delle attività oggetto del contratto ai principi e doveri indicati nel codice di comportamento e nel Piano Triennale di Prevenzione della Corruzione e della trasparenza adottato ai sensi della legge 190/12 ovvero indicati Modello di organizzazione, gestione e controllo adottato dalla medesima ai sensi del decreto legislativo n. 231/01.

Il Disciplinare dedica, infine, particolare attenzione agli obblighi di tracciabilità dei flussi finanziari derivanti dall'esecuzione del contratto di cui dalla legge n. 136/10, al fine di rafforzare gli strumenti di prevenzione e contrasto alla criminalità organizzata. Questi ultimi si articolano essenzialmente in tre adempimenti principali:

- a) utilizzo di conti correnti bancari o postali dedicati alle commesse pubbliche, anche in via non esclusiva;
- b) effettuazione dei movimenti finanziari relativi alle commesse pubbliche esclusivamente mediante lo strumento del bonifico bancario o postale ovvero attraverso l'utilizzo di altri strumenti di pagamento idonei a consentire la

piena tracciabilità delle operazioni;

- c) indicazione negli strumenti di pagamento relativi ad ogni transazione del codice identificativo di gara (CIG) e, ove obbligatorio ai sensi dell'articolo 11 della legge 16 gennaio 2003, n. 3, del codice unico di progetto (CUP).

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

4. Le premesse al Disciplinare tipo

Il Disciplinare contiene le "Premesse", che sono preordinate a fornire le informazioni generali sull'appalto e possono essere implementate dalla stazione appaltante con l'inserimento di ulteriori informazioni utili, quali l'indicazione del RUP e i suoi contatti; l'indicazione del Codice Unico di Progetto (CUP), non potendosene escludere l'applicabilità a taluni affidamenti di servizi di investimento pubblico. Tale codice accompagna ciascun progetto a partire dalla fase formale di assegnazione delle risorse ed è costituito da una stringa alfanumerica di 15 caratteri.

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

5. La piattaforma telematica (articolo 1 Disciplinare)

L'articolo 1 del Bando tipo recepisce le disposizioni del Decreto della Presidenza del Consiglio n. 148/2021, a cui l'articolo 44 del Codice ha rimesso la disciplina della digitalizzazione delle procedure dei contratti pubblici. In particolare l'articolo 29 del citato decreto prevede che le stazioni appaltanti adeguano i propri sistemi telematici entro sei mesi dall'adozione delle linee guida dell'AgID, recanti le regole tecniche per la digitalizzazione delle gare.

Nelle more del completamento della predetta disciplina di attuazione, considerata la varietà degli strumenti telematici disponibili sul mercato, il Disciplinare:

- a) richiama i principi generali che presidono al corretto utilizzo degli stessi, e che, comunque, devono essere rispettati;

- b) prevede un periodo transitorio durante il quale le stazioni appaltanti hanno la facoltà di adeguare le clausole ivi indicate alle specifiche caratteristiche tecniche della piattaforma utilizzata senza obbligo di motivazione;
- c) contempla alcune clausole eventuali che recano indicazioni operative volte a rendere più chiara la disciplina di gara nonché i reciproci oneri tra stazione appaltante e concorrenti in un'ottica deflattiva del contenzioso;
- d) detta una specifica disciplina in caso di malfunzionamento della piattaforma. In particolare il Disciplinare distingue il rischio di malfunzionamento dei sistemi telematici, legato a possibili disservizi di rete dei sistemi informatici prescelti dalla stazione appaltante dal "rischio informatico/tecnologico", legato alla strumentazione tecnica e alle caratteristiche dei software utilizzati dall'operatore economico per inviare l'offerta. Più precisamente, in applicazione del principio di leale collaborazione, che deve informare i rapporti tra privati e pubblica amministrazione, il Disciplinare prevede che il malfunzionamento del sistema telematico di cui non si possa comprovare la causa grava sulla stazione appaltante, essendo stato prescelto da quest'ultima come strumento per lo svolgimento della gara (si vedano la Sentenza del Consiglio di Stato, Sezione V, 20 novembre 2019, n. 7922, e la Sentenza del TAR Trentino Alto Adige 13 febbraio 2020, n. 24), mentre il mancato o tardivo invio della domanda dovuto a difficoltà di connessione e trasmissione e/o a lentezza del collegamento internet dell'operatore economico rimangono a carico di quest'ultimo (si veda la Sentenza del Tar Lazio, Sezione II, 7 febbraio 2020 n. 1710).

Tra i principi richiamati vi è quello della gratuità della piattaforma impiegata, il Disciplinare, infatti, prevede che nessun corrispettivo è dovuto dall'operatore economico per il mero utilizzo dello strumento telematico prescelto dalla stazione appaltante ai sensi dell'articolo 41, comma 2bis, del Codice (si veda ANAC, delibera 4 settembre 2019 n.780; Sentenza del Consiglio di Stato, Sezione V, 3 novembre 2020 n. 6787). L'operatore economico deve, però, disporre a propria cura, spesa e responsabilità, di tutta la strumentazione tecnica ed informatica indicata nel Disciplinare e nella documentazione di gara necessaria per potere validamente presentare la propria offerta.

Infine, si ricorda che per domicilio digitale, in conformità a quanto stabilito dall'articolo 1, comma 1, lettera n-ter, dal decreto legislativo n. 82/05, si intende "un indirizzo elettronico eletto presso un servizio di posta elettronica certificata o un servizio elettronico di recapito certificato qualificato, come definito dal regolamento (UE) 23 luglio 2014 n. 910 del Parlamento europeo e del Consiglio in materia di identificazione elettronica e servizi fiduciari per le transazioni elettroniche nel mercato interno e che abroga la direttiva 1999/93/CE, di seguito «Regolamento eIDAS», valido ai fini delle comunicazioni elettroniche aventi valore legale".

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

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

Con riferimento ai chiarimenti forniti dalla stazione appaltante si precisa che questi ultimi rivestono una funzione meramente esplicativa delle disposizioni contenute nel disciplinare di gara e, pertanto, non hanno capacità innovativa. Come più volte precisato dalla giurisprudenza amministrativa, nelle procedure d'appalto le uniche fonti delle regole di gara sono costituite dal bando, dal capitolato e dal disciplinare con i relativi allegati. I chiarimenti della stazione appaltante non

possono mai modificare le regole di gara, né possono integrarle, poiché le predette fonti devono essere interpretate e applicate per quello che esse oggettivamente prescrivono, senza che possano acquisire rilevanza atti interpretativi postumi forniti dalla stazione appaltante (si vedano al riguardo le Sentenze: Consiglio di Stato, Sezione III, 7 febbraio 2018, n. 78; Consiglio di Stato, Sezione III, 27 giugno 2019 n. 4418; Consiglio di Stato, Sezione V, 23 settembre 2015, n. 4441, Consiglio di Stato, Sezione V, 31 ottobre 2012, n. 5570).

In virtù della lettura in combinato disposto degli articoli 76, comma 6, del Codice, 1, comma 1, lettera n-ter, del decreto legislativo n.82/05 e 4 del decreto della Presidenza del Consiglio dei Ministri n. 148/21, il Disciplinare prevede che le comunicazioni di cui all'articolo 76, comma 5, del Codice vengono fatte utilizzando il domicilio digitale presente negli indici di cui agli articoli 6-bis e 6-ter del decreto legislativo n.82/05 o, per gli operatori economici transfrontalieri, attraverso un indirizzo di servizio elettronico di recapito certificato qualificato ai sensi del Regolamento eIDAS. Se l'operatore economico non è presente nei predetti indici elegge domicilio digitale speciale presso la stessa Piattaforma e le comunicazioni di cui sopra sono effettuate utilizzando tale domicilio digitale.

Il Codice non stabilisce come debbano essere fatte le comunicazioni relative all'attivazione del soccorso istruttorio e del sub-procedimento di anomalia dell'offerta, alla richiesta di offerta migliorativa e allo svolgimento del sorteggio in caso di offerte con pari punteggio. Considerato il contenzioso che tale lacuna ha causato e le conseguenze che discendono a carico dell'operatore economico in caso di mancata risposta alle predette comunicazioni, il Disciplinare fornisce indicazioni al riguardo, prevedendo che queste ultime possono essere effettuate o secondo le modalità sopra indicate o tramite la Piattaforma.

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

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

La stazione appaltante cura le informazioni generali sull'importo dell'appalto. L'importo posto a base di gara per i servizi/forniture oggetto d'appalto deve essere calcolato per tutta la durata contrattuale, al netto dell'IVA e degli oneri di sicurezza non soggetti al ribasso. I costi della manodopera, pur rientrando nell'importo complessivo dell'appalto e come tali soggetti a ribasso, devono essere individuati separatamente (articolo 23, comma 16, ultimo periodo, del Codice). Nei documenti contrattuali, la stazione appaltante può, in caso di appalto di servizi o di forniture periodiche, specificare la periodicità dei pagamenti/canoni.

Ai sensi dell'articolo 35 del Codice, ai fini del calcolo del valore del contratto e dell'eventuale superamento delle soglie, è necessario determinare il valore complessivo dell'appalto come somma dell'importo a base di gara (al netto dell'IVA e degli oneri per la sicurezza non soggetti a ribasso) e delle eventuali opzioni o rinnovi, trattate all'articolo 3.2 del Disciplinare. In base a tale disposizione, è necessario che le stazioni appaltanti calcolino il valore complessivo dell'appalto sommando all'importo a base di gara gli importi connessi all'eventuale previsione di servizi analoghi e/o di rinnovi.

In presenza dei prezzi di riferimento per servizi e forniture elaborati dall'ANAC in taluni settori, così come previsto dall'articolo 9, comma 7, del decreto legge 24 aprile 2014 n. 66, si richiama l'obbligo di tener conto di tali prezzi, per la programmazione dell'attività contrattuale della pubblica amministrazione. In questo senso è altresì opportuno che la stazione appaltante tenga conto degli stessi nei documenti di gara, come ad esempio nel settore sanitario ai sensi dell'articolo 17 del decreto legge 6 luglio 2011 n. 98. Tali prezzi costituiscono il valore massimo di aggiudicazione, anche per le procedure di gara aggiudicate con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (articolo 9 del decreto legge n. 66/14) e i contratti stipulati in violazione di essi sono nulli. Gli enti non soggetti agli obblighi di cui al richiamato

articolo 9 del decreto legge n. 66/14 potranno comunque considerare i prezzi di riferimento come utile parametro nella determinazione dell'importo a base di gara (si veda la Delibera ANAC numero 382 del 08 maggio 2019).

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

Il Disciplinare contempla specifiche clausole per l'ipotesi di suddivisione dell'oggetto dell'appalto in lotti funzionali o prestazionali. Si ricorda al riguardo che l'articolo 51 del Codice prescrive la divisione in lotti al fine di favorire l'accesso alle piccole e medie imprese prevedendo, al contempo, la possibilità di evitare tale suddivisione a seguito di una motivazione articolata che giustifichi la scelta operata dalla stazione appaltante. La giurisprudenza ha già sottolineato come il favor legislativo per la suddivisione in lotti sia diretta attuazione della visione esposta nei considerando n. 78 e 79 della Direttiva 2014/24/UE, per la quale "è opportuno che gli appalti pubblici siano adeguati alle necessità delle PMI. (...). A tal fine e per rafforzare la concorrenza, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero in particolare essere incoraggiate a suddividere in lotti i grandi appalti. Tale suddivisione potrebbe essere effettuata su base quantitativa, facendo in modo che l'entità dei singoli appalti corrisponda meglio alla capacità delle PMI, o su base qualitativa, in conformità alle varie categorie e specializzazioni presenti, per adattare meglio il contenuto dei singoli appalti ai settori specializzati delle PMI o in conformità alle diverse fasi successive del progetto" (Consiglio di Stato, Sez. III, 28 dicembre 2020 n. 8440). La giurisprudenza ha anche rimarcato come la scelta della stazione appaltante circa la suddivisione in lotti di un appalto pubblico costituisca una decisione normalmente ancorata, nei limiti previsti dall'ordinamento, a valutazioni di carattere tecnico-economico, che devono essere funzionalmente coerenti con il bilanciato complesso degli interessi pubblici e privati coinvolti dal procedimento di appalto, con le specifiche norme del codice dei contratti, e con i principi di proporzionalità e di ragionevolezza (Consiglio di Stato, Sez. VI, 2 gennaio 2020, n.25; Sez. III, 22 febbraio 2019 n. 1222; Sez. V, 11 gennaio 2018, n. 123). Ne deriva che la suddivisione in parola non costituisce un precetto inviolabile, ma assume «piuttosto, la natura di principio generale adattabile alle peculiarità del caso di specie e derogabile mediante una decisione opportunamente e adeguatamente motivata» (Consiglio di Stato, Sezione V, 30 settembre 2020, n. 5746). In considerazione di quanto sopra il Disciplinare richiede di motivare la mancata suddivisione in lotti, al riguardo si potrebbe fare riferimento all'importo contenuto della gara o all'impossibilità tecnica di suddividere l'affidamento.

Si noti che la possibilità di suddividere l'appalto in lotti può essere accompagnata da ulteriori misure volte a promuovere la partecipazione delle imprese di minori dimensioni, a favorire lo sviluppo della concorrenza e a contenere i rischi di gestione dei contratti, quali la previsione del vincolo cosiddetto di partecipazione e/o del vincolo cosiddetto di aggiudicazione. In presenza di un numero molto elevato di lotti, ad esempio individuati su base geografica, può essere utile valutare l'opportunità di porre un limite sia al numero di lotti a cui può concorrere il medesimo operatore economico sia al numero massimo di lotti assegnabili a quest'ultimo. Tali limiti - se ben calibrati tenendo opportunamente conto del numero, della natura e della dimensione dei lotti, nonché dei potenziali concorrenti per ciascun lotto - possono favorire lo sviluppo della concorrenza, incoraggiando la partecipazione di imprese medio-piccole e più giovani, che avrebbero ridotte possibilità di ottenere l'assegnazione dell'intero appalto. In considerazione di quanto rappresentato il Disciplinare contempla come facoltative le clausole che prevedono il vincolo di partecipazione e/o il vincolo di aggiudicazione.

Nel caso in cui la stazione appaltante intenda ricorrere a tali vincoli, la stessa deve preventivamente indicare il criterio che intende adottare per individuare i lotti ai quali riferire la domanda di partecipazione, qualora il concorrente presenti domanda per un numero di lotti superiore a quello consentito. Si pone, inoltre, il problema di quali lotti assegnare a ciascun concorrente risultato primo in graduatoria su un numero di lotti superiore al limite predeterminato, anche in questo caso

la stazione appaltante deve stabilire ex ante il criterio di attribuzione dei lotti ed attenersi ad esso. In entrambi i casi la stazione appaltante potrebbe scegliere, ad esempio, quello del maggiore importo.

In considerazione delle caratteristiche appena evidenziate i vincoli in esame appaiono più adeguati a gare uniche suddivise in lotti. In tale ipotesi la giurisprudenza ha ritenuto legittima l'ulteriore previsione che le offerte per più lotti messi a gara debbano essere presentate nella medesima forma individuale o associata e, in caso di RTI, con la medesima composizione, rispondendo simile clausola alla ragionevole esigenza d'interesse pubblico generale di garantire, da un lato, la correttezza e genuinità, e quindi la piena concorrenzialità fra loro, delle offerte riferite ad un'unica gara e, dall'altro, la univocità e serietà dell'impegno contrattuale assunto dai partecipanti alla medesima gara in sede di esecuzione dei singoli adempimenti contrattuali riferiti ai diversi lotti (Cfr. Consiglio di Stato, Sezione III, 6 maggio 2020 n. 2865). Si ritiene tuttavia che le peculiarità del mercato di riferimento e dell'oggetto dell'appalto potrebbero giustificare in specifiche ipotesi la facoltà di presentare offerta per più lotti in caso di RTI con una differente composizione dello stesso.

In caso di suddivisione in lotti occorre che la stazione appaltante strutturi correttamente la gara in considerazione sia dell'interesse pubblico a cui la stessa è preordinata sia dell'oggetto dell'affidamento (Consiglio di Stato, Sezione III 6 maggio 2020 n. 2865; TAR Roma, 13.12.2016 n. 12405) e chiarisca se si tratta di gara unica o di gara ad oggetto plurimo, stante le conseguenze ai fini della partecipazione alla gara. Difatti, al fine di aumentare la contendibilità del mercato delle commesse pubbliche, facilitare l'accesso delle piccole e medie imprese, di ridurre il rischio di intese o comportamenti collusivi volti a realizzare indebite spartizioni del mercato, di evitare semplici elusioni del vincolo di partecipazione e/o di aggiudicazione, il Disciplinare prescrive che in caso di gara unica suddivisa in più lotti il concorrente, che intende partecipare a più lotti, è tenuto a presentarsi sempre nella medesima forma (individuale o associata). Ricorre tale circostanza quando, nonostante la divisione in singoli lotti, è possibile riscontrare una serie di elementi "unificanti", quali, in particolare, l'unicità della commissione giudicatrice; l'identità, per tutti i lotti, dei requisiti richiesti dal bando e degli elementi di valutazione dell'offerta tecnica; la possibilità di produrre un'unica offerta telematica per più lotti; l'identità delle modalità di prestazione del servizio e delle prestazioni richieste (Cfr. Consiglio di Stato, Sezione III, 6 maggio 2020 n. 2865).

Di contro, la possibilità di aggiudicare autonomamente i singoli lotti risulta incompatibile con la configurazione di una gara unitaria se «le singole procedure di aggiudicazione sono dirette a tanti contratti di appalto quanti sono i lotti: se ciascun lotto può essere aggiudicato a concorrenti diversi, non ci si trova di fronte ad un appalto unitario e se non vi è appalto unitario non vi può essere unicità della gara. Il carattere non unitario della gara suddivisa in più lotti comporta che il bando di gara si configura quale "atto ad oggetto plurimo", nel senso che contiene le disposizioni per lo svolgimento non di un'unica gara finalizzata all'affidamento di un unico contratto, bensì quelle per l'indizione e la realizzazione di tante gare contestuali quanti sono i lotti cui sono connessi i contratti da aggiudicare» (Delibera ANAC 2 ottobre 2019 n. 893). Con riferimento alle gare ad oggetto plurimo, occorre, tener presente l'orientamento giurisprudenziale secondo cui «la pluralità di lotti, e la conseguente pluralità di gare, non consente di riconoscere, ai fini del divieto alla partecipazione a più lotti, la rilevanza dei collegamenti societari tra i diversi operatori economici partecipanti ai diversi lotti, così come previsto dall'articolo 80, comma 5, lettera m), nel caso di partecipanti alla stessa gara (Consiglio di Stato, Sezione V, 2 maggio 2017, n. 1973; Consiglio di Stato 12 gennaio 2017, n. 52), poiché, «se la ratio della norma in esame [a codice vigente, articolo 80, comma 5, lettera m)] risiede nell'esigenza di garantire un'effettiva e leale competizione tra gli operatori economici attraverso l'imposizione di un limite alla partecipazione alle gare a tutte quelle imprese le cui offerte si rivelino in concreto espressione di un unico centro decisionale, e quindi, come tali, idonee a condizionare il confronto concorrenziale, è evidente che la mancanza di autonomia nella formulazione delle offerte può assumere rilievo, ai fini concorrenziali al cui presidio la norma è rivolta, unicamente nelle ipotesi in cui le offerte, provenienti da un unico centro decisionale, siano volte ad ottenere l'aggiudicazione della medesima gara, essendo solo in tali casi le offerte non formulate in modo autonomo e indipendente idonee a falsificare il confronto concorrenziale» (TAR Lazio, 8 maggio 2014, n. 4810).

8. Durata dell'appalto, opzioni e rinnovo (articolo 3 Disciplinare)

Le Stazioni appaltanti, oltre a stabilire la durata del contratto, indicano le opzioni ed i rinnovi che incidono sul medesimo.

Il Disciplinare prevede diverse clausole a recepimento facoltativo, tra cui quella che contempla la facoltà di ricorrere alla cosiddetta "ripetizione di servizi analoghi" (articolo 63, comma 5, Codice). Come ricordato dall'Autorità la nozione di «servizi analoghi» non può essere assimilata a quella di «servizi identici», pertanto deve ritenersi che un servizio possa considerarsi analogo a quello posto a gara se rientrante nel medesimo settore imprenditoriale o professionale cui afferisce l'appalto in contestazione (Delibera 5 settembre 2018 n. 758; Sentenza del Consiglio di Stato, Sezione V, 18 dicembre 2017 n. 5944). La facoltà può essere esercitata, mediante attivazione di una procedura negoziata ai sensi dell'articolo 63, comma 5, solo se la stessa sia stata espressamente indicata nel bando di gara e purché il valore previsto per la prestazione dei servizi analoghi sia stato computato ai fini della determinazione del valore globale dell'appalto (cfr. ANAC, delibera del 24 febbraio 2021 n. 175). L'esercizio di tale facoltà postula, inoltre, che il contratto originario non sia ancora scaduto, disciplinando la norma in esame il caso di affidamenti paralleli e non in sequenza tra di loro. Ciò è reso evidente dal termine entro il quale i servizi analoghi possono essere affidati, ossia entro il triennio decorrente dal momento di stipulazione del contratto iniziale, termine che implica fisiologicamente una concomitanza dei rapporti contrattuali piuttosto che una successione dei medesimi. Ne deriva che, per assicurare un corretto esercizio della facoltà di cui all'articolo 63, comma 5, Codice, l'affidamento dei servizi analoghi deve essere disposto entro il termine di scadenza del contratto originario e, comunque, entro il termine di tre anni dalla sottoscrizione del contratto originario.

Carattere facoltativo ha anche la clausola che prevede la possibilità di ricorrere alla cosiddetta "proroga tecnica". Quest'ultima costituisce uno strumento di carattere eccezionale e temporaneo, poiché disattende i principi comunitari di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza (articolo 30, comma 1, del Codice) e, pertanto, è ammessa soltanto per il tempo strettamente necessario ad assicurare la conclusione della procedura indetta per il reperimento di un nuovo contraente (articolo 106, comma 11, del Codice; si veda anche la Sentenza del TAR Campania, Napoli, Sezione V, 2 aprile 2020, n. 1312). Tale facoltà è giustificata dal principio di continuità dell'azione amministrativa nei soli limitati ed eccezionali casi in cui (per ragioni obiettivamente non dipendenti dall'Amministrazione) vi sia l'effettiva necessità di assicurare il regolare svolgimento del servizio nelle more del reperimento di un nuovo contraente (Sentenza del Consiglio di Stato, Sezione V, 11 maggio 2009, n. 2882 e Sentenza del TAR Campania, Sezione V., 18. aprile 2020, n. 1392). Stante la natura eccezionale della proroga tecnica, le stazioni appaltanti devono adeguatamente programmare le proprie attività, in modo tale da concludere la procedura di scelta di un nuovo contraente in tempo utile rispetto alla scadenza originaria del contratto ed evitare il ricorso alla proroga tecnica.

Rimane, invece, precluso il rinnovo tacito del contratto. La vis espansiva del divieto di cui all'articolo 23 della legge 18 aprile 2005, n. 62 è stata, infatti, rintracciata nella circostanza che tale divieto esprime un principio generale, attuativo di un vincolo comunitario discendente dal Trattato UE che, in quanto tale, opera per la generalità dei contratti pubblici (TAR Lombardia, Brescia, Sezione II, 7 aprile 2015 n. 490). Tuttavia, ad avviso del Consiglio di Stato né l'articolo 23 della legge n. 62/05 (legge comunitaria 2004), né il pregresso articolo 57 decreto legislativo n. 163/06, né i principi comunitari consolidati in materia contrattuale, hanno mai impedito il rinnovo espresso dei contratti, allorché la facoltà di rinnovo, alle medesime condizioni e per un tempo predeterminato e limitato, sia ab origine prevista negli atti di gara e sia esercitata in modo espresso e con adeguata motivazione. Conseguentemente il Disciplinare prevede la facoltà di inserire nei documenti di gara una clausola con la quale la stazione appaltante si riserva ex ante la possibilità di rinnovare il contratto alle medesime condizioni. Occorre sottolineare che il Consiglio di Stato con il parere n. 855 del 1 aprile 2016 ha chiarito che «In base al diritto europeo il rinnovo del contratto è consentito solo se rimane immutato il suo contenuto (e ciò perché sin ab origine, cioè sin dalla indizione della gara originaria, gli operatori economici devono essere in grado di valutare la convenienza della partecipazione e delle previsioni contrattuali). In altri termini, se vi è la modifica del contenuto del contratto vi è un nuovo contratto: e ciò comporta la necessità di una specifica gara. Non si può dunque prevedere che sia modificato il contratto 'rinnovato': vanno conseguentemente soppressi tutti i richiami alla possibilità di modificare il

contenuto del contratto rinnovato)». Si dà atto, tuttavia, che secondo la giurisprudenza il rinnovo può concludersi con l'integrale conferma delle precedenti condizioni o con la modifica di alcune di esse in quanto non più attuali (Tar Campania, Sezione V, 2 aprile 2020 n. 1312; TAR Lazio, 10 settembre 2018 n. 9212), individuando in ciò la differenza con la proroga, che ha invece come solo effetto il differimento del termine finale del rapporto, il quale rimane per il resto regolato dal contratto originario.

A seguito dell'entrata in vigore del decreto legge del 27 gennaio 2022 n. 4, convertito con legge n. 25 del 28 marzo 2022 è stata inserita nel disciplinare di gara la clausola di revisione dei prezzi (3.3. Clausola revisione dei prezzi), prevista dall'articolo 106, comma 1, del Codice. La norma citata prevede infatti che, fino al 31 dicembre 2023, in relazione alle procedure di affidamento dei contratti pubblici, i cui bandi o avvisi siano pubblicati successivamente alla data di entrata in vigore del decreto, nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o di avvisi, qualora l'invio degli inviti a presentare le offerte sia effettuato successivamente alla data di entrata in vigore del decreto, è obbligatorio l'inserimento, nei documenti di gara iniziali, delle clausole di revisione dei prezzi previste dall'articolo 106, comma 1, lettera a), primo periodo, del Codice. La previsione, quindi, ha reso obbligatorio, per il periodo ivi indicato, l'inserimento nei bandi di gara della clausola di revisione dei prezzi, al fine di incentivare gli investimenti pubblici e di far fronte alle ricadute economiche negative a seguito delle misure di contenimento e dell'emergenza sanitaria globale derivante dalla diffusione del virus COVID-19.

La clausola è indicata come obbligatoria fino al 31 dicembre 2023 e come facoltativa, per il periodo successivo a tale data. Sono inserite, inoltre, alcune previsioni facoltative, come la possibilità, nei contratti di durata superiore all'anno, di prevedere l'aggiornamento dei prezzi a partire dalla seconda annualità contrattuale, oppure la possibilità di limitare il ricorso alla revisione dei prezzi per variazioni superiori ad una data percentuale del prezzo originario o, ancora, di richiederla una sola volta per ciascuna annualità.

Nella clausola è richiesta l'indicazione delle modalità di revisione dei prezzi, in aumento o in diminuzione. A tal fine, sono previste alcune alternative, a titolo esemplificativo, come la possibilità di fare riferimento ai prezzi standard rilevati dall'ANAC, agli elenchi dei prezzi rilevati dall'ISTAT, oppure, qualora i dati suindicati non fossero disponibili, alla differenza tra l'indice Istat dei prezzi al consumo per le famiglie di operai e impiegati, al netto dei tabacchi (c.d. FOI) disponibile al momento del pagamento del corrispettivo e quello corrispondente al mese/anno di sottoscrizione del contratto.

Si evidenzia che, per la determinazione dei prezzi di riferimento ai sensi dell'articolo 9, comma 7, del decreto legge 66/2014, l'ANAC prende in considerazione, tra i vari parametri, anche l'eventuale previsione, nei documenti di gara, della clausola di revisione dei prezzi. Per alcuni prezzi è applicato l'indice di adeguamento calcolato sulla base dei parametri della CCIAA di Milano, per altri sono applicati indicatori calcolati dall'Istat.

Le indicazioni richieste dalla norma dovranno essere inserite nel bando di gara e, per la disciplina di maggior dettaglio, nel capitolato speciale d'appalto. In particolare, nel capitolato speciale dovranno essere indicate le modalità per la richiesta della revisione in aumento o per la comunicazione, da parte del RUP, della revisione in diminuzione, i documenti probatori da presentare per comprovare l'aumento dei prezzi (ad esempio la dichiarazione di fornitori o subcontraenti; le fatture pagate per l'acquisto di materiali; le bollette per utenze energetiche), i termini della richiesta, le modalità dell'istruttoria, le modalità di calcolo da seguire per l'applicazione della revisione e, in particolare, dovranno essere indicati gli importi ai quali la percentuale di variazione si applica.

9. *Soggetti ammessi in forma singola e associata e condizioni di partecipazione (articolo 4 Disciplinare)*

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

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

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

10. *Requisiti generali (articolo 5 Disciplinare)*

Le disposizioni contenute nell'articolo rubricato "Requisiti generali" richiamano le cause di esclusione previste dall'articolo 80 del Codice e dalla normativa vigente in tema di divieto a contrarre con la pubblica amministrazione.

La formulazione dell'articolato è volutamente sintetica tenuto conto dell'esistenza del DGUE e del suo specifico richiamo nel Disciplinare nella parte relativa alla Domanda di Partecipazione. Nelle more dell'aggiornamento del DGUE elettronico alla disciplina recata dal citato articolo 80, le stazioni appaltanti richiedono ai concorrenti dichiarazioni integrative, concernenti, in particolare, il possesso dei requisiti di cui all'articolo 80, comma 5.

Tra le condizioni ostative alla partecipazione, oggetto poi di specifica dichiarazione da parte dei concorrenti, è incluso anche il divieto *ope legis* di cui all'articolo 53, comma 16-ter, del decreto legislativo, n. 165/01, introdotto dall'articolo 1, comma 42, lettera l), della legge 6 novembre 2012, n. 190 (si veda sul punto anche il paragrafo sulle prescrizioni per la prevenzione dell'illegalità e della corruzione). Per i servizi o forniture rientranti in una delle attività a maggior rischio di infiltrazione mafiosa di cui al comma 53, dell'articolo 1, della legge 6 novembre 2012, n. 190 costituisce causa ostativa alla partecipazione la mancata iscrizione nell'elenco dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori non soggetti a tentativo di infiltrazione mafiosa (cosiddetta white list) istituita presso la Prefettura della Provincia in cui l'operatore economico ha la propria sede ovvero, secondo l'indicazione fornita dalla circolare del Ministero dell'Interno protocollo n. 25954 del 23 marzo 2016 e decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 18 aprile 2013 come aggiornato dal decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 24 novembre 2016). In altri termini, come già sottolineato, l'iscrizione nelle white list rientra tra i requisiti soggettivi e la sua carenza determina l'incapacità di contrarre con la pubblica amministrazione (ANAC, delibera 29 maggio 2019, n. 48). Sul punto l'Autorità ha chiarito che la mancata allegazione in sede di

presentazione dell'offerta dell'iscrizione in parola, richiesta dal bando di gara e, comunque, debitamente menzionata nel DGUE firmato digitalmente, non determina l'esclusione automatica del concorrente, ma impone la preventiva attivazione del soccorso istruttorio ai sensi dell'articolo 83, comma 9, del Codice (ANAC, delibera 4 settembre 2019, n. 763).

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

[In virtù di una lettura in combinato disposto degli articoli 47 e 48 del decreto legge n. 77/21, convertito in legge 108/21, si ritiene che in relazione alle procedure afferenti gli investimenti pubblici finanziati, in tutto o in parte, con le risorse previste dal Regolamento (UE) 2021/240 del Parlamento europeo e del Consiglio del 10 febbraio 2021 e dal Regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021, dal Piano nazionale per gli investimenti complementari al PNRR, di cui all'articolo 1 del decreto legge 6 maggio 2021, n. 59, dai programmi cofinanziati dai fondi strutturali dell'Unione Europea, le stazioni appaltanti devono adeguare i propri bandi alle nuove cause di esclusione di cui al citato articolo 47, commi 2 e 6, secondo i modelli predisposti con linee guida del Presidente del Consiglio dei Ministri ovvero dei Ministri o delle autorità delegati per le pari opportunità e della famiglia e per le politiche giovanili e il servizio civile universale, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e della mobilità sostenibili, con il Ministro del lavoro e delle politiche sociali e con il Ministro per le disabilità, ai sensi del predetto articolo 47, comma 8.]

Il Disciplinare, in relazione alle procedure afferenti gli investimenti pubblici finanziati, in tutto o in parte, con le risorse previste dal Regolamento (UE) 2021/240 del Parlamento europeo e del Consiglio del 10 febbraio 2021 e dal Regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021 (PNRR), dal Piano nazionale per gli investimenti complementari al PNRR, di cui all'articolo 1 del decreto legge 6 maggio 2021, n. 59 (PNC), ai sensi dell'articolo 47 del decreto legge n. 77/21, all'articolo 5:

- ✓ ha previsto una clausola che prevede come causa di esclusione dalla procedura di gara, il mancato rispetto, al momento della presentazione dell'offerta, degli obblighi in materia di lavoro delle persone con disabilità, di cui alla legge 12 marzo 1999, n. 68, nonostante ciò sia già un obbligo generale previsto dall'ordinamento;
- ✓ ha inserito, le clausole che recepiscono le cause di esclusione di cui all'articolo 47, commi 2, 4 e 6, decreto legge n. 77/2021, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 108/2021.

In particolare, ai sensi dell'articolo 47, comma 4, ultimo periodo, del decreto legge n. 77/2021, l'operatore economico al momento della presentazione dell'offerta deve, oltre ad aver assolto agli obblighi ex legge 68/1999, assumersi l'obbligo di riservare, in caso di aggiudicazione del contratto, sia all'occupazione giovanile, sia all'occupazione femminile, una quota di assunzioni pari almeno al 30 per cento di quelle necessarie per l'esecuzione del contratto o per la realizzazione di attività ad esso connesse o strumentali. Le indicate assunzioni e relative percentuali, sono definite e calcolate secondo le modalità indicate nelle linee guida approvate con Decreto interministeriale del 7 dicembre 2021.

Le stazioni appaltanti possono derogare a tale obbligo o prevederne una quota inferiore, qualora l'oggetto del contratto, la tipologia o la natura del progetto o altri elementi puntualmente indicati, ne rendano l'inserimento impossibile o contrastante con obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità, di qualità del servizio nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche, dandone adeguata e specifica motivazione con atto espresso del responsabile della stazione appaltante, prima o contestualmente all'avvio della procedura ad evidenza pubblica, nella determina a contrarre o in un atto immediatamente esecutivo della stessa.

A tal fine, per l'applicazione delle disposizioni normative di cui all'articolo 47, commi 4, 5 e 7, decreto legge n. 77 del 2021, si rinvia ai criteri forniti dalle citate Linee guida alle stazioni appaltanti e agli operatori economici in relazione a:

- a) la definizione della metodologia da utilizzare per definire la quota del 30 per cento delle assunzioni da destinare sia ai giovani, sia alle donne (punto 5);
- b) le circostanze che rendono, in tutto o in parte, impossibile o in contrasto con gli obiettivi indicati dalla legge il

rispetto della quota del 30 per cento per le nuove assunzioni sia giovanili, sia femminili, ovvero l'inserimento di clausole di premialità (punto 6).

In merito al punto b), le Linee guida individuano, a titolo di esempio, le seguenti possibili motivazioni:

- importo ridotto del contratto;
- mercato di riferimento;
- affidamento in somma urgenza o per esigenze di protezione civile;
- adempimento clausola sociale;
- natura delle prestazioni;
- necessità di esperienza, specializzazione o di particolari abilitazioni professionali;
- assunzione di un numero di lavoratori inferiori a tre.

In caso la deroga riguardasse la sola occupazione femminile, motivata da un tasso di femminilizzazione nel settore di riferimento inferiore al 25%, le stazioni appaltanti devono tendere ad aumentare il tasso di occupazione femminile per una percentuale superiore di 5 punti percentuali al citato tasso di femminilizzazione.

11. *Requisiti speciali e mezzi di prova (articolo 6 Disciplinare)*

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

Le stazioni appaltanti possono richiedere, in coerenza con un principio ampiamente consolidato in giurisprudenza, requisiti ulteriori rispetto a quelli normativamente previsti, qualora questi siano proporzionati, ragionevoli oltre che pertinenti e logicamente connessi all'oggetto dell'appalto e allo scopo perseguito (Sentenze del Consiglio di Stato, Sezione III, 13 gennaio 2020, n. 284; Sezione V, 4 gennaio 2017, n. 9; Sezione VI, 15 giugno 2010, n. 3740; ANAC delibera 29 aprile 2020, n. 393; 10 luglio 2019, n. 653 e 25 ottobre 2017, n. 1087).

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

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

Relativamente al fatturato, si ricorda che la richiesta di un certo ammontare deve essere misurata non in astratto, ma in relazione al valore dell'appalto ed alle specifiche peculiarità dell'oggetto della gara, fermo restando il limite massimo del doppio del valore stimato dell'appalto, calcolato in relazione al periodo di riferimento dello stesso, salvo il ricorrere di circostanze adeguatamente motivate relative a rischi specifici connessi alla natura dei servizi e delle forniture oggetto dell'affidamento (articolo 83, comma 5, del Codice).

Il Disciplinare di gara prevede che le stazioni appaltanti possano richiedere agli operatori economici di fornire informazioni riguardo ai loro conti annuali, evidenziando in particolare i rapporti tra attività e passività, come previsto dall'articolo 83, comma 4, del Codice. Al fine di fornire il necessario supporto per dare attuazione alla predetta disposizione, il Disciplinare contempla alcuni esempi che possono essere utilizzati dalle stazioni appaltanti per determinare un indicatore capace di evidenziare il rapporto tra passività e attività. Tali indicazioni esemplificative tengono conto della diversa disciplina civilistica in materia di scritture contabili a cui sono soggetti gli operatori economici in relazione alla forma giuridica assunta (società di capitali, società di persone, imprese individuali, professionisti).

Per i requisiti di capacità economico-finanziaria, nei soggetti che partecipano in forma associata, è previsto che il soggetto che riveste le funzioni di mandatario o che è indicato come tale debba possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria (articolo 83, comma 8, terzo periodo). Tale norma non va intesa nel senso che la mandataria deve possedere i requisiti in misura maggioritaria assoluta (ovvero, il 51% del requisito), bensì è sufficiente che posseda i requisiti in misura percentuale superiore a ciascuna delle mandanti (Sentenza del Consiglio Giustizia Amministrativa 24 novembre 2020 n. 1106; Determinazione 10 ottobre 2012, n. 4). Ad esempio, nel caso di un raggruppamento composto da tre imprese, una richiesta di fatturato pari a 100 potrà essere soddisfatta dal raggruppamento se la mandataria dichiara di possedere un fatturato pari ad almeno 45 e le mandanti pari ad almeno 30 e a 25, ovvero se la mandataria e le mandanti possiedono una diversa distribuzione del fatturato purché il fatturato della mandataria sia superiore a quello di ciascuna mandante. Occorre sottolineare che ciò non vuol dire che il ruolo della mandataria debba necessariamente essere svolto dall'impresa con il fatturato maggiore.

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

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

Con riferimento alle "*idonee referenze bancarie*" si rileva che l'allegato XVII, parte I, contempla non meglio specificate "*idonee dichiarazioni bancarie*" unitamente all'adeguato livello di copertura assicurativa contro i rischi professionali. La corretta applicazione della disposizione richiede agli istituti bancari di riferire sulla qualità dei rapporti in atto con l'operatore economico (correttezza e puntualità di queste nell'adempimento degli impegni assunti con l'istituto, assenza di passività con lo stesso istituto o con altri soggetti, sempre che tali situazioni siano desumibili dai movimenti bancari o da altre informazioni in loro possesso (Consiglio di Stato, sezione V, 9 marzo 2015, n. 1168).

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

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

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

servizio/fornitura). Resta inteso che il singolo servizio/fornitura di punta non può essere frazionato tra più imprese in entrambi i tipi di RTI.

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

12. *Avvalimento (articolo 7 Disciplinare)*

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

Il Codice non disciplina le condizioni per ricorrere all'avvalimento delle certificazioni di qualità. Conformemente alla giurisprudenza amministrativa il Disciplinare prevede simile avvalimento a condizione che la misura dell'impegno concreto assunto dall'ausiliaria si estenda a comprendere l'organizzazione che ha espresso la certificazione, con la conseguenza che l'impresa ausiliaria deve assumere l'obbligazione di mettere a disposizione dell'impresa ausiliata, in relazione all'esecuzione dell'appalto, l'intera organizzazione aziendale, comprensiva di tutti i fattori di produzione e di tutte le risorse, che, complessivamente considerata, giustifica l'attribuzione del requisito (Sentenze Consiglio di Stato, Sezione V, sentenza 27 luglio 2017, n. 3710; Consiglio di Stato, Sezione V, 23 febbraio 2017, n. 852; Consiglio di Stato, Sezione V, 12 maggio 2017, n. 2225, con considerazioni riferite al prestito dell'attestazione S.O.A., che valgono a maggior ragione per il prestito della certificazione di qualità).

Circa i requisiti di capacità economico-finanziaria correlati all'esperienza, alla pratica e alla maturità professionale dell'operatore economico (per esempio, fatturato specifico) occorre tenere presente che essi vanno intesi quale espressione della capacità tecnica e professionale del concorrente in quanto rappresentano di fatto la sua esperienza nel settore dell'appalto, all'infuori del fatturato globale che, invece, è espressione della solidità economico-finanziaria del concorrente. Conseguentemente l'avvalimento di tali specifici requisiti va inquadrato nell'ambito del cosiddetto "avvalimento tecnico o operativo", il che comporta la necessità da parte dell'ausiliaria di una concreta e adeguata messa a disposizione di risorse determinate affinché il suo impegno possa ritenersi effettivo (Consiglio di Stato, Sezione V, 16 giugno 2021, n. 4651, e 12 febbraio 2020, n. 1120), con l'indicazione precisa nel contratto di avvalimento dei mezzi aziendali messi a disposizione dell'ausiliata per eseguire l'appalto (Consiglio di Stato, Sezione IV, 7 ottobre 2021 n. 6711).

Si ricorda che l'articolo 89, comma 6, prima parte consente ormai l'avvalimento plurimo dopo che, sotto la vigenza del decreto legislativo 163/06 era stata sollevata apposita questione pregiudiziale dinnanzi alla Corte di Giustizia e questa aveva ritenuto che «Gli articoli 47, paragrafo 2, e 48, paragrafo 3, della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, letti in combinato disposto con l'articolo 44, paragrafo 2, della medesima direttiva, devono essere interpretati nel senso che ostano ad una disposizione nazionale come quella in discussione nel procedimento principale, la quale vieta, in via generale, agli operatori economici che partecipano ad una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico di lavori di avvalersi, per una stessa categoria di qualificazione, delle capacità di più imprese» (Corte di Giustizia, Sezione V, sentenza 10 ottobre 2013 in causa C-94/12).

L'articolo 89, comma 1, del Codice prevede che, nel caso di dichiarazioni non veritiere dell'ausiliaria, il concorrente viene escluso dalla gara e la stazione appaltante escute la cauzione. Tuttavia la Corte di Giustizia ha ritenuto tale disposizione in contrasto con la normativa europea, non consentendo in siffatta ipotesi, all'offerente di sostituire l'ausiliaria (Sentenza Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Sezione Nona, 3 giugno 2021). La discrasia in parola e la necessità di un intervento riformatore del citato articolo 89 sono state rilevate dall'Autorità con atto di segnalazione n. 3 del 28 luglio 2021. Nelle more dell'adeguamento della normativa vigente al diritto eurolunitario, il Disciplinare prevede la disapplicazione della previsione in esame, e l'applicazione della regola generale dettata al comma 3 del medesimo articolo. Tale previsione stabilisce che la stazione appaltante verifica se i soggetti della cui capacità l'operatore economico intende avvalersi soddisfano i pertinenti criteri di selezione o se sussistono motivi di esclusione ai sensi dell'articolo 80 (tra cui rientrano anche le false dichiarazioni disciplinate al comma 5, lettera f-bis, dell'articolo citato) ed impone all'operatore economico di sostituire i soggetti che non soddisfano un pertinente criterio di selezione o per i quali sussistono motivi obbligatori di esclusione. Preme ricordare sul punto che il dovere di non applicare norme nazionali in contrasto con il diritto dell'Unione si estende anche alla Pubblica Amministrazione e, come ribadito dal Consiglio di Stato, "rappresenta ormai un approdo consolidato nell'ambito della giurisprudenza sia europea sia nazionale (...) Opinare diversamente significherebbe autorizzare la P.A. all'adozione di atti amministrativi illegittimi per violazione del diritto dell'Unione, destinati ad essere annullati in sede giurisdizionale, con grave compromissione del principio di legalità, oltre che di elementari esigenze di certezza del diritto." (Consiglio di Stato, Adunanza Planaria 9 novembre 2021 n.18; cfr. Corte di Giustizia dell'Unione Europea 22 giugno 1989, C-103/88; Corte costituzionale 11 luglio 1989 n. 389; Consiglio di Stato, Sez. V 6 aprile 1991, n. 452). "

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

13. *Subappalto (articolo 8 Disciplinare)*

La formulazione della clausola tiene conto delle modifiche normative apportate all'articolo 105 del Codice dall'articolo 49 del decreto legge n. 77/21, al fine di adeguare il diritto nazionale a quello eurolunitario, come risultante dalle sentenze della Corte di Giustizia, secondo cui la previsione in termini astratti e generali di un limite quantitativo al subappalto, indipendentemente dal settore economico interessato a cui l'appalto si riferisce, dalla natura delle prestazioni oggetto del contratto o dall'identità dei subappaltatori, da qualsivoglia accertamento riferito al caso concreto della stazione appaltante, si pone in contrasto con le regole fondamentali e i principi generali del TFUE che si applicano nell'ambito delle procedure di aggiudicazione degli appalti (Sentenza 26 settembre 2019 causa C-63/18). Conseguentemente il Disciplinare:

- a) precisa che non può essere affidata in subappalto l'integrale esecuzione del contratto;
- b) nel caso di contratto avente ad oggetto servizi ad alta intensità di manodopera consente di riservare all'affidatario la prevalente esecuzione del contratto;

- c) c) nelle ipotesi diverse da quella di cui alla precedente lettera b) richiede alla stazione appaltante di riportare nel bando le eventuali prestazioni che intende riservare all'affidatario con la relativa quota e di motivare preventivamente le ragioni di tale scelta nella determina a contrarre. Si precisa al riguardo che il predetto articolo 49 richiede testualmente solo l'indicazione delle "prestazioni o le lavorazioni oggetto del contratto di appalto da eseguire a cura dell'aggiudicatario" senza il riferimento a eventuali percentuali di queste ultime. Tale formulazione di per sé non sembra precludere l'eventuale individuazione di un limite massimo all'esecuzione delle prestazioni da parte dell'aggiudicatario, né tale interpretazione si pone in contrasto con la citata sentenza della Corte di Giustizia, che non considera conforme al diritto eurounitario soltanto la fissazione aprioristica di un limite al subappalto e, anzi, realizza una maggiore apertura del mercato a favore delle piccole e medie imprese. Di contro un'interpretazione letterale dell'articolo 49 porterebbe la stazione appaltante per talune prestazioni o a escludere totalmente il subappalto o ad ammetterlo totalmente;
- d) prevede la responsabilità solidale dell'appaltatore e del subappaltatore per le prestazioni affidate in subappalto.

14. *Garanzia provvisoria (articolo 9 Disciplinare)*

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

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

Gli intermediari abilitati al rilascio delle polizze fideiussorie devono essere individuati tra i soggetti iscritti nell'albo di cui all'articolo 106 del decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385 che svolgono in via esclusiva o prevalente attività di rilascio di garanzie e che sono sottoposti a revisione contabile da parte di una società di revisione iscritta nell'albo previsto dall'articolo 161 del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58. Con comunicato congiunto del 28 maggio 2020 IVASS, Banca d'Italia, ANAC e AGCM hanno fornito ulteriori suggerimenti alle stazioni appaltanti, al fine di ridurre il rischio di accettare garanzie false o non valide in quanto emesse da soggetti non legittimati. Un'attenta attività di controllo prima di accettare le garanzie può, infatti, evitare di perderne la protezione o di incorrere in contenziosi e contestazioni. In quest'ottica nel Disciplinare sono stati indicati i siti internet da consultare, al fine di accedere agli elenchi dei soggetti autorizzati e alle segnalazioni dei soggetti operanti abusivamente, per effettuare le necessarie verifiche.

Per la riduzione dell'importo della garanzia provvisoria, il Disciplinare rinvia all'articolo 93, comma 7, del Codice.

Si ricorda alle stazioni appaltanti che il citato articolo 93 del Codice è al centro di un ampio dibattito giurisprudenziale con riferimento a due distinti profili: a) individuazione dei presupposti in presenza dei quali la stazione appaltante può escutere la garanzia; b) rapporto tra soccorso istruttorio e carenze della garanzia provvisoria.

Con riferimento alla prima questione si riscontrano due opposti orientamenti: per quello tradizionale l'escussione della garanzia potrebbe avvenire a danno sia del concorrente aggiudicatario sia degli altri concorrenti stante da un lato la sua funzione di garantire l'affidabilità e serietà delle offerte e, dall'altro, la previsione dell'articolo 89, comma 1, terzultimo periodo del Codice, in virtù del quale "Nel caso di dichiarazioni mendaci, ferma restando l'applicazione dell'articolo 80, comma 12, nei confronti dei sottoscrittori, la stazione appaltante esclude il concorrente e escute la garanzia" (TAR Marche,

2 marzo 2021 n. 177 che richiama Adunanza Plenaria n. 34/2014; TAR Lazio, 11 febbraio 2021 n. 1740); per quello più recente, invece, la previsione dell'articolo 93, comma 6, del Codice coprirebbe soltanto la mancata sottoscrizione del contratto, dopo l'aggiudicazione, dovuta ad ogni fatto riconducibile all'affidatario o all'adozione di informazione antimafia interdittiva emessa ai sensi degli articoli 84 e 91 del Decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159. La stessa, quindi, si applicherebbe solo al concorrente individuato quale aggiudicatario e ciò in considerazione della diversa formulazione della norma in esame rispetto a quella corrispondente recata dal previgente articolo 75, comma 6, del decreto legislativo n. 163/2006 (TAR Trento, Sez. I, sentenza n. 76 del 26.5.2020; TAR Piemonte, Sez. II, sentenza n. 271 dell'8.5.2020; TAR Lazio, sede di Roma, Sez. II-ter, sentenza n. 900 del 23.1.2019). Nel senso da ultimo indicato si è pronunciato recentemente anche il Consiglio di Stato, che ha sollevato questione di illegittimità costituzionale in materia di escussione della cauzione provvisoria, censurando la mancata previsione della retroattività della regola più favorevole introdotta dall'articolo 93, comma 6, del Codice (Consiglio di Stato, Sez. V 26 aprile 2021 n.3299).

Con riferimento alla seconda questione, se una parte della giurisprudenza afferma la più ampia soccorribilità – ed astratta sanabilità, ai sensi dell'art. 83, comma 9, del Codice – di pressoché tutte le possibili carenze e/o irregolarità formali della cauzione (ad esempio Consiglio di Stato, Sez. V, 3 agosto n.5710; 4 dicembre 2019 n.8296; TAR Napoli, 11 febbraio 2021, n.930), un'altra parte ribadendo la garanzia quale elemento essenziale dell'offerta, ritiene che quest'ultima essendo "destinata a coprire la "mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione" per fatto non imputabile alla stazione appaltante (...) – non costituisce un elemento formale, ma, in quanto posta a "corredo" dell'offerta (cfr. art. 93, comma 1), deve ritenersi "afferente" alla stessa – e non alla documentazione relativa alla dimostrazione del possesso dei requisiti di partecipazione – essendo come tale sottratta – per il principio che impedisce, a salvaguardia della par condicio, la modifica delle proposte negoziali da parte dei concorrenti – alla possibilità di soccorso istruttorio» (Consiglio di Stato, Sez. V, 127 gennaio 2021, n.804.; 12 giugno 2009 n. 3746).

Al riguardo l'Autorità con delibera del 28 luglio 2021 n.589, ha richiamato il proprio orientamento in materia, favorevole ad applicare l'istituto del soccorso istruttorio "ad ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità riferita alla cauzione provvisoria, purché la cauzione prodotta sia già stata costituita alla data di presentazione dell'offerta e decorra da tale data, onde scongiurare la violazione del principio di par condicio (delibera 1 aprile 2020 n. 298; delibera del 17 aprile 2019 n. 372; delibera 28 marzo 2018 n. 339)".

È sanabile, ad esempio, mediante soccorso istruttorio, la mancata presentazione della garanzia provvisoria e/o dell'impegno a rilasciare garanzia fideiussoria definitiva solo a condizione che siano stati già costituiti prima della presentazione dell'offerta. È onere dell'operatore economico dimostrare tale circostanza (ad esempio in caso di documento digitale mediante marcatura temporale apposta allo stesso).

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

15. *Sopralluogo (articolo 10 Disciplinare)*

La clausola "Sopralluogo" tiene conto di quanto previsto dall'articolo 8, comma 1, lettera b), decreto legge n. 76/20, convertito dalla legge 120/20, in virtù del quale in relazione alle procedure pendenti disciplinate dal decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, i cui bandi o avvisi, con i quali si indice una gara, sono già stati pubblicati alla data di entrata in vigore del citato decreto, nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o avvisi, alle procedure in cui, alla medesima data, siano già stati inviati gli inviti a presentare le offerte o i preventivi, ma non siano scaduti i relativi termini, e in ogni caso per le procedure disciplinate dal medesimo decreto legislativo avviate a decorrere dalla data di entrata in vigore del citato decreto legge e fino alla data del 30 giugno 2023, le stazioni appaltanti possono prevedere, a pena di esclusione

dalla procedura, l'obbligo per l'operatore economico di procedere alla visita dei luoghi, nonché alla consultazione sul posto dei documenti di gara e relativi allegati esclusivamente laddove detto adempimento sia strettamente indispensabile in ragione della tipologia, del contenuto o della complessità dell'appalto da affidare. Pertanto, fino a quella data, le stazioni appaltanti che intendono introdurre la clausola relativa al sopralluogo devono darne specifica motivazione.

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

In un'ottica di semplificazione e speditezza, il Disciplinare prevede che, in caso di raggruppamento temporaneo, GEIE, aggregazione di imprese di rete o consorzio ordinario non ancora costituiti, il sopralluogo può essere effettuato da un rappresentante di uno degli operatori economici raggruppati, aggregati in rete o consorziati, purché munito della delega del mandatario/capofila.

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

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

L'attestato di avvenuto sopralluogo non deve essere presentato in gara dal concorrente in quanto trattandosi di un atto della medesima stazione appaltante è necessario che la stessa sia in grado di verificare autonomamente i concorrenti che hanno effettivamente effettuato il sopralluogo.

16. *Pagamento in favore dell'Autorità (articolo 11 Disciplinare)*

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

mentre la mancata prova del pagamento può essere regolarizzata. Al riguardo, si rappresenta che qualora il pagamento avvenga mediante canali non riconosciuti da AVCPpass, la stazione appaltante deve dare avvio alla procedura di soccorso istruttorio.

In caso di mancata dimostrazione dell'avvenuto pagamento prima della scadenza del termine di presentazione dell'offerta, la stazione appaltante esclude il concorrente dalla procedura di gara ai sensi dell'articolo 1, comma 67 della legge 266/2005.

Se il pagamento non è dovuto, si ricorda che è necessario seguire le istruzioni per l'esonero indicate dall'Autorità nel proprio sito istituzionale.

17. *Modalità di presentazione dell'offerta e sottoscrizione dei documenti di gara (articolo 12 Disciplinare)*

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

A tal fine, il Disciplinare, innanzitutto, dispone che la domanda di partecipazione e tutta la documentazione relativa deve essere presentata esclusivamente attraverso il sistema telematico scelto dalla stazione appaltante. Le operazioni di inserimento sulla Piattaforma di tutta la documentazione richiesta, nonché di trasmissione e conferma sono a carico del concorrente, è pertanto opportuno svolgere tali attività per tempo, anche in considerazione dei dispositivi informatici di cui ciascun operatore dispone, onde evitare la non completa e quindi mancata trasmissione della domanda entro il termine previsto dal bando.

In secondo luogo, tenendo presenti le peculiarità di una procedura svolta completamente su supporto informatico rispetto a quella svolta su supporto cartaceo, si precisa che la domanda e la documentazione devono essere sottoscritte con firma digitale o altra firma elettronica qualificata o firma elettronica avanzata. Non sono considerate valide le offerte presentate attraverso modalità diverse. A tal fine il legale rappresentante del concorrente (o suo procuratore speciale) deve preventivamente essere dotato di un certificato di firma digitale, in corso di validità, rilasciato da un organismo incluso nell'elenco pubblico dei certificatori tenuto dall'AgID, previsto dall'articolo 29, comma 1 del decreto legislativo 82/05. Si rinvia al riguardo alle Linee guida dell'AgID ed in particolare alle Linee guida contenenti regole tecniche per la sottoscrizione elettronica di documenti ai sensi dell'articolo 20 del citato decreto, consultabili al seguente link <https://www.agid.gov.it/it/linee-guida>).

Al fine di ridurre contenziosi sul punto, prevenire eventuali richieste di chiarimenti al riguardo, e garantire il rispetto della par condicio dei concorrenti la stazione appaltante indica preventivamente i formati dei file accettati e la dimensione massima consentita per ciascun file.

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

Pertanto, ferma restando la facoltà dei concorrenti di non confermare la propria offerta, laddove volessero prorogare la validità della stessa, sono tenuti a farlo in tempo utile per consentire la sollecita conclusione della gara. Si è ritenuto, quindi,

opportuno prevedere che nel caso in cui alla data di scadenza della validità delle offerte le operazioni di gara siano ancora in corso, la stazione appaltante richieda agli offerenti di confermare la validità dell'offerta sino alla data indicata dalla medesima stazione appaltante e di produrre un apposito documento attestante la validità della garanzia prestata in sede di gara fino alla medesima data.

18. Soccorso istruttorio (articolo 13 Disciplinare)

Nell'articolo ~~14~~ 13 del Disciplinare sono presentate le modalità di attivazione e di conduzione del soccorso istruttorio, che devono essere lette congiuntamente alle osservazioni già presentate nel paragrafo 2.

Sono state, altresì, inserite clausole che specificano i casi in cui è possibile il ricorso al soccorso istruttorio per le procedure afferenti agli investimenti pubblici finanziati, in tutto o in parte, con le risorse del Piano nazionale di ripresa e resilienza, di cui al Regolamento (UE) 2021/240 del Parlamento europeo e del Consiglio del 10 febbraio 2021 e dal Regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021 (PNRR), nonché dal Piano nazionale per gli investimenti complementari al PNRR, di cui all'articolo 1 del decreto-legge 6 maggio 2021, n. 59 (PNC), senza introdurre nuove fattispecie.

19. Domanda di partecipazione e documentazione amministrativa (articolo 14 Disciplinare)

Il primo paragrafo dell'articolo 14 del Disciplinare è dedicato alla domanda di partecipazione e prevede che quest'ultima sia redatta in conformità al modello predisposto dalla stazione appaltante, al fine di eliminare o, quantomeno, ridurre possibili errori o omissioni.

In considerazione di quanto disposto dall'articolo 16 quater del decreto legge n. 76/20 il Disciplinare richiede all'operatore economico di indicare nella domanda di partecipazione il CCNL che applica comprensivo del relativo codice alfanumerico unico attribuito dal Consiglio Nazionale dell'economia e del lavoro (CNEL). Ciò anche al fine di consentire la verifica del rispetto del novellato articolo 105, comma 14, del Codice.

In un'ottica di semplificazione e concentrazione, il Disciplinare prevede che la domanda di partecipazione contenga direttamente una serie di dichiarazioni rese dal concorrente ai sensi degli articoli 46 e 47 del decreto del Presidente della Repubblica n. 445/2000. In tal modo si intende ridurre il numero di dichiarazioni integrative e/o aggiuntive che quest'ultimo deve presentare e il rischio di dover ricorrere all'istituto del soccorso istruttorio in caso di mancata o non regolare sottoscrizione delle stesse.

Il Disciplinare modula le informazioni che il concorrente deve inserire in considerazione della partecipazione in forma singola ovvero associata.

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

Il secondo paragrafo dell'articolo 14 è dedicato al documento di gara unico europeo (DGUE). Quest'ultimo è un'autodichiarazione, basata su un modello standard contenente le informazioni previste nell'allegato del Regolamento (UE) 2016/7 del 5 gennaio 2016, tramite la quale un operatore economico può autocertificare il possesso dei requisiti generali e speciali di partecipazione ad una procedura di gara. L'adozione del DGUE mira a ridurre l'onere documentale per gli operatori Economici ed a semplificare le procedure di verifica per le stazioni appaltanti. Il DGUE è disciplinato dall'articolo 85 del Codice, che recepisce l'articolo 59 della direttiva 24/2014/UE. Dal 18 aprile 2018 vige l'obbligo per le stazioni appaltanti di redigere il predetto documento solo formato elettronico (articolo 85, comma 1, del Codice). Il modello di DGUE italiano, allegato alla Circolare n. 3/16 dell'allora Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, non risulta aggiornato alla disciplina nazionale vigente, pertanto, nelle more del predetto aggiornamento le stazioni appaltanti hanno la facoltà di chiedere agli operatori economici di presentare una dichiarazione integrativa che copra le informazioni non previste nel modello di DGUE Italiano. Si ricorda che le Specifiche tecniche per la definizione del DGUE elettronico italiano "eDGUE-IT" sono pubblicate da AgID al seguente indirizzo <https://www.agid.gov.it/it/piattaforme/procurement>.

Il Disciplinare modula, inoltre, la presentazione del DGUE a seconda della forma di partecipazione alla gara prescelta, indicando per le singole ipotesi chi debba presentare e firmare il DGUE.

Gli ulteriori paragrafi dell'articolato disciplinano la documentazione che deve essere presentata: a) dagli operatori economici ammessi al concordato (articolo 14.3); b) in caso di avvalimento (articolo 14.4); c) dai soggetti che partecipano in forma associata.

Per le procedure afferenti gli investimenti pubblici finanziati, in tutto o in parte, con le risorse del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) nonché dal Piano nazionale per gli investimenti complementari al PNRR (PNC), è stata inserita la clausola che prevede come documento ulteriore, in relazione alla specificità dell'affidamento, per gli operatori economici che occupano oltre cinquanta dipendenti, copia dell'ultimo rapporto sulla situazione del personale (ai sensi dell'articolo 46, comma 2, decreto legislativo n. 198/2006), con attestazione della sua conformità a quello eventualmente già trasmesso alle rappresentanze sindacali aziendali e ai consiglieri regionali di parità, ovvero, in caso d'inosservanza dei termini (di cui all'articolo 46, comma 1, decreto legislativo n. 198/2006), con attestazione della sua contestuale trasmissione alle rappresentanze sindacali aziendali e alla consigliera e al consigliere regionale di parità (ai sensi dell'articolo 47, comma 2, decreto legge n. 77/2021), da inserire sulla Piattaforma a cura dell'operatore economico.

in relazione alla medesima categoria di contratti di cui all'articolo 47 del decreto legge n. 77/2021, nel primo paragrafo dell'articolo 14 del Disciplinare è stata inserita la clausola che prevede l'inserimento nella domanda di partecipazione di specifiche dichiarazioni in relazione a:

- aver assolto agli obblighi di cui alla legge n. 68/1999;
- assunzione dell'obbligo, in caso di aggiudicazione del contratto, di assicurare all'occupazione giovanile una quota pari o superiore al 30% ovvero quella inferiore in caso di deroga, e a quella femminile una quota pari o superiore al 30% ovvero quella inferiore in caso di deroga, delle nuove assunzioni necessarie per l'esecuzione del contratto o per la realizzazione di attività ad esso connesse o strumentali.

20. *Offerta tecnica (articolo 15 Disciplinare)*

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

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

Il Disciplinare contempla poi quattro clausole facoltative: la prima, in attuazione dell'articolo 45, comma 4, del Codice, richiede alla stazione appaltante di individuare le prestazioni in relazione alle quali, viste le loro peculiarità, ritiene necessario conoscere ex ante il nominativo e le qualifiche delle persone fisiche incaricate di svolgere quelle determinate prestazioni; la seconda, in attuazione dell'articolo 95, comma 14, del Codice, richiede alla stazione appaltante, nel caso in cui il bando preveda la possibilità di presentare varianti al progetto posto a base di gara, di specificare i requisiti minimi delle varianti e le modalità di presentazione delle stesse, sottolineando, che questi ultimi devono comunque essere collegati all'oggetto del contratto; la terza rimette alla stazione appaltante la valutazione della fondatezza delle ragioni di riservatezza di parte dell'offerta eventualmente indicate dall'operatore economico; l'ultima clausola richiede al concorrente di allegare un progetto di assorbimento, che illustra le modalità con cui intende dare concreta attuazione alla clausola sociale, indicando il numero dei lavoratori nei cui confronti verrà applicata la clausola e la proposta contrattuale per gli stessi (inquadramento e trattamento economico). Si ricorda che la mancata presentazione del progetto equivale a mancata accettazione della clausola sociale con conseguente esclusione dalla gara. Nell'ottica di consentire la più ampia partecipazione è possibile in generale attivare il soccorso istruttorio nel caso in cui all'offerta presentata non risulti allegato il progetto di riassorbimento (ANAC, Linee guida n 13 recanti "La disciplina delle clausole sociali" approvate con delibera n. 114 del 13.2.2019 e la relativa Relazione Illustrativa). Tale clausola deve essere letta in combinato disposto con quella riportata all'articolo 25 del Disciplinare ove è precisato che quest'ultima deve intendersi obbligatoria con riferimento ai contratti ad alta intensità di manodopera. La medesima non è invece prevista per appalti di fornitura, appalti di natura occasionale e appalti di servizi di natura intellettuale. In tutti gli altri casi, deve intendersi facoltativa.

Si segnala, che la stazione appaltante potrebbe valutare di "inserire tra i criteri di valutazione dell'offerta quello relativo alla valutazione del piano di compatibilità, assegnando tendenzialmente un punteggio maggiore, per tale profilo, all'offerta che maggiormente realizzi i fini cui la clausola tende" (Consiglio di Stato, Sezione V, 02.11.2020 n. 6761). In tal caso si raccomanda alla stazione appaltante di non attribuire un punteggio elevato alla valutazione del progetto di assorbimento e si ricorda che quest'ultimo, in quanto oggetto di valutazione, diviene parte integrante e sostanziale dell'offerta tecnica e come tale non potrà essere oggetto di soccorso istruttorio.

21. *Offerta economica (articolo 16 Disciplinare)*

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

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

22. *Criterio di aggiudicazione (articolo 17 Disciplinare)*

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

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

Per quanto riguarda i criteri tecnici, si possono attribuire “punteggi tabellari” e “punteggi discrezionali”, con riguardo a questi ultimi i criteri di valutazione dell’offerta tecnica devono essere puntuali ed indicare gli elementi che verranno presi in considerazione per la valutazione, precisando i parametri in base ai quali un’offerta è ritenuta migliore di un’altra, in modo da instradare il percorso valutativo rimesso alla discrezionalità della commissione, così da renderlo ricostruibile ex post e come tale verificabile e sindacabile in ogni suo aspetto.

Tabella 1 Esempio:

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

La stazione appaltante stabilisce i criteri di aggiudicazione dell’offerta, pertinenti alla natura, all’oggetto e alle caratteristiche del contratto, secondo quanto previsto all’articolo 95, comma 6 del Codice. In particolare, individua l’offerta economicamente più vantaggiosa sulla base di criteri oggettivi, quali gli aspetti qualitativi, ambientali di cui all’articolo 34 del Codice, o sociali, connessi all’oggetto dell’appalto. I criteri premiali di natura ambientale sono individuati tra quelli previsti nel decreto del Ministero della transizione ecologica (già Ministero dell’ambiente e della tutela del territorio e del mare) correlato all’oggetto del contratto.

Tra i criteri individuati dalla stazione appaltante possono essere previsti i criteri premiali di cui all’articolo 95, comma 13 del Codice indicando i relativi punteggi.

Se la ponderazione dei criteri non è possibile per ragioni oggettive, la stazione appaltante indica l’ordine decrescente di importanza degli stessi.

In caso di varianti, ai sensi dell’articolo 95, comma 14 lettera b) del Codice, i criteri di aggiudicazione devono poter essere applicati sia alle varianti sia alle offerte conformi che non sono varianti.

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

In virtù della lettura in combinato disposto degli articoli 47 e 48 del decreto legge n. 77/21, in relazione alle procedure afferenti gli investimenti pubblici finanziati, in tutto o in parte, con le risorse previste dal Regolamento (UE) 2021/240 del Parlamento europeo e del Consiglio del 10 febbraio 2021 e dal Regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021, dal Piano nazionale per gli investimenti complementari al PNRR, di cui all'articolo 1 del decreto-legge 6 maggio 2021, n. 59 [dai programmi cofinanziati dai fondi strutturali dell'Unione Europea, ai sensi dell'articolo 47, comma 4, decreto legge n. 77/21, convertito in legge n. 108/21], le stazioni appaltanti prevedono nei bandi di gara come requisiti necessari e ulteriori requisiti premiali dell'offerta, criteri orientati a promuovere l'imprenditoria giovanile, l'inclusione lavorativa delle persone disabili, la parità di genere e l'assunzione di giovani, con età inferiore a trentasei anni, e donne, secondo le modalità e i criteri applicativi definiti dalle linee guida, **di cui al Decreto della Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento delle pari opportunità del 7 dicembre 2021**, del Presidente del Consiglio dei Ministri ovvero dei Ministri o delle autorità delegati per le pari opportunità e della famiglia e per le politiche giovanili e il servizio civile universale, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e della mobilità sostenibili, con il Ministro del lavoro e delle politiche sociali e con il Ministro per le disabilità,] ai sensi del citato articolo 47, comma 8.

Le stazioni appaltanti possono altresì prevedere l'assegnazione di un punteggio aggiuntivo in favore del concorrente che si trovi in una o più delle situazioni di cui all'articolo 47, comma 5, del decreto legge n. 77/21 e/o criteri premiali atti ad agevolare le piccole e medie imprese ai sensi dell'articolo 47 quater del decreto legge n. 77/21.]

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

Al fine di orientare la scelta delle stazioni appaltanti, occorre evidenziare che la formula bilineare ha la caratteristica di comprimere i coefficienti assegnati all'elemento prezzo per le offerte superiori alla media dei ribassi proposti al di sopra di un coefficiente X fissato dalla stazione appaltante, individuabile in 0,80 o 0,85 o 0,90. Per diminuire l'importanza dell'elemento prezzo è necessario utilizzare un coefficiente X elevato (0,85 o 0,90). Simili risultati possono essere ottenute con curve concave verso il basso che possono essere ottenute con formule non lineari quali quelle illustrate nelle citate Linee guida.

In generale, si ritiene che formule bilineari o concave siano particolarmente indicate per alcuni servizi (o forniture) nei casi in cui si voglia evitare un'eccessiva competizione sul prezzo, ovvero quando esistono già prezzi di riferimento che determinano offerte con ribassi molto contenuti. In questi casi, una formula lineare potrebbe determinare differenze di punteggio per l'offerta economica molto marcate, pur a fronte di prezzi sostanzialmente allineati.

La formula lineare, infatti, basandosi sui ribassi percentuali presenta il rischio concreto di attribuire differenze di punteggio elevate anche a fronte di minimi scostamenti di prezzo e di incentivare ribassi molto elevati, incoraggiando offerte aggressive. In tal modo si potrebbe privilegiare eccessivamente la componente economica a discapito di quella tecnica,

pertanto è consigliabile in caso di utilizzo della predetta formula che le stazioni appaltanti diano un adeguato peso alla componente tecnica, al fine di evitare che venga di fatto annullato il confronto sugli elementi qualitativi dell'offerta.

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

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

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

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

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

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

23. *Commissione giudicatrice (articolo 18 Disciplinare)*

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

La Commissione giudicatrice è un organo straordinario e temporaneo dell'amministrazione, istituito con atto ad hoc per lo svolgimento della funzione, di natura tecnica, di esame e valutazione delle offerte formulate dai concorrenti nell'ambito della gara di appalto. L'articolo 77 del Codice prevede che i commissari siano scelti fra gli esperti iscritti all'Albo istituito presso l'ANAC ai sensi dell'articolo 78, in attuazione di tale disciplina l'Autorità ha adottato la Linee guida del 16 novembre 2016, n. 5, recante "Criteri di scelta dei commissari di gara e di iscrizione degli esperti nell'albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici". Tuttavia tale disposizione è stata sospesa fino al 30 giugno 2023 ad opera dell'articolo 1, comma 1, lettera c) della legge n. 55/2019, come modificato dall'articolo 8, comma 7, della legge n. 120 del 2020, poi dall'articolo 52, comma 1, lettera a), legge n. 108 del 2021), con la conseguenza che fino a tale data deve considerarsi sospesa anche l'efficacia delle Linee guida n. 5. Per tale ragione il Disciplinare conforma la propria disciplina alla normazione transitoria dell'articolo 216, comma 12, del Codice. In tal senso, la nomina della commissione spetta all'organo della stazione appaltante competente a effettuare la scelta dell'affidatario del contratto, nel rispetto di regole di competenza e trasparenza preventivamente individuate dalla amministrazione nonché di assenza di conflitto di interessi.

Si ricorda che l'articolo 53, comma 5, lett. c), del decreto legge n. 77/21, convertito, con modificazioni, dalla legge n.108/21, ha modificato l'articolo 77, comma 2, del Codice, prevedendo che la commissione di regola, lavora a distanza con procedure telematiche che salvaguardino la riservatezza delle comunicazioni, mentre il testo originario della disposizione prevedeva come soltanto facoltativo il lavoro a distanza.

24. *Svolgimento delle operazioni di gara (articolo 19 Disciplinare)*

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

Occorre ricordare al riguardo che l'articolo 1, comma 3, della legge n. 55/19 ha disposto che «*fino al 31.12.2020 si applica anche ai settori ordinari la norma prevista dall'articolo 133 comma 8, del decreto legislativo 18.04.2016 n. 50 per i settori speciali*», in virtù della quale «*Nelle procedure aperte, gli enti aggiudicatori possono decidere che le offerte saranno esaminate prima della verifica dell'idoneità degli offerenti*». Successivamente tale termine è stato differito, prima dall'articolo 8, comma 7, della legge 120/20 poi dall'articolo 53, comma 1, lettera a), legge n. 108 del 2021, al 30 giugno 2023, con la conseguenza che anche nei settori ordinari è consentita la posticipazione della verifica dei requisiti di ammissione rispetto all'esame delle offerte.

La scelta di ricorrere o meno a tale istituto è rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante, nel rispetto delle seguenti condizioni fissate dal predetto articolo 133: a) tale facoltà può essere esercitata se specificamente prevista nel bando di gara o nell'avviso con cui si indice la gara e deve essere riferita ad una procedura aperta; b) la verifica dell'assenza di motivi di esclusione e del rispetto dei criteri di selezione deve essere effettuata in maniera imparziale e trasparente, in modo che nessun appalto sia aggiudicato a un offerente che avrebbe dovuto essere escluso a norma della legislazione vigente o che non soddisfa i criteri di selezione stabiliti dall'amministrazione aggiudicatrice. Ne deriva che la stazione appaltante è tenuta a compiere «*un delicato bilanciamento fra le esigenze di semplificazione e snellimento delle procedure di gara e quelle, fondamentali, di tutela della concorrenza, della trasparenza e della legalità delle medesime procedure*» (Corte Costituzionale, 6 marzo 2020 n. 39), pertanto si ritiene preferibile ricorrere all'inversione soltanto quando ciò sia effettivamente utile a velocizzare le operazioni di gara e, quindi, quando partecipino alla gara un numero minimo di concorrenti da indicare preventivamente nel bando.

Il citato articolo 133 non fornisce indicazioni in merito alla sequenza procedimentale da seguire in caso di ricorso all'inversione procedimentale, conseguentemente il Disciplinare rimette alla discrezionalità della stazione appaltante la scelta di svolgere la verifica dell'anomalia prima della verifica della documentazione amministrativa ovvero dopo. Tale scelta deve essere effettuata dalla stazione appaltante preventivamente ossia al momento della redazione della lex specialis ed essere cristallizzata nello specifico disciplinare di gara.

Tenuto conto dell'ottica acceleratoria che caratterizza sia il d.l. 76/20 sia il d.l. 77/21, in caso di ricorso all'inversione procedimentale, il Disciplinare suggerisce alla stazione appaltante di valutare la possibilità di sottoporre a verifica della documentazione amministrativa anche il concorrente secondo in graduatoria cosicché, nell'ipotesi di esclusione del primo, la stessa potrebbe proseguire l'iter di aggiudicazione con quest'ultimo. Simile eventuale scelta appare del tutto coerente con l'articolo 71 del Decreto del presidente della Repubblica in virtù del quale le amministrazioni sono chiamate a svolgere idonei controlli sulle dichiarazioni sostitutive presentate. Tale disposizione è la medesima che giustifica anche la previsione contenuta sempre nel Disciplinare di sorteggiare un certo numero di concorrenti per sottoporli a verifica della documentazione amministrativa. Simile clausola è volta a coniugare le esigenze di semplificazione con quelle di prevenire o, quanto meno ridurre fenomeni collusivi e/o di spartizione del mercato attraverso la presentazione di offerte di comodo. Sono stati già evidenziati i rischi connaturati all'istituto in esame e legati alla preventiva conoscenza del contenuto delle offerte che potrebbe influire sulle decisioni ancora da prendere relative all'ammissione dei concorrenti alla procedura nei casi in cui è attribuito alla stazione appaltante un potere di apprezzamento discrezionale (si pensa ai casi di illecito professionale) e del conseguente prevedibile aumento del contenzioso (si pensa al miglior offerente che si vede escluso a seguito della verifica dei requisiti) (ANAC, Decreto legge 18 aprile 2019 n. 32 recante «Disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici». Prime valutazioni di impatto sul sistema degli appalti pubblici; TAR Toscana, sez. II, 29 ottobre 2018, n. 1391.

Nelle more dell'adeguamento del sistema telematico utilizzato alle prescrizioni del Decreto della Presidenza del Consiglio dei Ministri n. 148/21 il Disciplinare prevede come alternative tre diverse clausole che possono essere inserite nello specifico disciplinare di gara, per assicurare la pubblicità delle sedute della commissione giudicatrice. Tali clausole sono state redatte considerando l'orientamento giurisprudenziale secondo cui «il principio di pubblicità delle sedute deve essere rapportato non ai canoni storici che hanno guidato l'applicazione dello stesso, quanto piuttosto alle peculiarità e specificità che l'evoluzione tecnologica ha consentito di mettere a disposizione delle procedure di gara telematiche, in ragione del fatto che la piattaforma elettronica che ha supportato le varie fasi di gara assicura l'intangibilità del contenuto delle offerte (indipendentemente dalla presenza o meno del pubblico) posto che ogni operazione compiuta risulta essere ritualmente tracciata dal sistema elettronico senza possibilità di alterazioni; in altri termini è garantita non solo la tracciabilità di tutte le fasi ma proprio l'invulnerabilità delle buste elettroniche contenenti le offerte e l'incorruttibilità di ciascun documento presentato» (Consiglio di Stato, Sezione V, 21 novembre 2017 n. 5388; Consiglio di Stato, Sezione III, 13 dicembre 2018 n. 7039; Consiglio di Stato, Sezione V, 29 ottobre 2014 n. 5337; Consiglio di Stato, Sezione III, 3 ottobre 2016 n. 4050). A tale orientamento del giudice d'appello si è allineata anche la giurisprudenza di primo grado che ha ritenuto che «nell'ambito delle procedure telematiche di evidenza pubblica, non sono necessarie sedute pubbliche per l'apertura delle offerte, come confermato dall'articolo 58, decreto legislativo n. 50 del 2016, che non ha codificato, in relazione alle procedure gestite in forma telematica, alcuna fase pubblica» (TAR Campania, Napoli, Sezione II, 2 marzo 2020, n. 957; TAR Veneto, Sezione III 13 marzo 2018; n. 307; TAR Puglia, Sezione III, 2 novembre 2017, n. 1112; TAR Sardegna, Sezione I, 29 maggio 2017 n. 365).

25. *Verifica documentazione amministrativa (articolo 20 Disciplinare).*

Il Disciplinare, in conformità a quanto previsto dall'Autorità con le Linee guida n. 3, indica che il controllo della documentazione amministrativa può essere attribuito, in alternativa, al RUP, a un seggio di gara istituito ad hoc oppure,

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

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

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

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

Nel caso in cui la stazione appaltante si sia avvalsa della facoltà di ricorrere all'inversione procedimentale, il sistema telematico prescelto deve garantire che la documentazione amministrativa presentata dai concorrenti rimanga inaccessibile fino alla conclusione della fase valutativa delle offerte ovvero fino alla conclusione del sub-procedimento di verifica dell'anomalia, se quest'ultimo precede la valutazione della documentazione amministrativa.

26. *Valutazione delle offerte tecniche ed economiche (articolo 21 Disciplinare)*

In Disciplinare indica le operazioni che la commissione svolge. Quest'ultima accede alle offerte tecniche e procede all'esame e valutazione delle stesse in applicazione dei criteri di aggiudicazione prescelti dalla stazione appaltante. Se la stazione appaltante si è avvalsa dell'inversione procedimentale, la commissione valuta tutte le offerte presentate entro il termine di scadenza indicato dal bando di gara; se la stazione appaltante non si è avvalsa della predetta facoltà, la commissione esamina tutte le offerte che abbiano superato la fase di valutazione della documentazione amministrativa. Una volta terminate le operazioni di valutazione dell'offerta tecnica ed effettuata l'eventuale riparametrazione, la commissione rende disponibili sulla piattaforma i punteggi attribuiti e le eventuali esclusioni dalla gara e procede nella medesima seduta o in altra successiva, all'accesso alle offerte economiche dei concorrenti ammessi e all'attribuzione del relativo punteggio.

Nel caso in cui le offerte di due o più concorrenti ottengano lo stesso punteggio complessivo e gli stessi punteggi parziali per il prezzo e per l'offerta tecnica, il Disciplinare, innovando rispetto al precedente orientamento dell'Autorità, prevede ai sensi dell'articolo 77 del Regio decreto n. 827/1924 che la stazione appaltante inviti i predetti concorrenti a presentare un'offerta migliorativa e, ove permanga l'ex aequo, che la commissione proceda mediante sorteggio ad individuare il concorrente da collocare primo nella graduatoria. Per costante giurisprudenza tale disposizione si applica anche nel contesto di una procedura fondata sul criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ed anche se non richiamata

dalla *lex specialis*, in virtù di un automatico meccanismo eterointegrativo (Sentenze, TAR Veneto, Sezione I, 7 aprile 2017, n. 337; TAR Sicilia Catania, 16 giugno 2017, n. 1454; TAR Puglia Lecce, Sezione II, 1 agosto 2014 n.2073; TAR Campania, Sezione VIII, 24 marzo 2016 n. 1560; ANAC parere n.102/2012). I concorrenti possono partecipare al sorteggio da remoto mediante collegamento alla Piattaforma. La stazione appaltante comunica il giorno e l'ora del sorteggio. secondo le modalità previste all'articolo 2.3 del Disciplinare.

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

27. *Verifica di anomalia delle offerte (articolo 22 Disciplinare)*

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

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

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

Con riguardo alla natura del termine di quindici giorni offerto all'operatore economico per la giustificazione del sospetto di anomalia, il Disciplinare si conforma al consolidato orientamento giurisprudenziale che propende per la natura meramente ordinatoria del suddetto termine (ANAC, delibera, del 24 luglio 2018 n. 710; Sentenza del Consiglio di Stato, Sezione V, 28 gennaio 2019, n.690; Tar Campania, Napoli, Sezione I, 8 gennaio 2021, n. 150) e prevede che la stazione appaltante possa disporre ulteriori richieste istruttorie rispetto a quanto specificamente previsto dall'articolo 97, comma 5, del Codice. Tale facoltà è funzionale a garantire che quest'ultima assuma le proprie decisioni disponendo di un set di informazioni completo e chiaro e non deve rallentare eccessivamente la conclusione del procedimento. Conseguentemente si ritiene che le ulteriori richieste vadano riferite agli elementi presentati dal concorrente in risposta all'attivazione del subprocedimento di verifica dell'anomalia.

Al fine di accelerare il sub-procedimento di verifica dell'anomalia, il Disciplinare riconosce ai concorrenti la facoltà di presentare i giustificativi dell'offerta economica insieme all'offerta stessa.

28. *Aggiudicazione dell'appalto e stipula del contratto (articolo 23 Disciplinare)*

Il Disciplinare regola gli adempimenti necessari ai fini dell'aggiudicazione dell'appalto e della successiva stipulazione del contratto.

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

Il Disciplinare dedica particolare attenzione alle spese di pubblicazione degli atti di gara nonché di quelle connesse alla stipula, tutte a carico dell'aggiudicatario. Al fine di consentire all'operatore economico di presentare un'offerta ben ponderata che copra tutti i costi connessi all'esecuzione del contratto, il Disciplinare richiede alle stazioni appaltanti di indicare già in sede di gara il costo dell'ammontare di tali spese, fornendo tempestivamente all'aggiudicatario eventuali scostamenti con la relativa motivazione. Si rappresenta che costituisce una best practice l'indicazione dell'importo massimo presunto delle spese obbligatorie di pubblicazione, che ciascuna stazione appaltante può ricavare agevolmente o dai propri precedenti o da preventivi appositamente richiesti per la singola gara. In tal modo eventuali scostamenti dell'importo effettivo rispetto a quello comunicato in sede di gara non dovrebbero influire negativamente sull'offerta dell'aggiudicatario.

Si ricorda, infine, alle stazioni appaltanti che in virtù di quanto previsto dall'articolo 8, comma 1, lettera a), del decreto legge n. 76/20, come convertito dalla legge n. 120/20 per le procedure avviate fino alla data del 30 giugno 2023 è sempre autorizzata, nel caso di servizi e forniture, l'esecuzione del contratto in via d'urgenza ai sensi dell'articolo 32, comma 8, del decreto legislativo n. 50 del 2016, fermo restando il possesso dei requisiti generali da parte dell'esecutore.

29. *Obblighi relativi alla tracciabilità dei flussi finanziari (articolo 24 Disciplinare)*

Nel Disciplinare vengono richiamati gli obblighi che gravano sull'affidatario in materia di tracciabilità dei flussi finanziari. Per le fattispecie soggette a tali obblighi e per le relative modalità di adempimento si rimanda a quanto contenuto nella Determinazione ANAC n. 4 del 7 luglio 2011 recante: "*Linee guida sulla tracciabilità dei flussi finanziari ai sensi dell'articolo 3 della legge 13 agosto 2010, n. 136*", aggiornata con delibera n. 556 del 31 maggio 2017 e alle FAQ pubblicate sul sito istituzionale dell'Autorità al seguente link: <https://www.anticorruzione.it/-/tracciabilità-dei-flussi-finanziari>.

30. *Clausola sociale e altre condizioni di partecipazione (articolo 25 Disciplinare)*

In conformità all'articolo 50 del Codice, la stazione appaltante, per gli affidamenti di servizi diversi da quelli aventi natura intellettuale, con particolare riguardo a quelli relativi a contratti ad alta intensità di manodopera, è tenuta ad inserire nel bando di gara specifiche clausole sociali volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato dall'appaltatore uscente. Come già indicato dall'Autorità nelle Linee guida ANAC n. 13, approvate con delibera 13 febbraio 2019, n. 114, le indicazioni contenute nella clausola sociale in ordine al riassorbimento del personale del gestore uscente devono essere compatibili con l'organizzazione di impresa dell'aggiudicatario, il piano di gestione predisposto dall'aggiudicatario (sia sotto il profilo delle professionalità da impiegare che delle tecnologie e soluzioni organizzative e gestionali), le condizioni dell'appalto, il contesto sociale e di mercato e il contesto imprenditoriale (Cfr. anche Sentenze Consiglio di Stato, Sezione IV, 7 giugno 2021, n. 4353; Sezione III, 23 aprile 2021, n. 3297; Sezione V, 2 novembre 2020, n. 6761). Le Linee Guida chiariscono che la mancata presentazione del progetto, anche a seguito dell'attivazione del soccorso istruttorio, equivale a mancata accettazione della clausola sociale (punto 3) e costituisce manifestazione della volontà di proporre un'offerta condizionata, come tale inammissibile nelle gare pubbliche, per la quale si impone l'esclusione dalla gara (punto 5) Il rispetto delle previsioni del progetto di assorbimento è oggetto di monitoraggio da parte della stazione appaltante durante l'esecuzione del contratto.

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

Di contro, tra le opzioni facoltative, la stazione appaltante può prevedere e richiedere condizioni particolari per l'esecuzione del contratto ai sensi dell'articolo 100 del Codice, le quali possono attere, oltre che a condizioni sociali, ulteriori rispetto al caso della già precisata clausola di imponibile di manodopera, anche a esigenze ambientali.

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

Pare opportuno ricordare che le clausole di ordine sociale non si esauriscono nelle sole clausole di imponibile di manodopera, difatti, la Direttiva 2014/24/UE riporta esemplificazioni quali «*l'attuazione di misure volte a promuovere l'uguaglianza tra uomini e donne nel lavoro, una maggiore partecipazione delle donne al mercato del lavoro e la conciliazione tra lavoro e vita privata, la protezione dell'ambiente o il benessere degli animali*» (Considerando 98, Direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE); analogamente, potrebbero essere introdotti obblighi esecutivi di assunzione di disoccupati di lunga durata oppure di disabili o di sviluppo di azioni di formazione per categorie svantaggiate ovvero il rispetto delle disposizioni delle convenzioni fondamentali dell'Organizzazione internazionale del lavoro, nell'ipotesi in cui non siano già presenti nella legislazione nazionale, o anche di assunzione di un numero di persone disabili superiore a quello stabilito dalla legislazione nazionale (Considerando 99, Direttiva 24/2014). Le suddette condizioni devono essere previste espressamente nel Bando ed esplicitamente accettate dagli operatori economici concorrenti.

Per le procedure di gara afferenti agli investimenti pubblici finanziati, in tutto o in parte, con le risorse del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR), nonché dal Piano nazionale per gli investimenti complementari al PNRR (PNC), avviate dopo l'entrata in vigore del decreto legge 31 maggio 2021, n. 77, nel Disciplinare sono state inserite clausole che prevedono le particolari condizioni di esecuzione di cui all'articolo 47, commi 3 e 3-bis, del decreto legge n. 77/2021 per gli operatori economici che occupano un numero pari o superiore a quindici dipendenti e non superiore a cinquanta.

31. *Codice di comportamento (articolo 26 Disciplinare)*

L'articolo 27 del Disciplinare tiene conto di quanto previsto dal Decreto del Presidente della Repubblica 16 aprile 2013 n. 62, che, da un lato definisce i doveri minimi di diligenza, lealtà, imparzialità e buona condotta per i dipendenti pubblici (articolo 1, comma 1) e, dall'altro, prevede che le disposizioni ivi contenute siano integrate e specificate dai codici di comportamento adottati dalle singole amministrazioni (articolo 1, comma 2). In particolare, il citato decreto prevede che "Le pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165 del 2001 estendono, per quanto compatibili, gli obblighi di condotta previsti dal presente codice a tutti i collaboratori o consulenti, con qualsiasi tipologia di contratto o incarico e a qualsiasi titolo, ai titolari di organi e di incarichi negli uffici di diretta collaborazione delle autorità politiche, nonché nei confronti dei collaboratori a qualsiasi titolo di imprese fornitrici di beni o servizi e che realizzano opere in favore dell'amministrazione. A tale fine, negli atti di incarico o nei contratti di acquisizioni delle collaborazioni, delle consulenze o dei servizi, le amministrazioni inseriscono apposite disposizioni o clausole di risoluzione o decadenza del rapporto in caso di violazione degli obblighi derivanti dal presente codice".

L'Autorità con delibera n. 177 del 19 febbraio 2020 ha adottato le "Linee guida in materia di Codici di comportamento delle amministrazioni pubbliche", al fine di promuovere un sostanziale rilancio dei codici di comportamento per il valore che essi hanno sia per orientare le condotte di chi lavora nell'amministrazione e per l'amministrazione verso il miglior perseguimento dell'interesse pubblico, sia per prevenire fenomeni di corruzione. Considerando che le predette Linee guida già individuano sia le amministrazioni e gli enti tenuti all'adozione dei codici e dei doveri di comportamento, sia il personale su cui grava l'obbligo di rispettarli, si ritiene opportuno rinviare ad esse per una corretta applicazione della disciplina in parola.

32. *Accesso agli atti (articolo 27 Disciplinare)*

L'utilizzo di sistemi telematici per lo svolgimento delle procedure di gara non modifica le condizioni di accesso a tutta la documentazione di gara, pertanto il Disciplinare richiama la normativa vigente in materia e richiede alla stazione appaltante di indicare in base alla propria organizzazione le specifiche modalità di accesso. In particolare, si sottolinea che l'utilizzo di sistemi telematici non consente di apportare deroghe alla previsione dell'articolo 53 del Codice, pertanto il nominativo dei soggetti che hanno presentato domanda di partecipazione deve rimanere riservato e non può essere accessibile fino alla scadenza del termine per la presentazione della medesima. Ciò al fine di ridurre il rischio di possibili collusioni tra i concorrenti. Con riferimento al rapporto tra diritto di accesso e l'eventuale riservatezza di informazioni contenute nell'offerta occorre considerare che la questione è stata già affrontata dalla Corte di Giustizia Europea, la quale ha interpretato le disposizioni pertinenti delle Direttive 2014/24 e 89/665, che prevedono norme specifiche concernenti la tutela della riservatezza di documenti presentati nell'ambito delle procedure di aggiudicazione (CGUE, 7 luglio 2021, n. C-927/19). Più esattamente, secondo la Corte, un'amministrazione aggiudicatrice, cui sia stata presentata da un operatore economico una richiesta di comunicazione di informazioni considerate riservate, non deve, in linea di principio, comunicare tali informazioni. La stessa, tuttavia, nel decidere in merito all'eventuale accesso a tali informazioni non può ritenersi vincolata dalla semplice affermazione del carattere riservato delle informazioni effettuata dall'operatore economico che ha presentato la relativa documentazione, ma deve verificare se quest'ultimo abbia dimostrato la natura realmente riservata delle informazioni in parola, dimostrando, ad esempio, che esse contengono segreti tecnici o commerciali, che il loro contenuto potrebbe essere utilizzato per falsare la concorrenza o che la loro divulgazione potrebbe essergli pregiudizievole. Ciò in quanto il principio della tutela delle informazioni riservate e dei segreti commerciali deve essere attuato in modo da conciliarlo con le esigenze di effettività della tutela giurisdizionale e con il rispetto del diritto di difesa delle parti della controversia (sentenza del 14 febbraio 2008, Varec, C-450/06, EU:C:2008:91).

33. *Definizione delle controversie (articolo 28 Disciplinare)*

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

34. *Trattamento dei dati personali (articolo 29 Disciplinare)*

La clausola in questione indica le informazioni che la stazione appaltante in conformità alla normativa eurounitaria e nazionale deve rendere sul trattamento dei dati personali raccolti in occasione dello svolgimento della specifica procedura di gara. Per adempiere al predetto obbligo informativo, la stazione appaltante può o inserire di volta in volta nella documentazione di gara le informazioni richieste completando la clausola del disciplinare di gara in base agli indirizzi adottati al proprio interno per l'attuazione della normativa sulla privacy o predisporre un'apposita e autonoma scheda informativa che inserisce tra la documentazione di gara.