

❖ **CONTRATTI PUBBLICI**

**Bandi – tipo e tassatività delle cause di esclusione: consultazione del documento
AVCP**

Avv. Laura Lunghi

PREMESSA.

L'art. 4, comma 2, lett. h) della Legge n. 107 del 2011 all'articolo 64, dopo il comma 4 inserisce:

«4-bis. I bandi sono predisposti dalle stazioni appaltanti sulla base di modelli (bandi-tipo) approvati dall'Autorità, previo parere del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e sentite le categorie professionali interessate, con l'indicazione delle cause tassative di esclusione di cui all'articolo 46, comma 1-bis. Le stazioni appaltanti nella delibera a contrarre motivano espressamente in ordine alle deroghe al bando-tipo.»

La tipizzazione dei bandi di gara è finalizzata a creare dei modelli virtuosi in relazione alle varie tipologie di procedura di selezione del contraente.

I bandi – tipo sono modelli standard di bando di gara sulla base dei quali le stazioni appaltanti dovranno predisporre i singoli bandi di gara.

Per espressa previsione, dettata dall'ultima parte del primo periodo del nuovo comma 4 -bis dell'art 64, i bandi tipo devono prevedere *“l'indicazione delle cause tassative di esclusione di cui all'articolo 46, comma 1-bis”*.

L'inserimento di tale indicazione nei bandi tipo si pone a completamento della nuova disciplina sulla tassatività delle clausole di esclusione ed è finalizzata ad impedire che le stazioni appaltanti possano aggirare tale norma e creare autonomamente nuove clausole di esclusione .

Deve osservarsi che sebbene ipotesi di procedura negoziata senza bando siano comunque ancora contemplate dal Codice - art. 56 per appalti di lavori il cui oggetto è la ricerca, la sperimentazione non finalizzati a realizzare un profitto per la stazione appaltante – e sebbene permanga un certo grado di discrezionalità *“le stazioni appaltanti nella delibera a contrarre motivano espressamente in ordine alle deroghe al bando - tipo”* - le modifiche contenute nell'art. 64 assumono portata generale.

In sostanza, la normativa vigente prevede di regola il bando – tipo per l'aggiudicazione di un appalto pubblico o di un accordo quadro mediante procedura aperta, procedura ristretta, procedura negoziata con pubblicazione di un bando di gara ovvero con dialogo competitivo (comma 1); per l'istituzione di un sistema dinamico di acquisizione (comma 2); per l'aggiudicazione di appalto pubblico basato su un sistema dinamico di acquisizione, seppure nella forma di un bando di gara semplificato.

Le modifiche non si riferiscono alla concessione.

Il documento che l'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici pone in consultazione consente all'Autorità l'individuazione delle clausole tassative di esclusione da inserire nei bandi tipo, dopo avere acquisito il parere del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti ed indica anche questioni problematiche.

In sintesi:

- ✓ con riguardo al comma 1 bis dell'art. 46 del Codice, l'Autorità chiarisce che l'esclusione dalla gara può essere disposta (**PARTE I** punto 5):
 - per inadempimento delle disposizioni del Codice, del Regolamento o della normativa vigente;
 - per incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali;
 - se il plico contenente la domanda di partecipazione o l'offerta pervenga non integro o chiuso in modo irregolare.
 - nei casi codificati dai bandi-tipo, nonché in tutte le ipotesi in cui un determinato adempimento è inteso dal Codice o dal Regolamento come doveroso, anche se corredato dalla sanzione dell'esclusione (cfr. par. 3.3. del documento allegato). In tale ipotesi il bando di gara potrà richiedere quell'adempimento a pena di esclusione, in quanto previsto dalla normativa vigente.

Le P.A. non possono legare l'esclusione dalla gara alla violazione di oneri meramente formali previsti dalla *lex specialis*, Le P.A. possono, comunque, prevedere ulteriori casi di esclusione dalla gara nel limite della ragionevolezza, logicità, proporzionalità all'oggetto della gara.

Le clausole di esclusione che non sono contemplate nei bandi tipo sono nulle. Essendo clausole inefficaci, il seggio di gara può disapplicarle senza necessità di annullarle.

L'Autorità, inoltre, chiarisce che il potere per le stazioni appaltanti di derogare, nella delibera a contrarre, il bando tipo, non può spingersi al punto di introdurre clausole di esclusione non derivanti dalla normativa vigente, ma deve riguardare solo ipotesi derivanti dalla normativa non contemplate dai bandi tipo, che potrebbero essere introdotte dopo l'adozione dei bandi tipo.

Successivamente (**PARTE II**) l'Autorità esamina le **modifiche introdotte nell'art. 38 del Codice** ed evidenzia anche la difficoltà applicativa della nuova formulazione poiché nel passaggio dal testo del decreto – legge alla legge di conversione molte disposizioni sono state eliminate. L'Autorità evidenzia che le modifiche all'art. 38 si applicano alle sole procedure i cui bandi o avvisi, nonché, nelle procedure senza bando, inviti, siano successivi al 14 maggio 2011, data di entrata in vigore del decreto legge (art. 4, co. 3, d.l. n. 70/2011) e quindi non anche ai bandi, avvisi, inviti, siano successivi al 14 maggio 2011 ma anteriori al 13 luglio 2011.

Infine, (**PARTE III**), l'Autorità si occupa del **costo del personale e dell'interpretazione dell'art. 81, comma 3 bis, del Codice** che ha sollevato perplessità equiparando costo del lavoro e costo della sicurezza, ed imponendo alle stazioni appaltanti di indicare nel bando di gara non solo l'importo degli oneri della sicurezza non soggetti a ribasso, ma anche il costo del lavoro, calcolato sulla base dei minimi salariali definiti dai contratti collettivi di settore.

L’Autorità segnala la complessità nell’attuazione della disposizione sia perché per molti servizi è impossibile evidenziare il costo del personale in sede di progettazione, sia perché escludendo il costo del lavoro dal confronto concorrenziale, il confronto è carato sull’utile e sul costo dei materiali. L’Autorità, dunque, suggerisce un’alternativa, ovvero che l’offerta migliore è determinata “*al netto delle spese relative al costo del personale*” ed implica semplicemente che l’offerta dell’aggiudicatario non può essere giustificata sulla base del mancato rispetto dei minimi contrattuali del personale impiegato, come era previsto dall’art. 87, comma 3, del Codice.



Prime indicazioni sui bandi tipo: tassatività delle cause di esclusione e costo del lavoro

Sommario

Premessa

1. Ambito di applicazione ed entrata in vigore
2. Il quadro normativo: il rapporto tra bandi-tipo e clausole tassative di esclusione
3. I requisiti
 - 3.1 L’esclusione illegittima
 - 3.2 L’esclusione sancita da norme
 - 3.3 L’esclusione non sancita da norme
4. Il cd “soccorso istruttorio”
5. Le singole cause di esclusione

- 5.1 Incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta
 - 5.2 Difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali
 - 5.3 Irregolarità riguardanti i plichi
 - 5.4 Violazione dei termini per la presentazione dell'offerta
 - 5.5 Violazione delle disposizioni relative alla partecipazione dei consorzi e dei raggruppamenti
 - 5.6 Violazioni delle norme sull'avvalimento
 - 5.7 Profili attinenti al subappalto
 - 5.8 La cauzione provvisoria
 - 5.9 Il sopralluogo
 - 5.10 Mancato versamento del contributo all'Autorità
6. I protocolli di legalità
- Parte II – Le modifiche all'art. 38 del Codice
- Parte III – Il costo del personale

a cura dell'Ufficio Studi, Legislazione e Regolazione del mercato

Premessa

Lo scorso 14 maggio è entrato in vigore il decreto legge 13 maggio 2011, n. 70 “Semestre Europeo - Prime disposizioni urgenti per l'economia” (G.U. n. 110 del 13 maggio 2011), convertito in legge dalla legge 12 luglio 2011, n. 106 (G.U. n. 160 del 12 luglio 2011).

L'art. 4, comma 2, lett. h), del d.l. prevede un'importante novità in tema di redazione dei documenti di gara, introducendo, all'articolo 64 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (di seguito, Codice), il comma 4-bis, secondo cui «i bandi sono predisposti dalle stazioni appaltanti sulla base di modelli (bandi-tipo) approvati dall'Autorità, previo parere del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e sentite le categorie professionali interessate, con l'indicazione delle cause tassative di esclusione di cui all'articolo 46, comma 1-bis. Le stazioni appaltanti nella delibera a contrarre motivano espressamente in ordine alle deroghe al bando-tipo».

La norma opera un esplicito rinvio alle “cause tassative di esclusione”, secondo quanto previsto dal nuovo comma 1-bis dell’art. 46 del Codice - parimenti introdotto dall’art. 4, comma 2, lett. d) del citato d.l. n. 70/2011 – secondo il quale le stazioni appaltanti possono escludere i candidati o i concorrenti «in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell’offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l’offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte; i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle».

Sulla base di tali disposizioni, quindi, le cause di esclusione devono derivare dalla violazione di norme vigenti e devono essere tipizzate nei bandi-tipo predisposti dall’Autorità. Si prescrive, inoltre, da un lato, la nullità delle ulteriori disposizioni eventualmente previste a pena di esclusione dalle stazioni appaltanti nella *lex specialis* di gara e, dall’altro, la necessità di motivare esplicitamente eventuali deroghe rispetto al contenuto dei bandi-tipo.

Infine, altre rilevanti modifiche sono state apportate sia all’art. 38 del Codice, sui requisiti di ordine generale per la partecipazione alle gare.

La corretta interpretazione delle norme sopra sintetizzate è essenziale per la predisposizione dei bandi tipo.

Un’ulteriore modifica è, poi, quella apportata dall’art. 4, comma 2, lettera i-bis) del d.l. n. 70/2011 all’articolo 81 del Codice, che disciplina i criteri per la scelta della migliore offerta. Il nuovo comma 3-bis prevede che l’offerta migliore sia «determinata al netto delle spese relative al costo del personale, valutato sulla base dei minimi salariali definiti dalla contrattazione collettiva nazionale di settore tra le organizzazioni sindacali dei lavoratori e le organizzazioni dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, e delle misure di adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro».

Tale novella comporta rilevanti difficoltà operative e l’Autorità ritiene urgente ed indispensabile porre in consultazione le modalità applicative al fine di offrire alcune indicazioni interpretative al riguardo.

E’ stato quindi predisposto il presente documento riassuntivo delle maggiori problematiche interpretative sui temi indicati, allo scopo di effettuare una consultazione delle categorie interessate e delle amministrazioni.

All’esito della consultazione e dopo aver acquisito il parere del Ministero delle Infrastrutture ai sensi dell’articolo 64, comma 4 bis del Codice, saranno individuate le clausole tassative di esclusione per i bandi tipo di lavori, servizi e forniture.

1. Ambito di applicazione ed entrata in vigore

Il nuovo comma 1-*bis* dell'articolo 46 collega l'esclusione dei concorrenti dalle procedure di gara al verificarsi di uno o più dei seguenti presupposti:

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

La norma trova applicazione generalizzata sia ai settori ordinari che ai settori speciali, in virtù di quanto disposto dall'articolo 206, comma 1, del Codice (nella versione risultante a seguito delle modifiche apportate dall'articolo 4 del d.l. n. 70/2011, comma 2 lett. ee). Non assume rilievo l'importo del contratto, che può, quindi, essere sia inferiore che superiore alle soglie comunitarie.

In base all'espressa previsione del comma 3 dell'art. 4, come modificato a seguito della legge di conversione, il comma 1-*bis* dell'art. 46 si applica alle procedure i cui bandi o avvisi sono pubblicati successivamente alla data di entrata in vigore del decreto-legge (14 maggio 2011), nonché, in caso di contratti stipulati senza previa pubblicazione di bandi o avvisi, alle procedure per le quali, alla data di entrata in vigore del decreto-legge, non siano ancora stati inviati gli inviti a presentare le offerte.

2. Il quadro normativo: il rapporto tra bandi-tipo e clausole tassative di esclusione

La *ratio* ispiratrice della disposizione è agevolmente rinvenibile nell'intento di garantire un concreto rispetto dei principi di massima partecipazione e di concorrenza nelle procedure di gara, evitando che le esclusioni possano essere disposte a motivo della violazione di prescrizioni meramente formali. Da questo punto di vista, la norma costituisce il punto di approdo di un *iter* interpretativo, già intrapreso dalla giurisprudenza e dalla Autorità, che, nei suoi termini essenziali, può essere riassunto nel divieto di aggravare il procedimento con oneri formali non rispondenti ad un reale interesse della pubblica amministrazione procedente. Tale orientamento ha condotto, anche prima delle modifiche introdotte dal d.l. n. 70/2011, a ritenere illegittime le esclusioni disposte in assenza di una chiara previsione della *lex specialis* di gara, nonché ad affermare il canone dell'"utilità" delle clausole che, connesso alla necessità di evitare inutili appesantimenti della procedura di gara, è stato ritenuto un metodo operativo irrinunciabile nell'ambito della contrattualistica pubblica (cfr. Cons. Stato, sez. V, 28 febbraio 2011, n. 1245).

Con il nuovo comma 1-bis dell'articolo 46, la legittimità dell'esclusione viene ancorata non più all'espressa previsione del bando o ad un'indagine successiva sull'utilità e ragionevolezza della clausola violata, ma ad un giudizio preventivo e generale che si esprime, una volta per tutte, con la codificazione di regole puntuali da parte del legislatore e, nei termini più avanti chiariti, con la redazione dei cd. bandi-tipo da parte dell'Autorità.

La sanzione di nullità, in luogo di quella classica dell'annullabilità dell'atto amministrativo, induce a ritenere che le clausole di bandi e lettere invito, che prevedano cause di esclusione non consentite, siano automaticamente inefficaci e vadano disapplicate dal seggio di gara, senza necessità di annullamento giurisdizionale.

La nullità non incide sulla giurisdizione, atteso che sussiste sulle procedure di affidamento la giurisdizione esclusiva del g.a., estesa ai diritti soggettivi e alle nullità.

Tuttavia, la nullità influisce sul regime e sui termini di impugnazione, atteso che in base al codice del processo amministrativo (c.p.a). la domanda volta all'accertamento delle nullità previste dalla legge deve essere proposta entro il termine di decadenza di centottanta giorni. Inoltre la nullità dell'atto può sempre essere opposta dalla parte resistente o essere rilevata d'ufficio dal giudice (art. 31, comma 4, c.p.a.).

Correlativamente, l'introduzione del principio di tassatività vale a sancire *ex lege* il divieto per le stazioni appaltanti di prevedere cause di esclusione legate ad irregolarità formali difformi o aggiuntive rispetto a quelle previste dalle norme applicabili ed individuate nei bandi-tipo, pena la nullità delle stesse e fatte salve le limitate e motivate ipotesi di deroga ammissibili .

Per altro verso, il nuovo comma 4-bis dell'art. 64 prescrive che, per la predisposizione dei bandi di gara, le stazioni appaltanti utilizzino "modelli (bandi-tipo) approvati dall'Autorità, previo parere del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e sentite le categorie professionali interessate, con l'indicazione delle cause tassative di esclusione di cui all'articolo 46, comma 1-bis". E', inoltre, previsto che le stazioni appaltanti siano tenute a motivare, nella delibera a contrarre, in ordine ad eventuali deroghe al bando-tipo.

Le due disposizioni vanno lette congiuntamente, al fine di delineare un quadro normativo scevro da incertezze interpretative. La redazione dei bandi-tipo consente, infatti, di supplire alla mancanza di una norma ricognitiva della violazioni comportanti l'esclusione dalle gare e costituisce, pertanto, un parametro certo con cui misurare la correttezza dell'operato delle stazioni appaltanti, tenute a motivare espressamente le deroghe alle previsioni dei bandi tipo. Si tratta, inoltre, di uno strumento flessibile, che, opportunamente emendato nel tempo, permette di recepire eventuali modifiche normative ed assicurare un elevato grado di standardizzazione nelle procedure di gara, con rilevanti benefici in termini di riduzione del contenzioso.

In base al combinato disposto delle norme citate, può ritenersi che siano nulle le prescrizioni che, nei bandi di gara, impongono un dato adempimento ai partecipanti a pena di esclusione senza una specifica copertura nella normativa vigente, mentre, al contempo, sono legittime le

cause di esclusione derivanti dalla normativa vigente in tema di contrattualistica pubblica e dettagliatamente individuate nei bandi-tipo.

Quanto precede ha anche specifiche implicazioni sul potere di deroga che, rispetto ai bandi tipo, è riconosciuto dalle stazioni appaltanti dal citato art. 64 del Codice.

Deve ritenersi che la deroga non possa in alcun caso comportare l'introduzione, nei bandi di gara, di una prescrizione posta a pena di esclusione e non derivante da norme di leggi vigenti, in quanto opererebbe, in tal caso, la sanzione della nullità ex art. 46, comma 1-bis. Di conseguenza, lo spazio di operatività della deroga dovrebbe essere ricondotto all'ipotesi di cause di esclusione che, pur derivanti dalla normativa applicabile, non fossero contemplate nei bandi-tipo, ad esempio perché previste da disposizioni successive alla adozione dei modelli.

Occorre, poi, rammentare che, a mente dell'art. 75, comma 4, le stazioni appaltanti possono richiedere nei bandi «gli elementi essenziali di cui al comma 2, nonché gli altri elementi e documenti necessari o utili, nel rispetto del principio di proporzionalità in relazione all'oggetto del contratto e alle finalità dell'offerta».

Nei paragrafi che seguono vengono, quindi, esaminate alcune ipotesi che possono presentarsi in concreto, al fine di enucleare principi generali atti ad orientare il comportamento delle stazioni appaltanti dinanzi ad eventuali violazioni commesse dagli operatori economici, in fase di partecipazione alle procedure di gara.

3. I requisiti

Occorre precisare che la novella legislativa non elimina né riduce la discrezionalità della pubblica amministrazione nell'individuare i requisiti di partecipazione alle procedure di gara. Tali requisiti – generali o speciali - costituiscono, infatti, presupposti di natura sostanziale per la partecipazione e per l'esecuzione stessa del contratto d'appalto ai sensi dell'articolo 2 del Codice. Quest'ultimo, nel sancire i principi che governano l'attività contrattuale della PA in aderenza al dettato costituzionale (art. 97 Cost.), dispone che l'affidamento e l'esecuzione di opere e lavori pubblici, servizi e forniture devono garantire la qualità delle prestazioni e svolgersi nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza. Come già osservato dall'Autorità (deliberazione n. 226 del 11/07/2007), in considerazione della finalità pubblicistica alla quale sono preordinati i principi di legalità, buon andamento ed imparzialità dell'azione amministrativa, enunciati dall'art. 97 Cost., al loro rispetto non è tenuta solo la stazione appaltante, ma anche coloro che intendono partecipare alle procedure ad evidenza pubblica, sui quali incombe l'obbligo di presentare offerte che, al di là del loro profilo tecnico-economico, devono avere le caratteristiche della completezza, serietà, indipendenza, segretezza: solo in tal modo è assicurato quel gioco della libera concorrenza e del libero confronto attraverso cui può giungersi ad individuare il miglior contraente possibile. Pertanto, il difetto dei requisiti sostanziali di partecipazione (e, cioè, delle caratteristiche di onorabilità e professionalità necessarie per contrarre con la PA) si traduce, necessariamente, nel

mancato adempimento delle prescrizioni imposte dalla vigente legislazione e comporta l'esclusione dalla procedura di gara.

Le stazioni appaltanti, anche nel mutato quadro normativo, possono, quindi, fissare discrezionalmente i requisiti di partecipazione – diversi dai requisiti di ordine generale - purché essi non siano manifestamente irragionevoli, irrazionali, sproporzionati, illogici, nonché lesivi della concorrenza (cfr. pareri AVCP 2 aprile 2009 n. 39 e 19 giugno 2008 n. 188)._

3.1 L'esclusione illegittima

L'esclusione disposta a seguito di una violazione di un adempimento non prescritto dalla normativa applicabile (e, quindi, non riprodotto nei bandi tipo) è illegittima, a meno che la violazione non importi, comunque, incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero attenga alla non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o ad altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte. A titolo esemplificativo, può citarsi il caso in cui il bando prescriva determinate modalità di sigillatura dei plichi ed il concorrente non le osservi. In tal caso, qualora sia comunque garantita una chiusura ermetica tale da impedire ogni accesso o da rendere evidente ogni tentativo di apertura (Cons. Stato, sez. IV, 10 marzo 2011 n. 1553), alla stazione appaltante è inibito disporre l'esclusione, pena la illegittimità della stessa. Ancora, non può più ritenersi consentito prescrivere nel bando, a pena di esclusione, adempimenti formali consistenti, ad esempio, nell'allegazione dell'elenco dei documenti inseriti nelle diverse buste o nell'allegazione di più copie della stessa documentazione già prodotta._

3.2 L'esclusione sancita da norme

In base al tenore letterale dell'art. 46, comma 1-bis, l'inadempimento a prescrizioni normative costituisce un presupposto necessario, ma non sempre sufficiente a motivare l'esclusione automatica.

Quest'ultima potrà essere certamente disposta nell'ipotesi in cui la violazione commessa dal partecipante attenga ad una prescrizione sanzionata espressamente con l'esclusione dalla gara (ad esempio, mancata presentazione dell'impegno del fideiussore ex art. 75, comma 8): in tal caso, una volta accertata la violazione, la sanzione dell'esclusione dovrà essere comminata automaticamente, senza possibilità di sopperire all'inadempimento del concorrente mediante il cd. soccorso istruttorio.

L'ipotesi in esame è quella di più facile interpretazione: non sussistono, infatti, spazi di discrezionalità in capo alla stazione appaltante nel valutare la violazione ed il comportamento conseguente, consistente nell'esclusione automatica, può dirsi legislativamente vincolato._

3.3 L'esclusione non sancita da norme

Diverso e più complesso è il caso in cui il partecipante violi una prescrizione che non è sanzionata espressamente con l'esclusione dalla procedura di gara. A titolo esemplificativo, può trattarsi di una violazione consistente nella mancata presentazione della cauzione provvisoria ex art. 75.

In tale ipotesi, la stazione appaltante dovrà valutare se la violazione comporti, in concreto, una delle conseguenze previste dal comma 1-bis dell'art. 46 del Codice ovvero:

- (i) incertezza assoluta sul contenuto dell'offerta;
- (ii) incertezza assoluta sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali;
- (iii) non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione tale da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte;
- (iv) altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tale da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte.

Mentre alcune delle circostanze indicate sono di immediata rilevazione (ad esempio, consegna di un plico non integro o contenente buste non sigillate), altre impongono ulteriori precisazioni.

In linea generale, può osservarsi che la stazione appaltante, sul presupposto necessario (ma non sufficiente) della violazione della prescrizione normativa (e, quindi, di quanto previsto dai bandi tipo), dovrà innanzitutto valutare la natura dell'inadempimento, al fine di verificare se lo stesso produce le conseguenze previste dall'art. 46, comma 1-bis. Nel caso dell'offerta sprovvista di cauzione provvisoria, ad esempio, può ritenersi che ciò comporti la mancanza di un elemento essenziale dell'offerta che giustifica l'esclusione del concorrente.

La formulazione letterale dell'art. 46, co. 1-bis induce a ritenere che la esclusione possa essere disposta non solo nei casi in cui disposizioni del Codice o del Regolamento la prevedano espressamente, ma anche nei casi in cui impongano adempimenti doverosi ai concorrenti o candidati, o dettino norme di divieto, pur senza prevedere una espressa sanzione di esclusione.

In termini più generali, ogni qual volta il Codice o il Regolamento si esprimono in termini di divieto ovvero di doverosità degli adempimenti imposti ai concorrenti e candidati, con l'uso delle locuzioni "deve" "devono", "è obbligato", l'adempimento deve ritenersi imposto a pena di esclusione (cfr., ad esempio, art. 37, co. 4, 13, 14, 15; art. 75, co. 1, 4, 5; art. 111, co. 1; art. 113, Codice).

4. Il cd “soccorso istruttorio”

Alcune precisazioni appaiono necessarie con riguardo al cd. soccorso istruttorio, ai sensi dell’art. 46, comma 1 del Codice. Quest’ultimo dispone che «nei limiti previsti dagli articoli da 38 a 45, le stazioni appaltanti invitano, se necessario, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati».

La disposizione deve essere apprezzata alla luce delle nuove disposizioni introdotte dal d.l. n. 70/2011, che denotano l’assunzione da parte del legislatore di un approccio di tipo sostanzialistico al tema delle cause di esclusione.

L’art. 46, comma 1, del Codice non assegna alle amministrazioni una mera facoltà o un potere eventuale ma, soprattutto in considerazione del principio di tassatività delle cause di esclusione, codifica piuttosto un ordinario *modus procedendi*, volto a far valere, pur se entro dati limiti, la sostanza sulla forma. In questo senso, l’art. 46, comma 1, costituisce attuazione del criterio del giusto procedimento *ex art. 3* della legge 7 agosto 1990, n. 241 e del principio del *favor participationis*, essendo volto sia ad evitare che il numero dei concorrenti possa restringersi per carenze documentali di ordine formale sia ad orientare l’azione amministrativa sulla concreta verifica del possesso dei requisiti di partecipazione in capo ai concorrenti.

Quanto alla concreta applicazione dell’istituto, l’individuazione dei limiti a cui il soccorso istruttorio soggiace è stata oggetto di una copiosa e non sempre concorde giurisprudenza.

Un elemento di convergenza è rappresentato dal c.d. limite degli elementi essenziali, nel senso che la regolarizzazione postuma non può essere riferita agli elementi essenziali della domanda o dell’offerta. A titolo esemplificativo, non sarebbe possibile procedere ad integrazione documentale a fronte di carenze della offerta tecnica od economica, poiché ciò inciderebbe sul merito del confronto concorrenziale e non su aspetti meramente formali. Tale limite dovrebbe ritenersi persistente anche a seguito delle modifiche apportate al Codice dal d.l. n. 70/2011 ed impedisce che si possano specificare, rettificare, precisare, ovvero mutare sostanzialmente gli elementi negoziali costitutivi dell’offerta, anche perché una simile possibilità violerebbe il limite della preteritorietà del termine per la sua presentazione.

Non si rinviene, al contrario, una posizione comune con riguardo al limite inerente il rispetto del principio di *par condicio* tra i concorrenti.

Secondo una tesi di più recente affermazione, per legittimare l’esclusione sarebbe sempre e comunque necessaria una valutazione sostanzialistica della sussistenza delle cause ostative (Consiglio di Stato sez. V 9/11/2010 n. 7967), dovendosi, pertanto, accordare una ampia portata applicativa all’istituto del soccorso istruttorio. Da ciò conseguirebbe, ad esempio, che in presenza di un documento o di una dichiarazione mancante non previsti a pena di esclusione dalla normativa applicabile il possesso effettivo del requisito di partecipazione (che tali documenti o dichiarazioni sono volti ad attestare) varrebbe a fondare, ed anzi a rendere obbligatoria, la richiesta di integrazioni documentali. Sulla base, invece, di una tesi maggiormente restrittiva, dovrebbe assumere in tal caso prevalenza il principio di formalità

collegato alla garanzia della *par condicio* ed il ricorso al soccorso istruttorio sarebbe ammesso solo in presenza di disposizioni ambigue e per regolarizzare documenti presenti, ma incompleti.

Riassunto in questi termini il dibattito giurisprudenziale, deve osservarsi che le modifiche apportate al Codice non appaiono tali da stravolgere l'impianto generale che regola l'istituto soccorso istruttorio. In altri termini, anche nel nuovo quadro normativo, il soccorso istruttorio non può colmare lacune imputabili ad un comportamento negligente dei concorrenti, poiché ciò costituirebbe *ex se* violazione del principio di *par condicio*.

Le nuove disposizioni, peraltro, potrebbero valere a risolvere *ex ante* la questione delle clausole ambigue sia perché l'esclusione dovrebbe comunque discendere dalla violazione di una norma sia perché, con l'adozione dei bandi tipo, eventuali clausole aggiuntive dovrebbero essere oggetto di specifica motivazione e chiara esplicitazione. Inoltre, il principio di tassatività delle cause di esclusione rafforza l'inquadramento del soccorso istruttorio non come mera facoltà ma come dovere dell'amministrazione procedente.

Vi è, altresì, da rilevare che, con le modifiche introdotte dal d.l. n. 70/2011, si è proceduto alla standardizzazione dei moduli da utilizzare per le dichiarazioni sostitutive.

In particolare, il nuovo comma 2-bis dell'articolo 74 dispone che le stazioni appaltanti richiedono, di norma, l'utilizzo di moduli di dichiarazione sostitutiva dei requisiti di partecipazione di ordine generale e, per i contratti relativi a servizi e forniture o per i contratti relativi a lavori di importo pari o inferiore a 150.000 euro, dei requisiti di partecipazione economico-finanziari e tecnico-organizzativi. Detti moduli sono predisposti dalle stazioni appaltanti sulla base dei modelli standard definiti con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, acquisito l'avviso dell'Autorità (art. 4, comma 2, lettera i), d.l. n. 70/2011).

5. Le singole cause di esclusione

Nei successivi paragrafi vengono illustrate le principali ipotesi di esclusione ammissibili, anche in base alle richieste di chiarimento pervenute all'Autorità. In merito, i soggetti interessati sono inviati a segnalare le ulteriori ipotesi ai fini della redazione dei bandi tipo.

Di seguito un elenco esemplificativo:

1. incertezza assoluta sul contenuto dell'offerta ed offerta carente di altri elementi essenziali;
2. incertezza assoluta sulla provenienza e offerta non sottoscritta;
3. plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione non integro ovvero altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte;
4. violazione dei termini per la presentazione dell'offerta;

5. partecipazione contemporanea alla medesima gara di consorzi stabili e dei consorziati per i quali il consorzio a dichiarato di concorrere ; partecipazione contemporanea alla medesima gara di consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro e/o consorzi tra imprese artigiane e dei consorziati per i quali il consorzio a dichiarato di concorrere; partecipazione contemporanea alla medesima gara in forma individuale e in un raggruppamento o in più di un raggruppamento;
6. soggetti che versano in una delle situazioni di esclusione previste dall'art. 38 del Codice;
7. concorrenti per i quali la stazione appaltante accerta che le relative offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale, sulla base di univoci elementi;
8. violazione delle norme sull'avvalimento;
9. profili attinenti al subappalto;
10. mancato utilizzo di moduli predisposti dalle stazioni appaltanti nel caso in cui l'offerta del prezzo sia determinata mediante prezzi unitari
11. nel caso di contratti nei settori ordinari, mancata produzione della garanzia provvisoria;
12. nel caso di contratti nei settori ordinari, offerta non corredata dall'impegno di un fideiussore a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto, qualora l'offerente risultasse affidatario;
13. mancata effettuazione del sopralluogo;
14. mancato versamento del contributo all'Autorità;
15. verifica a campione dei requisiti speciale ex articolo 48;
16. esclusione automatica delle offerte anomale.

5.1 Incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta

Per quanto attiene all'incertezza assoluta sul contenuto dell'offerta, viene innanzitutto in rilievo la mancata indicazione sul plico esterno generale, nel cui interno sono contenute le buste componenti l'offerta, del riferimento della gara cui l'offerta è rivolta e/o l'apposizione di un'indicazione totalmente errata o generica, al punto che non sia possibile individuare il plico pervenuto come contenente l'offerta per una determinata gara.

Più che una vera e propria causa di esclusione dalla gara, si tratta di un'ipotesi di irricevibilità del plico, anche in considerazione del fatto che la mancata indicazione all'esterno del plico dell'oggetto della gara non consente alla stazione appaltante di osservare le cautele necessarie a garantirne la sicurezza e la segretezza.

Diversamente, non dovrebbe determinare l'incertezza assoluta sul contenuto dell'offerta la mancata o errata indicazione, su una o più delle buste interne componenti l'offerta, del riferimento alla gara cui l'offerta è rivolta, nel caso in cui detta indicazione sia comunque presente sul plico generale esterno, debitamente chiuso e sigillato. Alla medesima conclusione dovrebbe giungersi con riferimento alla mancata indicazione del riferimento della gara su uno o più documenti componenti l'offerta.

Del pari, nel caso di gara divisa in più lotti, la mancata indicazione sul plico generale esterno del/dei lotto/i per il/i quale/i l'offerta concorre, ferma restando l'identificabilità della gara nel suo complesso, non dovrebbe determinare, *ex se*, l'incertezza assoluta sul contenuto dell'offerta (cfr. T.A.R. Toscana Firenze Sez. II, Sent., 06-11-2009, n. 1587), sempre che i documenti componenti l'offerta vera e propria siano chiaramente riferiti ad uno o più lotti. Ugualmente è a dirsi per la mancata indicazione su una o più delle buste interne componenti l'offerta del/dei lotto/i per il/i quale/i l'offerta concorre, ferma restando l'identificabilità della gara nel suo complesso, qualora i documenti componenti l'offerta vera e propria siano chiaramente riferiti ad uno o più lotti.

5.2 Difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali

Il nuovo articolo 46, comma 1-*bis*, del Codice annovera espressamente tra le cause di esclusione il difetto di sottoscrizione. Occorre rammentare, sul punto, che trovano applicazione gli articoli 73 e 74 del Codice, sulla forma e il contenuto, rispettivamente, delle domande di partecipazione e delle offerte.

Con riguardo alle domande di partecipazione, i comma 1 e 2 dell'art. 73 dispongono che «le domande di partecipazione che non siano presentate per telefono, hanno forma di documento cartaceo o elettronico e sono sottoscritte con firma manuale o digitale, secondo le norme di cui all'articolo 77. Dette domande contengono gli elementi prescritti dal bando e, in ogni caso, gli elementi essenziali per identificare il candidato e il suo indirizzo, e la procedura a cui la domanda di partecipazione si riferisce, e sono corredate dei documenti prescritti dal bando»

Quanto alle offerte, i commi 1 e 2 dell'art. 74, stabiliscono che «le offerte hanno forma di documento cartaceo o elettronico e sono sottoscritte con firma manuale o digitale, secondo le norme di cui all'articolo 77. Le offerte contengono gli elementi prescritti dal bando o dall'invito ovvero dal capitolato d'onori, e, in ogni caso, gli elementi essenziali per identificare l'offerente e il suo indirizzo e la procedura cui si riferiscono, le caratteristiche e il prezzo della prestazione offerta, le dichiarazioni relative ai requisiti soggettivi di partecipazione».

Secondo il consolidato orientamento della giurisprudenza amministrativa e dell'Autorità, la sottoscrizione dell'offerta e della domanda di partecipazione, prescritta ai sensi dagli art. 73 e 74 del Codice, costituisce lo strumento mediante il quale l'autore fa propria le dichiarazioni rese, serve a renderne nota la paternità ed a vincolare l'autore alla manifestazione di volontà in essa contenuta.

La sottoscrizione costituisce, pertanto, un elemento essenziale dell'offerta perché ha la funzione di ricondurre al suo autore l'impegno di effettuare la prestazione oggetto dell'appalto verso il corrispettivo indicato nell'offerta medesima ed assicurare contemporaneamente la provenienza, la serietà, l'affidabilità dell'offerta stessa (cfr. AVCP, parere n. 225 del 16 dicembre 2010; parere n. 78 del 30 luglio 2009). Proprio tale funzione rende la sottoscrizione condizione essenziale per l'ammissibilità dell'offerta sia sotto il profilo formale sia sotto il profilo

sostanziale e, pertanto, la sua mancanza inficia la validità della manifestazione di volontà contenuta nell'offerta, determinando la nullità dell'offerta e la conseguente irricevibilità della stessa, anche in mancanza di una esplicita comminatoria della *lex specialis*, a garanzia della par condicio dei partecipanti nonché dell'attendibilità dell'offerta (Cons. Stato, sez. V, 25 gennaio 2011).

E' stato, inoltre, osservato che la sottoscrizione delle singole parti dello schema di offerta da presentare in una gara d'appalto risponde al più generale principio di necessità di approvazione espressa delle condizioni generali di contratto, di cui all'art. 1341 c.c.. La mancanza di sottoscrizione delle condizioni generali di contratto comprometterebbe - ai sensi della lettura coordinata dei commi 1 e 2 dell'art. 1341 c.c. - l'efficacia delle stesse, con ovvi pregiudizi per la certezza dei rapporti giuridici nonché per il buon andamento della p.a. ed altererebbe la *par condicio* tra i concorrenti (T.A.R. Puglia Lecce, sez. III, 7 aprile 2011, n. 625; T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 13 luglio 2010, n. 25087).

Quanto precede vale, altresì, nel caso di concorrente pluri-soggettivo, dovendosi ritenere necessaria la sottoscrizione di tutti i partecipanti al raggruppamento temporaneo.

In particolare, il difetto di sottoscrizione dell'offerta che determina l'esclusione può concretarsi:

- nella mancata sottoscrizione dell'offerta da parte del titolare o del legale rappresentante dell'impresa concorrente o da parte di altro soggetto munito di poteri idonei ad impegnarne la volontà;
- in caso di costituendo raggruppamento, nella mancata sottoscrizione dell'offerta da parte del titolare o del legale rappresentante di ciascuna impresa concorrente o da parte di altro soggetto munito di poteri idonei ad impegnarne la volontà.

Dovrebbe, inoltre, essere equiparata alle ipotesi che precedono la sottoscrizione che non è possibile attribuire ad un soggetto determinato (firma illeggibile che non reca la menzione della qualifica del sottoscrittore).

Benché, quindi, la sottoscrizione sia, nei termini chiariti, un requisito indispensabile per la valida partecipazione, deve escludersi che le stazioni appaltanti possano imporre un obbligo di sottoscrizione su ogni pagina dell'offerta, obbligo non prescritto dalla normativa applicabile e, quindi, non sanzionabile con l'esclusione. Resta, inoltre, da verificare se la mancata sottoscrizione di un atto che costituisce uno dei documenti integranti la domanda di partecipazione alla gara da parte di un concorrente non possa in alcun caso essere considerata una irregolarità formale sanabile nel corso del procedimento (in quanto farebbe venire meno la certezza della provenienza e della piena assunzione di responsabilità in ordine ai contenuti della dichiarazione nel suo complesso) ovvero sia suscettibile di regolarizzazione ai sensi dell'art. 46, comma 1, del Codice.

Sempre con riguardo al profilo della identificazione del concorrente (e, quindi, della provenienza dell'offerta), viene in rilievo il disposto dell'art. 79, comma 5-*quinquies* del Codice, secondo cui "il bando o l'avviso con cui si indice la gara o l'invito nelle procedure

senza bando fissano l'obbligo del candidato o concorrente di indicare, all'atto di presentazione della candidatura o dell'offerta, il domicilio eletto per le comunicazioni; il bando o l'avviso possono altresì obbligare il candidato o concorrente a indicare l'indirizzo di posta elettronica o il numero di fax al fine dell'invio delle comunicazioni". Il tenore letterale della norma sembra indicare che le informazioni enumerate possano essere richieste a pena di esclusione.

Un ulteriore profilo è quello relativo alla mancata allegazione, alle dichiarazioni rese ai sensi del d.P.R. n. 445/2000, della copia del documento di identità del sottoscrittore: anche in tal caso, secondo pacifica giurisprudenza, l'atto non sarebbe in grado di spiegare gli effetti certificativi previsti dalla corrispondente fattispecie normativa, in quanto nullo per difetto di una forma essenziale stabilita dalla legge (Cons. Stato, sez. VI, 2 maggio 2011, n. 2579; Cons. Stato, sez. V, 12 giugno 2009, n. 3690). Pertanto, l'allegazione al testo della dichiarazione sostitutiva di volta in volta rilasciata di un valido documento di identità, non costituisce un mero onere formale, ma piuttosto un fondamentale obbligo del sottoscrittore, configurandosi come l'elemento della fattispecie normativa teleologicamente diretto a comprovare non soltanto le generalità del dichiarante, ma anche il nesso di imputabilità soggettiva della dichiarazione ad una determinata persona fisica (Cons. Stato, sez. V, 4 novembre 2004, n. 7140).

Anche in questa ipotesi, stante il nuovo disposto dell'art. 46 comma 1-*bis*, occorre chiarire se l'omessa allegazione del documento di identità integri una causa di esclusione automatica (per violazione degli artt. 38 e 47 d.p.r. n. 445/2000) ovvero costituisca una mera irregolarità della dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà (suscettibile di correzione per errore materiale).

5.3 Irregolarità riguardanti i plichi

L'art. 46, comma 1-*bis*, contempla sia l'ipotesi in cui il plico contenete l'offerta o la domanda di partecipazione pervenga alla stazione appaltante non integro che quella di ulteriori irregolarità relative alla chiusura, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte. La sigillatura è volta a garantire la segretezza, l'identità, la provenienza ed immodificabilità della documentazione presentata dal concorrente.

E' peraltro necessario chiarire che, già prima delle modifiche introdotte con il d.l. n. 70/2011, è stato ritenuto che l'onere di sigillatura dei plichi può ritenersi assolto anche con modalità non perfettamente rispondenti alle eventuali prescrizioni del bando, purché idonee ad impedire l'apertura della busta, a meno di non manometterne visibilmente la chiusura. Pertanto, la chiusura tramite sigillatura di un plico, pur in un'ottica estensiva ed attenta al perseguimento delle finalità sostanziali sottese alle prescrizioni formali, deve comunque consistere in una modalità di chiusura ermetica, che assicuri l'integrità del plico e ne impedisca l'apertura senza lasciare manomissioni o segni apprezzabili, al fine di assicurare il raggiungimento delle finalità per cui tale adempimento è richiesto (Cons. Stato, sez. VI, 17 luglio 2008, n. 3599 e 20 aprile 2006 n. 2000; sez. V, 18 marzo 2004 n. 1411).

5.4 Violazione dei termini per la presentazione dell'offerta

Il Codice non disciplina espressamente le conseguenze del mancato rispetto del termine di ricezione delle offerte e delle candidature fissato dalla *lex specialis*. In merito, l'art. 55, ai commi 5 e 6, prevede che, relativamente alle procedure aperte e ristrette, gli operatori economici presentano le proprie offerte o richieste di invito «nel rispetto (...) dei termini fissati» dal bando di gara o nella lettera di invito. Si ritiene, tuttavia, che la presentazione dell'offerta oltre i termini imposti dal bando costituisca una grave violazione del principio di *par condicio* dei partecipanti; quindi i termini sono certamente a pena di esclusione.

Si riportano, di seguito, delle possibili formulazioni di clausole tipo che possono valere a precisare quanto precede:

TERMINE DI RICEZIONE DELLE OFFERTE

Le offerte devono pervenire entro il termine perentorio del giorno , ora italiana presso , con le modalità prescritte dal Disciplinare di Gara e Norme Contrattuali; si precisa che l'orario osservato dall'Ufficio Protocollo è il seguente: dal lunedì al giovedì dalle ore alle ore , il venerdì dalle ore alle ore . Si precisa, altresì, che i plichi pervenuti oltre il termine perentorio sopra indicato sono irricevibili.

TERMINE DI RICEZIONE DELLE OFFERTE PRESENTATE PER VIA ELETTRONICA

Le offerte devono pervenire, con le modalità previste dalle "Istruzioni Operative per la presentazione dell'offerta economica in busta chiusa digitale" scaricabili dal Portale entro il termine perentorio del giorno , ora italiana , sottoscritte con firma digitale. Le offerte presentate oltre il termine perentorio sopra indicato sono irricevibili. Le offerte non sottoscritte con firma digitale, ai sensi del combinato disposto dell'art. 77 c. 6 lett. b) e 46 comma 1-bis del D.lgs. 163/06 e s.m i. verranno escluse.

5.5 Violazione delle disposizioni relative alla partecipazione dei consorzi e dei raggruppamenti

In base all'art. 36, comma 5, i consorzi stabili sono tenuti ad indicare, in sede di offerta, per quali consorziati il consorzio concorre; a questi ultimi è fatto "*divieto di partecipare, in qualsiasi altra forma, alla medesima gara*". La medesima norma dispone che, in caso di violazione di tale divieto, devono essere esclusi dalla gara sia il consorzio sia il consorziato. È, inoltre, vietata la partecipazione a più di un consorzio stabile.

Del pari, ai sensi dell'art. 37, comma 7, del Codice è fatto divieto ai concorrenti di partecipare alla gara in più di un raggruppamento temporaneo o consorzio ordinario di concorrenti, ovvero di partecipare alla gara anche in forma individuale qualora abbia partecipato alla gara medesima in raggruppamento o consorzio ordinario di concorrenti.

I consorzi di cui all'articolo 34, comma 1, lettera b) (e, cioè, i consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro costituiti a norma della legge 25 giugno 1909, n. 422 e del decreto legislativo del Capo provvisorio dello Stato 14 dicembre 1947, n. 1577, e successive modificazioni, e i consorzi tra imprese artigiane di cui alla legge 8 agosto 1985, n. 443) sono tenuti ad indicare, in sede di offerta, per quali consorziati il consorzio concorre; a questi ultimi è fatto divieto di partecipare, in qualsiasi altra forma, alla medesima gara; in caso di violazione sono esclusi dalla gara sia il consorzio sia il consorziato; in caso di inosservanza di tale divieto si applica l'articolo 353 del codice penale.

Atteso il tenore letterale delle disposizioni illustrate, la stazione appaltante, accertata la violazione dei divieti indicati, dovrà disporre l'esclusione del consorzio e del consorziato in via automatica.

5.6 Violazioni delle norme sull'avvalimento

L'articolo 49 del Codice disciplina l'avvalimento nella singola gara, contemplando l'ipotesi dell'utilizzo da parte di un operatore economico dei requisiti di un terzo esclusivamente per partecipare alla procedura di affidamento di una specifica gara.

Il Codice prevede che il concorrente alleggi alla domanda di partecipazione, oltre all'eventuale attestazione SOA propria e dell'impresa ausiliaria (in caso si tratti di lavori pubblici), una serie di dichiarazioni, a pena di esclusione, quali: quella "attestante l'avvalimento dei requisiti necessari per la partecipazione alla gara, con specifica indicazione dei requisiti stessi e dell'impresa ausiliaria"; quella circa il possesso da parte del concorrente medesimo dei requisiti generali di cui all'articolo 38 del Codice; quella dell'impresa ausiliaria attestante il possesso da parte di quest'ultima dei requisiti generali di cui al medesimo articolo 38; quella dell'impresa ausiliaria, con cui essa si obbliga verso il concorrente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione, per tutta la durata dell'appalto, le risorse necessarie di cui è carente il concorrente; quella dell'impresa ausiliaria di non partecipare alla gara in proprio o associata o consorziata, ai sensi dell'articolo 34. Inoltre, alla domanda di partecipazione occorre allegare il contratto in virtù del quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornire i requisiti ed a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto, ovvero, nel caso di avvalimento nei confronti di un'impresa che appartiene al medesimo gruppo in luogo del contratto può presentarsi una dichiarazione sostitutiva attestante il legame giuridico ed economico esistente nel gruppo.

Si ritiene che la mancanza di una delle dichiarazioni o del contratto di avvalimento ovvero la non conformità dei contenuti comporti l'esclusione per mancanza dei requisiti del concorrente (cfr. parere Avcp n. 100 del 9 giugno 2011).

L'articolo 49 del Codice sottopone l'istituto dell'avvalimento ad una serie di limiti che comportano, in caso di violazione l'esclusione dell'operatore economico, quali:

- per i lavori, la possibilità di avvalersi di una sola impresa ausiliaria per ciascuna categoria, salva diversa previsione del bando, il quale può ammettere l'avvalimento di più imprese ausiliarie in ragione dell'importo dell'appalto o della peculiarità delle prestazioni, fermo restando il divieto di utilizzo frazionato dei requisiti che hanno consentito il rilascio dell'attestazione SOA;
- il divieto, sancito a pena di esclusione, per l'impresa ausiliaria di prestare i propri requisiti a più concorrenti che partecipino alla medesima gara, salvo il caso in cui, in ragione della natura dell'appalto, per requisiti tecnici connessi con il possesso di particolari attrezzature possedute da un ristrettissimo ambito di imprese operanti sul mercato, sia il bando stesso a consentire l'avvalimento nei confronti di più di un concorrente, sino ad un massimo indicato nel bando;
- il divieto, sancito a pena di esclusione, per un operatore economico di partecipare ad una gara sia in proprio sia in veste di impresa ausiliaria.

5.7 Profili attinenti al subappalto

Per quanto riguarda il subappalto, l'obbligo di indicare in sede di offerta la quota della prestazione che il candidato intende subappaltare è una condizione necessaria per l'autorizzazione da parte della stazione appaltante, nella successiva fase dell'esecuzione del contratto, ad affidare una quota della prestazione ad un subappaltatore, con il quale l'appaltatore può stipulare un contratto derivato secondo quanto stabilito all'articolo 118 del Codice. Una dichiarazione del concorrente che contenga solo un generico riferimento alla normativa vigente in merito alla facoltà di ricorrere al subappalto o una dichiarazione irregolare, recante la volontà di subappaltare lavorazioni o parti di prestazione indicate "non subappaltabili" nel bando di gara, non comportano, pertanto, l'automatica esclusione dalla gara, ma solo l'impossibilità per l'appaltatore di coinvolgere soggetti terzi nel corso dell'esecuzione.

Diverso è il caso in cui la dichiarazione di subappalto sia necessaria per documentare il possesso dei requisiti richiesti ai concorrenti singoli o riuniti al momento di presentazione dell'offerta¹. In tal caso la mancanza della dichiarazione comporta l'esclusione per carenza dei requisiti del concorrente.²

5.8 La cauzione provvisoria

Con riguardo alla garanzia provvisoria, occorre distinguere tra contratti nei settori ordinari e contratti nei settori speciali. Per i settori ordinari, la norma di riferimento è costituita dall'art. 75 del Codice, il quale, tuttavia, commina espressamente l'esclusione soltanto per la mancata presentazione dell'impegno del fideiussore «a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto, di cui all'articolo 113, qualora l'offerente risultasse affidatario» (cfr. comma 8).

La previsione espressa della sanzione dell'esclusione non è contenuta, invece, né dal comma 1 («L'offerta è corredata da una garanzia, pari al due per cento del prezzo base indicato nel bando o nell'invito, sotto forma di cauzione o di fideiussione, a scelta dell'offerente») né dal comma 4 («La garanzia deve prevedere espressamente la rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale, la rinuncia all'eccezione di cui all'articolo 1957, comma 2, del codice civile, nonché l'operatività della garanzia medesima entro quindici giorni, a semplice richiesta scritta della stazione appaltante»).

Attesa la chiara disposizione normativa, qualora l'offerta presentata sia sprovvista dell'impegno del fideiussore, la stazione appaltante dovrà procedere all'esclusione automatica del concorrente, senza possibilità di richiederne la presentazione *ex post*.

Quanto alla cauzione provvisoria, secondo l'indicata *ratio* dell'art. 46, comma 1-bis, deve ritenersi che l'assoluta mancanza della stessa costituisca di per sé motivo di esclusione dalla procedura di gara, senza possibilità di integrazioni successive. Al riguardo, la giurisprudenza amministrativa, pur ritenendo che la cauzione di cui al comma 1 e l'impegno di cui al comma 8 dell'art. 75 del Codice assolvano a funzioni diverse - con la conseguenza logica che la previsione di esclusione espressa contenuta nell'ultima delle due disposizioni non può ritenersi automaticamente estesa anche alla prima - ha comunque concluso che entrambi gli strumenti sono indispensabili a garantire il corretto svolgersi della procedura concorsuale (Cons. Stato, sez. V, n. 1388 del 4 marzo 2011, T.A.R. Lazio Roma, sez. III-*quater*, n. 106/2009). Per quanto, in particolare, concerne la garanzia provvisoria, la giurisprudenza ha osservato che la garanzia del 2% del prezzo base indicato nel bando o nell'invito assolve allo scopo di garantirne la serietà e di costituire una liquidazione preventiva e forfettaria del danno nel caso in cui la stipula del contratto non avvenga per recesso o per difetto dei requisiti del concorrente. In quanto tale, dunque, la cauzione provvisoria costituisce parte integrante della offerta e non un mero elemento di corredo della stessa (Cons. Stato Sez. V, 12 giugno 2009, n. 3746; T.A.R. Campania n. 10315/2007). Ciò induce a ritenere che l'offerta presentata senza la garanzia è incompleta e, pertanto, non ammissibile. In sostanza, l'esclusione avverrebbe sulla base della stessa previsione dell'art. 46 comma 1-*bis* (carezza di elementi essenziali).

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

Più complessa appare l'ipotesi di presentazione di una cauzione provvisoria incompleta, ad esempio perché sprovvista delle clausole di cui al comma 4 dell'art. 75. In tal caso, si pone il dubbio se la stazione appaltante sia tenuta a richiedere un'integrazione documentale ovvero possa procedere all'esclusione automatica.

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

Un altro profilo concerne le modalità di sottoscrizione: il Consiglio di Stato (n. 3365/2011), ha ritenuto legittima l'esclusione di un'impresa aggiudicataria che non aveva presentato la cauzione provvisoria autenticata con firma digitale da notaio o da pubblico ufficiale, come prescritto invece da apposita clausola del bando. Anche se l'inserimento della clausola nel bando avrebbe potuto apparire illegittimo per mancanza di copertura normativa, i giudici hanno affermato invece che «l'autenticazione della sottoscrizione attribuisce certezza alla provenienza della dichiarazione e ne impedisce il disconoscimento da parte del suo autore». In altri termini, si configurerebbe, in tal caso, una ipotesi di incertezza assoluta sulla provenienza dell'offerta, dal momento che l'articolo 74, comma 5, del Codice consente alle stazioni appaltanti di richiedere, in relazione all'offerta, anche altri elementi necessari o utili rispetto a quelli essenziali per l'identificazione dell'offerta.

Si riportano, di seguito, delle possibili formulazioni di clausole tipo che possono valere a precisare quanto precede:

CAUZIONE PROVVISORIA (settori ordinari)

L'offerta deve essere corredata da una cauzione provvisoria di importo pari al 2% dell'importo a base di gara, fatto salvo il beneficio di cui all'art. 75, comma 7, del D.lgs. 163/06 e s.m.i. (Codice), recante le clausole indicate dal comma 4 dell'art. 75 del Codice. Si precisa che la cauzione provvisoria è elemento essenziale dell'offerta, ai sensi del combinato disposto degli artt. 75 comma 1 e 4 e 46, c. 1-bis del Codice. Conseguentemente l'offerta non corredata dalla cauzione provvisoria, così come prevista dal Codice, sarà esclusa.

CAUZIONE PROVVISORIA (settori speciali)

Ai sensi e per gli effetti dell'art. 206 comma 3, del Codice è applicabile l'art. 75 del Codice. L'offerta deve essere, quindi, corredata da una cauzione provvisoria di importo pari al 2% dell'importo a base di gara, fatto salvo il beneficio di cui all'art. 75 comma 7 del Codice, recante le clausole indicate dal comma 4 dell'art. 75 del Codice. Si precisa che la cauzione provvisoria è elemento essenziale dell'offerta, ai sensi del combinato disposto degli artt. 206 c. 3, 75 comma 1

e 4 e 46, c. 1-bis del Codice. Conseguentemente l'offerta non corredata dalla cauzione provvisoria, così come prevista dal Codice, sarà esclusa.

5.9 Il sopralluogo

Per quanto concerne il sopralluogo, l'unica disposizione che vi fa espresso riferimento è il secondo comma dell'art. 106 del Regolamento attuativo ("Disposizioni preliminari per gli appalti e le concessioni di lavori pubblici"). La norma non prevede la sanzione espressa dell'esclusione e, inoltre, non indica alcun documento con il quale il concorrente è chiamato a dimostrare la veridicità delle dichiarazioni rese. Tali dichiarazioni sembrano costituire soprattutto un'assunzione di responsabilità da parte dell'operatore economico, il quale, laddove non avesse effettivamente ottemperato a quanto oggetto della propria dichiarazione, non potrebbe poi dolersi dell'esistenza di condizioni tali da rendere particolarmente difficoltoso lo svolgimento dei lavori, che non erano state rese note dalla stazione appaltante. Resta, tuttavia, da affrontare l'ipotesi in cui il "luogo di esecuzione dei lavori" non sia liberamente accessibile e, quindi, il sopralluogo presupponga necessariamente la cooperazione dell'amministrazione procedente, la quale, laddove non avesse autorizzato alcun rappresentante del concorrente ad accedere ai luoghi predetti, non potrebbe non essere a conoscenza dell'eventuale falsità della dichiarazione resa.

Occorre, quindi, chiarire se la dichiarazione indicata nell'art. 106 deve essere resa a pena di esclusione (cioè se costituisca, ai sensi dell'art. 46 comma 1-bis, un elemento essenziale dell'offerta) e se le stazioni appaltanti, nel caso di accesso non libero all'area dei lavori, possano richiedere la produzione del certificato di avvenuto sopralluogo.

Inoltre, va tenuto presente che l'art. 106 è riferito unicamente agli appalti di lavori e non vi è una norma analoga per i servizi: risulterebbe, quindi, illegittima la richiesta di sopralluogo obbligatorio per contratti che non concernano lavori. Tuttavia, vi sono dei casi (si pensi a servizi da rendere in ambienti specifici e particolari) in cui difficilmente un operatore economico può formulare un'offerta attendibile senza aver preso visione dei luoghi. Un'eventuale impossibilità per la stazione appaltante di richiedere il sopralluogo obbligatorio determinerebbe verosimilmente un incremento del contenzioso in fase esecutiva, perché l'aggiudicatario potrebbe sostenere di non aver potuto formulare un'offerta consapevole con piena cognizione degli oneri assunti.

In definitiva, può ritenersi che il sopralluogo possa costituire un elemento essenziale dell'offerta, certamente nel caso dei lavori pubblici ai sensi dell'articolo 106 del Regolamento, ma anche dei servizi, nel caso in cui il sopralluogo sia indispensabile per la formulazione dell'offerta (cfr. parere Avcp n. 105 del 9 giugno 2011).

5.10 Mancato versamento del contributo all'Autorità

Ai sensi dell'art. 1, commi 65 e 67, della legge 23 dicembre 2005 n. 266 ("Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato"), il versamento della contribuzione all'Autorità, ai fini della copertura dei costi relativi al proprio funzionamento e nella misura dalla stessa determinata con cadenza annuale, costituisce una condizione di ammissibilità dell'offerta.

Al riguardo, la deliberazione del 3 novembre 2010 (Attuazione dell'art. 1, commi 65 e 67, della legge 23 dicembre 2005, n. 266, per l'anno 2011) chiarisce i concorrenti sono tenuti a dimostrare, al momento di presentazione dell'offerta, di avere versato la somma dovuta a titolo di contribuzione e che "la mancata dimostrazione dell'avvenuto versamento di tale somma è causa di esclusione dalla procedura di scelta del contraente ai sensi dell'art. 1, comma 67 della legge 23 dicembre 2005, n. 266".

Con riguardo alle nuove modalità di pagamento del contributo, in vigore per le gare bandite a far data dal 1 maggio 2010, l'Autorità ha precisato in più occasioni (cfr., da ultimo, parere n. 27 del 9 febbraio 2011) che l'esclusione dalla gara rappresenta un atto dovuto ogni qual volta si presenti un inadempimento di tipo sostanziale, consistente nel mancato pagamento delle contribuzioni dovute all'Autorità, e non un inadempimento di tipo formale.

6 I protocolli di legalità

I cd. protocolli di legalità sono accordi che le pubbliche amministrazioni, ai sensi dell'art. 15 della legge n. 241/1990, possono stipulare al fine di sancire un comune impegno ad assicurare la legalità e la trasparenza nell'esecuzione di una data opera o nell'erogazione di dati servizi o forniture, in particolar modo per la prevenzione, il controllo ed il contrasto dei tentativi di infiltrazione mafiosa, nonché per la verifica della sicurezza e della regolarità dei luoghi di lavoro.

Nei protocolli, le amministrazioni assumono, di regola, l'obbligo di inserire nei bandi di gara, quale condizione per la partecipazione, l'accettazione preventiva, da parte degli operatori economici, di determinate clausole che rispecchiano le finalità di prevenzione indicate. Tipico il caso dell'impegno a denunciare eventuali illecite richieste di danaro, tentativi di estorsione, intimidazioni o condizionamenti eventualmente avanzati nei confronti dell'impresa prima della gara o nel corso dell'esecuzione del contratto.

Una stretta interpretazione del principio di tassatività delle cause di esclusione potrebbe portare ad avanzare taluni dubbi sulla persistente possibilità di condizionare la partecipazione alla gara all'accettazione dei protocolli (o degli obblighi in essi contemplati), non essendo la stessa imposta dalla normativa vigente e dal momento che la mancata accettazione non influisce sulle ulteriori conseguenze previste dall'art. 46, comma 1-bis. A conclusioni diverse si dovrebbe, peraltro, giungere per ciò che concerne la fase di esecuzione del contratto.

Vale, al riguardo, rammentare quanto disposto dall'art. 1341 del codice civile circa il fatto che le condizioni generali di contratto predisposte da uno dei contraenti sono efficaci nei confronti dell'altro se al momento della conclusione questi le ha conosciute o avrebbe dovuto conoscerle usando l'ordinaria diligenza, circostanza quest'ultima che è di certo assicurata nel caso *de quo*.

Può farsi, altresì, riferimento al principio di più generale di buona fede sia nella conduzione delle trattative contrattuali sia in fase esecutiva, in riferimento al quale dovrebbe essere motivato un eventuale rifiuto all'accettazione da parte del contraente.

Parte II – Le modifiche all'art. 38 del Codice

La legge ha apportato rilevanti modifiche all'art. 38 del Codice, riguardante i requisiti generali. L'Autorità ha adottato, sull'art. 38, la determinazione n. 1 del 12 gennaio 2010. A seguito della novella legislativa, occorre verificare la persistente validità di alcune delle indicazioni applicative ivi fornite.

Le modifiche all'art. 38 si applicano alle sole procedure i cui bandi o avvisi, nonché, nelle procedure senza bando, inviti, siano successivi al 14 maggio 2011, data di entrata in vigore del decreto legge (art. 4, co. 3, d.l. n. 70/2011). Tale previsione pone delle difficoltà per le norme introdotte dalla legge di conversione e, perciò, in vigore dal 13 luglio 2011, che sembrano così applicabili retroattivamente a procedure i cui bandi, avvisi, inviti, siano successivi al 14 maggio 2011 ma anteriori al 13 luglio 2011.

Art. 38, comma 1, lettere b) e c)

Relativamente alla causa di esclusione disciplinata dall'art. 38, comma 1, lett. b), (concernente la sussistenza di procedimenti per l'applicazione di misure di prevenzione antimafia), è stato aggiunto all'elenco dei soggetti interessati dalla disposizione (titolare o direttore tecnico per imprese individuali; socio o direttore tecnico per società in nome collettivo; soci accomandatari o direttore tecnico per società in accomandita semplice; amministratori con poteri di rappresentanza o direttore tecnico per altre società) il socio unico o il socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci nelle società di capitali. Analoga estensione è stata introdotta per l'ipotesi concernente i reati incidenti sulla moralità professionale di cui alla lett. c), comma 1, dell'art. 38.

L'ulteriore modifica introdotta dalla l. n. 106/2011, sia nella lett. b) che nella lett. c) del citato comma 1, comporta che, esclusivamente con riferimento al socio unico, il possesso dei requisiti è comprovato con riferimento alla sola "persona fisica". Non è chiaro se ciò riguardi anche l'ipotesi del socio di maggioranza nelle società con meno di quattro soci. Da un'interpretazione letterale sembrerebbe emergere che, nel caso di società con meno di quattro soci, i controlli debbano essere effettuati anche sui soci che siano persone giuridiche. Resta da chiarire se, per

socio di maggioranza, debba intendersi soltanto il socio che detiene la maggioranza assoluta o anche quello che detiene la maggioranza relativa.

Per quanto riguarda la lett. c) del comma 1 dell'art. 38 del Codice, viene espressamente previsto che non rilevano, ai fini dell'esclusione dalle gare, i reati per i quali è intervenuta la riabilitazione, l'estinzione o la depenalizzazione, o la revoca della condanna, esplicitando quanto già in parte previsto dal testo previgente. Nella determinazione n. 1/ 2010 l'Autorità ha osservato, in merito, che «l'effetto ostativo dei reati considerati nella disposizione viene meno a seguito delle pronunce di riabilitazione e di estinzione». A tale riguardo, si richiama l'avviso della Cassazione secondo cui «la situazione di fatto da cui origina la causa di estinzione del reato per divenire condizione di diritto abbisogna, per espressa statuizione di legge, dell'intervento ricognitivo del giudice dell'esecuzione il quale è tenuto, nell'assolvimento di un suo preciso dovere funzionale, ad emettere il relativo provvedimento di estinzione ai sensi dell'art. 676 c.p.p.» (Cass., sez. IV pen., 27 febbraio 2002, n. 11560 e, in senso conforme, Cons. Stato, sez. VI, 10 dicembre 2009 n. 7740). Ne consegue che, una volta pronunciata dal giudice di sorveglianza la riabilitazione del condannato, di cui all'art. 178 c.p. (derivandone l'estinzione del reato e delle pene accessorie ed ogni altro effetto penale della condanna) ovvero riconosciuto dal tribunale estinto il reato per il decorso del termine di cinque anni o due anni (a seconda che si tratti di delitto o contravvenzione), ai sensi dell'articolo 445, comma 2, c.p.p., resta preclusa alla stazione appaltante la possibilità di valutare negativamente, ai fini dell'ammissione alla specifica gara, i fatti di cui alla sentenza di condanna. Inoltre, anche se non esplicitato dall'ultimo periodo della lettera c) dell'articolo 38, logicamente resta salva anche la procedura di estinzione, analoga a quella di cui all'articolo 445, comma 2 c.p.p., prevista dall'articolo 460, comma 5, c.p.p..

Viene altresì prevista la riduzione da 3 anni ad 1 anno del periodo da considerare ai fini della cessazione dalle cariche. La relazione illustrativa al disegno di legge sottolinea, sul punto, che «ciò consente, da un lato, di ridurre l'entità di contenzioso derivante dall'esclusione dalle gare per tali motivi, garantendo, dall'altro, il permanere di un congruo periodo idoneo a evitare che la cessazione dalle cariche di soggetti condannati consenta automaticamente la partecipazione alle gare».

La novella precisa, in ogni caso, che l'esclusione ed il divieto operano anche nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, qualora l'impresa non dimostri che vi sia stata completa ed effettiva dissociazione della condotta penalmente sanzionata. La norma, innovando rispetto alla precedente disposizione, non fa riferimento all'adozione di atti o misure di completa dissociazione, ma ad una effettiva dissociazione dell'impresa dalla condotta penalmente sanzionata del soggetto cessato dalla carica.

Occorre, quindi, valutare la portata di tale modifica, in particolare se, ai fini dell'effettiva dissociazione, possa considerarsi sufficiente l'estromissione del soggetto dall'incarico, su iniziativa dell'impresa, laddove sia evidente la finalità di prendere le distanze dalla condotta negativa sanzionata o sia, al contrario, necessario intraprendere azioni di responsabilità nei confronti dei soggetti cessati dalle cariche.

Inoltre, la differente formulazione del comma 2 dell'art. 38 del Codice puntualizza e precisa le cause di esclusione previste dal primo comma alla lettera c). Viene specificato che, in sede di dichiarazione dei requisiti, il concorrente deve dichiarare tutte le condanne penali riportate, ivi comprese quelle per le quali abbia beneficiato della non menzione. Viene, altresì, chiarito che non devono essere dichiarate le condanne quando il reato sia stato depenalizzato ovvero le condanne per le quali sia intervenuta la riabilitazione, o quando il reato sia stato dichiarato estinto dopo la condanna, o dopo la revoca della condanna stessa.

Quindi, dal momento che è ora espressamente previsto che il concorrente dichiari tutte le condanne penali riportate, l'esclusione dalla procedura di gara è comminata dalla stazione appaltante in tutti i casi in cui il concorrente abbia omissso l'indicazione di una sentenza di condanna, indipendentemente dall'accertamento relativo al dolo o alla colpa grave. Si confermano, pertanto, le indicazioni già fornite su tale profilo con la determinazione n. 1 del 2010. Al riguardo, è opportuno che gli operatori economici effettuino una visura *ex art. 33 de T.U. n. 313 del 2002*, al fine di conoscere tutte le iscrizioni esistenti a loro carico, comprese quelle che non appaiono nel certificato, e che compaiono, invece, nei certificati acquisiti dall'Autorità Giudiziaria.

La stessa stazione appaltante, inoltre, (si veda *infra*) è tenuta a segnalare la condotta del partecipante che abbia omissso l'indicazione delle condanne alla gara all'Autorità, che, ai sensi del comma 1-*ter* dell'art. 38, se ritiene che le dichiarazioni o la documentazione siano state rese con dolo o colpa grave (in considerazione della rilevanza o della gravità dei fatti, oggetto della falsa dichiarazione o della presentazione di falsa documentazione), dispone l'iscrizione nel casellario informatico ai fini dell'esclusione dalle successive procedure di gara e dagli affidamenti in subappalto, ai sensi della lett. h) del comma 1, per un periodo di un anno, decorso il quale l'iscrizione è cancellata e perde comunque efficacia.

Art. 38, comma 1, lettera d)

Con riguardo alla causa di esclusione contemplata dalla lett. d) del comma 1 dell'art. 38 del Codice per la violazione del divieto di intestazione fiduciaria posto dall'art. 17 della legge 19 marzo 1990, n. 55, la novella specifica che l'esclusione ha durata di un anno decorrente dall'accertamento definitivo della violazione e va comunque disposta se la violazione non è stata rimossa; relativamente alla modifica in esame, la relazione illustrativa sottolinea che «è stato indicato l'ambito temporale cui circoscrivere l'efficacia interdittiva della infrazione in quanto attualmente costituisce una causa di esclusione *sine die* in contrasto con il principio comunitario di proporzionalità».

Art. 38, comma 1, lett. e)

Il d.l. sviluppo aveva modificato anche l'art. 38, lett. e), relativo alle violazioni gravi in materia di sicurezza e lavoro, eliminando la previsione secondo cui la violazione deve risultare dai dati in possesso dell'Osservatorio, ed inserendo nell'art. 38, co. 2, dei parametri normativi di gravità. La previsione non è stata convertita in legge e, pertanto, è stata in vigore dal 14 maggio al 12 luglio 2011, per i bandi pubblicati in tale intervallo temporale.

Art. 38, comma 1, lettera g)

Con riferimento alle violazioni agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e delle tasse, la novella alla lettera g) del comma 1 dell'art. 38 del Codice precisa che l'esclusione opera solamente in caso di violazioni gravi definitivamente accertate. Si intendono tali (ai sensi della modifica apportata al comma 2 dell'art. 38 dal n. 4) della lettera b)) le violazioni che comportano un omesso pagamento di imposte e tasse per un importo superiore all'importo di cui all'art. 48-bis, commi 1 e 2-bis, del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 602; in proposito, si ricorda che l'importo indicato dal comma 1 dell'art. 48-bis citato è pari a 10.000 euro, mentre il comma 2-bis prevede che, con decreto di natura non regolamentare del Ministro dell'economia e delle finanze, l'importo citato possa essere aumentato, in misura comunque non superiore al doppio, ovvero diminuito.

Art. 38, comma 1, lettera h)

La lettera h), nel testo precedente al decreto sviluppo, prevedeva l'esclusione per gli operatori economici in caso di false dichiarazioni in merito ai requisiti e alle condizioni rilevanti per la partecipazione alle procedure di gara e per l'affidamento dei subappalti, rese nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara e risultanti dai dati in possesso dell'Osservatorio. Sul punto, l'Autorità ha fornito indicazioni applicative nella citata determinazione n. 1 del 2010.

Il d.l. n. 70/2011 ha modificato la lettera h) ed introdotto un comma 1-ter relativo alla segnalazione della falsa dichiarazione all'Autorità e sulla successiva iscrizione al casellario informatico: si prevede che l'esclusione operi nei confronti degli operatori economici iscritti al casellario dell'Autorità. Sono, pertanto, esclusi dalla partecipazione alle procedure di gara i soggetti nei cui confronti, ai sensi del comma 1-ter, risulta l'iscrizione nel casellario informatico, per aver presentato falsa dichiarazione o falsa documentazione in merito a requisiti e condizioni rilevanti per la partecipazione a procedure di gara e per l'affidamento dei subappalti.

Il comma 1-ter stabilisce che, in caso di presentazione di falsa dichiarazione o falsa documentazione, nelle procedure di gara e negli affidamenti di subappalto, la stazione appaltante ne dà segnalazione all'Autorità.

L'Autorità, se ritiene che siano state rese con dolo o colpa grave in considerazione della rilevanza o della gravità dei fatti oggetto della falsa dichiarazione o della presentazione di falsa documentazione, dispone l'iscrizione nel casellario informatico «per un periodo di un anno, decorso il quale l'iscrizione è cancellata e perde comunque efficacia».

Nella determinazione n. 1/2010, l'Autorità ha precisato che, nel caso in cui la stazione appaltante riscontri sul casellario informatico la presenza di un'annotazione a carico di un operatore economico per falsa dichiarazione, l'esclusione dalla gara è automatica (per l'anno previsto dalla norma), vale a dire che costituisce un'attività vincolata, senza possibilità di esercitare alcuna discrezionalità.

Profili di novità attengono, invece, alla successiva fase di iscrizione nel casellario da parte dell'Autorità. Già prima del d.l. n. 70/2011, nella determinazione n. 1/2010, più volte citata, era stato posto in rilievo che una eventuale iscrizione automatica nel casellario (con conseguente applicazione automatica della sanzione interdittiva annuale) si sarebbe posta in contrasto con i principi di diritto comunitario applicabili e, segnatamente, con il principio di proporzionalità.

Ciò aveva condotto a ritenere che, prima di disporre l'iscrizione, l'Autorità avrebbe dovuto valutare l'eventuale inconferenza della notizia o l'inesistenza in punto di fatto dei presupposti per l'annotazione. La novella legislativa prevede ora che la sanzione dell'iscrizione nel casellario non possa essere mai automatica, ma venga effettuata all'esito di una indagine sulla sussistenza, nel caso specifico, dell'elemento soggettivo consistente nel dolo o nella colpa grave del dichiarante e del profilo oggettivo inerente la rilevanza e la gravità dei fatti oggetto di segnalazione e di falsa attestazione.

Pertanto, mentre la stazione appaltante, come sopra rilevato, esclude il concorrente che abbia presentato falsa dichiarazione o falsa documentazione nella specifica gara senza considerare l'elemento soggettivo e segnala la falsa dichiarazione all'Autorità, quest'ultima è tenuta a considerare l'imputabilità del fatto all'impresa in considerazione della rilevanza o della gravità.

Il fatto che il legislatore abbia demandato l'indagine sull'elemento psicologico all'Autorità si giustifica con l'esigenza di non aggravare il singolo procedimento di gara con accertamenti gravosi in ordine all'elemento psicologico del soggetto che abbia dichiarato il falso in ordine a circostanze rilevanti ai fini di gara, nonché di evitare che possa alimentarsi un contenzioso indotto dalle incertezze e dai dubbi interpretativi che potrebbero insorgere in ordine a tale questione (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 6 giugno 2011 n. 3361).

La norma conferma, così, in modo chiaro che la stazione appaltante è tenuta ad effettuare la segnalazione all'Autorità anche con riferimento alla mancata comprova dei requisiti generali e non solo con riferimento a quelli speciali ex articolo 48 (cfr. Cons. Stato, n. 2580, 2 maggio 2011). Oltre alla falsa dichiarazione, la norma fa espresso riferimento anche alla presentazione di falsa documentazione.

Art. 38, comma 1, lett. i)

L'art. 38, co. 1, lett. i) contempla l'esclusione per violazioni gravi alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali. Tale previsione ha dato luogo a numerose questioni in ordine alla rilevanza del DURC al fine della valutazione della gravità delle violazioni previdenziali e assistenziali da parte della stazione appaltante. La giurisprudenza si è, in particolare, divisa tra la tesi secondo cui la mancanza o esistenza del DURC non sono condizione necessaria né sufficiente per ritenere sussistente o insussistente la gravità della violazione (che, quindi, resta rimessa alla stazione appaltante) e la tesi secondo cui la mancanza di DURC comporta automaticamente gravità delle violazioni e, dunque, l'esclusione. L'Autorità nella citata determinazione n. 1 del 2010 ha ritenuto condivisibile la seconda tesi.

La novella non modifica la lett. i) dell'art. 38, ma inserisce, nel comma 2 dell'art. 38, una previsione volta a dare rilevanza al DURC e ad escludere ogni discrezionalità della stazione appaltante in ordine alla valutazione della gravità delle violazioni previdenziali ed assistenziali: la norma afferma, infatti, che, ai fini del co. 1, lett. i), dell'art. 38, si intendono gravi le violazioni ostative al rilascio del documento unico di regolarità contributiva di cui all'art. 2, co. 2, d.l. 25 settembre 2002 n. 210, convertito in legge dalla legge 22 novembre 2002 n. 266.

Si possono, quindi, confermare le interpretazioni fornite nella determinazione n. 1 del 2010.

E' altresì previsto che i soggetti di cui all'art. 47, co. 1, Codice (vale a dire gli operatori economici stabiliti negli altri Paesi dell'Unione europea) dimostrano, ai sensi dell'art. 47, co. 2, Codice, il possesso degli stessi requisiti prescritti per il rilascio del documento unico di regolarità contributiva.

Art. 38, comma 1, lettera m-bis

La modifica riferita alla lettera m-bis) del comma 1 dell'art. 38 è da considerare congiuntamente al nuovo comma 9-quater dell'art. 40 del Codice; essa prevede, per la presentazione di falsa dichiarazione o documentazione ai fini del rilascio dell'attestazione SOA, la stessa modifica prevista dalla lett. h) e dal nuovo comma 1-ter dell'art. 38, vale a dire una disposizione che richiede quali elementi costitutivi della causa ostativa, il dolo o la colpa grave (cfr. al riguardo il "Regolamento in materia di procedimento ex art. 40, comma 9- quater del D.Lgs. 163/06 per l'accertamento della responsabilità delle imprese che presentano falsa dichiarazione o falsa documentazione ai fini della qualificazione sotto il profilo del dolo o della colpa grave", pubblicato in Gazzetta Ufficiale- Serie Generale - n. 168 del 21 luglio 2011 ed il "Manuale di dimostrazione dei requisiti ex articoli 78 e 79 del D.P.R. n. 207/2010 e delle procedure di verifica e valutazione da parte delle SOA" pubblicato il 28 luglio 2011 sul sito AVCP).

Articolo 38, comma 1, lettera m-quater

La modifica del comma 1 dell'art. 38 riguarda la causa di esclusione riferita alla situazione di collegamento tra imprese, prevede un ulteriore adeguamento alla sentenza della Corte di Giustizia del 19 maggio 2009 (causa C-538/07) rispetto all'intervento normativo già operato con il d.l. 25 settembre 2009, n. 135 (convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, l. 20 novembre 2009, n. 166). La novella in esame articola diversamente il contenuto delle dichiarazioni con cui il concorrente attesta di trovarsi o meno in una situazione di controllo, ai fini della verifica da parte della stazione appaltante dell'imputabilità o meno di offerte ad un unico centro decisionale. In primo luogo, viene evidenziato che la dichiarazione deve sempre attestare che il concorrente abbia formulato l'offerta autonomamente. In secondo luogo, il concorrente non deve dichiarare l'esistenza di situazioni di controllo di cui all'art. 2359 c.c., ma di essere o meno a conoscenza della partecipazione, alla medesima procedura di affidamento, di soggetti che si trovano, rispetto al concorrente, in una situazione di controllo. Nel caso in cui si dichiara che si è a conoscenza della partecipazione di soggetti che si trovano in una situazione di controllo, la novella recata dal comma in esame provvede all'eliminazione dell'onere (a carico dei medesimi concorrenti) di presentazione della busta contenente gli elementi utili a dimostrare che la situazione di controllo non ha influito sulla formulazione dell'offerta.

Art. 38, comma 1, lettera m-ter

Si rammenta che per effetto della legge 15 luglio 2009, n. 94 (recante "Disposizioni in materia di sicurezza pubblica") è stata inserita una nuova causa di esclusione alle gare indicata con la lettera m – ter) ed una limitazione dell'ambito soggettivo di applicazione di tutte le ipotesi elencate al primo comma dell'articolo 38. La disposizione preclude la partecipazione alle gare, con contestuale iscrizione nel Casellario informatico, di coloro i quali « (...) pur essendo stati vittime dei reati previsti e puniti dagli articoli 317 e 629 del codice penale aggravati ai sensi dell'articolo 7 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, non risultino aver denunciato i fatti all'autorità giudiziaria, salvo che ricorrano i casi previsti dall'articolo 4, primo comma, della legge 24 novembre 1981, n. 689».

La norma è stata novellata dal d.l. n.70/2011 nei seguenti termini: «La circostanza di cui al primo periodo deve emergere dagli indizi a base della richiesta di rinvio a giudizio formulata nei confronti dell'imputato nell'anno antecedente alla pubblicazione del bando e deve essere comunicata, unitamente alle generalità del soggetto che ha omesso la predetta denuncia, dal procuratore della Repubblica procedente all'Autorità di cui all'articolo 6, la quale cura la pubblicazione della comunicazione sul sito dell'Osservatorio».

La novella ha circoscritto il periodo rilevante, ridotto dai tre anni antecedenti alla pubblicazione del bando di gara ad un anno antecedente.

Essa si applica, ai soggetti elencati alla lettera b) dell'articolo 38 (il titolare o il direttore tecnico, se si tratta di impresa individuale; il socio o il direttore tecnico se si tratta di società in nome collettivo, i soci accomandatari o il direttore tecnico se si tratta di società in accomandita semplice, gli amministratori muniti di poteri di rappresentanza o il direttore tecnico, se si tratta di altro tipo di società), i quali devono essere esclusi dalle gare nel caso in cui non abbiano denunciato all'autorità giudiziaria di essere stati vittime dei reati di concussione o estorsione aggravata. Questa disposizione, tuttavia, non opera quando il fatto è stato commesso, ai sensi dell'articolo 4, comma 1, della legge 24 novembre 1981, n. 689, nell'adempimento di un dovere o nell'esercizio di una facoltà legittima ovvero in stato di necessità o di legittima difesa. In altri termini, la causa di esclusione di cui alla lettera m- ter non opera se la mancata denuncia è riconducibile allo stato di necessità nel quale si sia trovata la vittima del reato.

Parte III – Il costo del personale

A seguito delle modifiche apportate dal decreto legge n. 70/2011, come convertito, , l'articolo 81 del Codice, in materia dei “criteri per la scelta dell’offerta migliore”, è così formulato:

«1. Nei contratti pubblici, fatte salve le disposizioni legislative, regolamentari o amministrative relative alla remunerazione di servizi specifici, la migliore offerta è selezionata con il criterio del prezzo più basso o con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa.

2. Le stazioni appaltanti, scelgono, fra i criteri di cui al comma 1, quello più adeguato in relazione alle caratteristiche dell’oggetto del contratto, e indicano nel bando di gara quale dei due criteri di cui al comma 1 sarà applicato per selezionare la migliore offerta.

3. Le stazioni appaltanti possono decidere di non procedere all’aggiudicazione se nessuna offerta risulti conveniente o idonea in relazione all’oggetto del contratto.

3-bis. L’offerta migliore è altresì determinata al netto delle spese relative al costo del personale, valutato sulla base dei minimi salariali definiti dalla contrattazione collettiva nazionale di settore tra le organizzazioni sindacali dei lavoratori e le organizzazioni dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, e delle misure di adempimento alle disposizioni in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro.

Il d.l. n. 70/2011 ha poi abrogato la lettera g) del comma 2 dell’articolo 87 del Codice.

L’avvenuta abrogazione è certamente da condividere in quanto la disposizione stabiliva che le giustificazioni dell’anomalia dell’offerta potessero riguardare anche il costo del lavoro determinato periodicamente in apposite tabelle dal Ministro del lavoro e delle politiche sociali. La norma non era di facile lettura: se per costo del lavoro si intende il minimo salariale è evidente che lo stesso non può mai essere oggetto di giustificazione (poiché ciò equivarrebbe, di fatto, a consentire ribassi conseguiti attraverso l’impiego di lavoro nero o di manodopera non qualificata); se, invece, per costo del lavoro si intende il costo complessivo del lavoro, la

disposizione doveva ritenersi connessa alla produttività e, quindi, alla lettera a) dello stesso comma 2.

Il nuovo comma 3-bis dell'articolo 81 del Codice, ad una prima lettura, sembra in sostanza porre sullo stesso piano il costo del personale ed il costo della sicurezza. Questo ultimo è sicuramente un costo complessivo.

La disposizione in esame può prestarsi a due diverse interpretazioni.

Secondo una prima interpretazione, la stazione appaltante dovrebbe indicare *ex ante* nel bando di gara l'importo del costo del lavoro. Di conseguenza, l'importo complessivo posto a base di gara dovrebbe essere suddiviso in tre parti: una parte pari al costo del lavoro (tempo previsto per esecuzione del lavoro moltiplicato per i minimi salariali), una parte pari al costo della sicurezza ed una parte pari al costo dei materiali, dei noli a caldo e a freddo, delle attrezzature e delle spese generali, nonché all'utile delle imprese. Dal momento che sulle prime due parti la norma sembra non consentire ribassi, ne deriva che il confronto concorrenziale si svolgerebbe su una percentuale (molto ridotta per commesse ad alta intensità di lavoro) del costo complessivo, con l'effetto di incentivare le imprese a presentare ribassi maggiori al crescere della loro produttività; tali ribassi non sarebbero verificabili in alcun modo, se non con riferimento al costo dei materiali, dei noli a caldo e a freddo, delle attrezzature e delle spese generali, nonché all'utile. Evidentemente, l'effetto concreto e finale che, in tal caso, si verrebbe a determinare non appare conforme all'obiettivo di contrasto al lavoro irregolare che si è prefisso il legislatore.

Occorre, inoltre, domandarsi come possa, in concreto, funzionare il meccanismo di aggiudicazione qualora si utilizzi il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, criterio che implica necessariamente la presentazione da parte delle imprese di proposte progettuali o di proposte migliorative del progetto posto a base di gara. Per i lavori, ai sensi dell'articolo 53, comma 2. del Codice, a base di gara si può porre anche il solo progetto preliminare. Inoltre, va anche rammentato che i contratti di lavori pubblici devono essere stipulati, di norma, a corpo (articolo 53, comma 4 del Codice) e l'offerta va presentata mediante il criterio dell'offerta a prezzi unitari: tale meccanismo di gara appare difficilmente conciliabile con la novella normativa.

Sulla base di tale interpretazione della norma, sono state fornite puntuali indicazioni sulla redazione dei progetti e dei bandi di gara nel documento "Prime indicazioni per l'applicazione delle modificazioni introdotte all'art. 81 del codice dei contratti pubblici dalla legge 12 luglio 2011, n. 106, di conversione del dl 70/2011", redatto dal gruppo di lavoro interregionale "Codice contratti" operante presso ITACA, scaricabile dal sito www.itaca.org.

Sul piano applicativo, la determinazione del costo del personale in fase di indizione dei bandi di gara pone ulteriori notevoli problemi operativi in relazione a talune tipologie di appalti: non tutti i lavori e le forniture sono riconducibili alla logica del servizio ad alta intensità di manodopera conoscibile *ex ante* dalle stazioni appaltanti. Non lo sono, ad esempio, la fornitura di farmaci o di dispositivi medici o di attrezzature informatiche.

Se per i lavori pubblici si potrebbe risalire al costo del personale in fase di progettazione sulla base delle analisi dei prezzi in base alle quali si redigono gli elenchi prezzi ed in base alle disposizioni contenute nel comma 3 dell'articolo 39 del d.P.R. n. 207/2010 in merito alla "tabella della incidenza della manodopera", per molti servizi (per esempio, i servizi di progettazione, i servizi informatici, i servizi assistenziali) e per le forniture (che possono essere prodotte anche in paesi esteri) è di fatto impossibile evidenziare il costo del personale in sede di progettazione del servizio o della fornitura, in quanto ciò presupporrebbe una conoscenza del settore che le stazioni appaltanti verosimilmente non possiedono. Normalmente, in questi casi, gli importi posti a base di gara sono individuati ai sensi dell'articolo 89, comma 1, del Codice con riferimento al miglior prezzo di mercato, trattandosi in generale di servizi o forniture *standard*; tuttavia, il miglior prezzo di mercato non specifica il costo del personale.

E', altresì, evidente come la quantificazione del costo del personale dipenda anche, qualitativamente e quantitativamente, dalle prestazioni offerte nella proposta progettuale qualora la gara si svolga sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, criterio considerato da molti come il migliore per l'aggiudicazione delle commesse pubbliche. Se per costo del personale si intende la somma complessiva dei corrispettivi pagati al personale per eseguire una prestazione qualsiasi sia la sua natura (lavoro, servizio o fornitura), esso è connesso a due elementi: il costo orario del personale ed il numero di ore per cui è utilizzato. La disposizione si fa carico di uno solo dei due elementi, quello del costo orario, stabilendo che non può essere inferiore al minimo salariale. Del resto, il tempo di impiego del personale dipende dalla natura della prestazione e dall'organizzazione dell'impresa. L'esecuzione di una stessa prestazione, quindi, può comportare fra due imprese la necessità di impiegare manodopera per un tempo diverso a causa di una differente organizzazione produttiva e/o di una diversa attrezzatura impiegata.

Tali questioni conducono a riflettere sull'applicabilità concreta della disposizione e sulla possibilità di addivenire ad una sua diversa interpretazione, nel rispetto degli obiettivi che si è posto il legislatore, contrastare il lavoro nero ed il lavoro sottopagato. A parere dell'Autorità, questo obiettivo verrebbe perseguito in modo più efficace verificando il rispetto della normativa sulla manodopera, nella fase di esecuzione delle commesse.

A tale scopo, soccorre la normativa sul documento unico di regolarità contributiva. (articolo 6, del d.P.R. n. 207/2010). Inoltre, la disposizione pone sullo stesso piano i lavori, i servizi e le forniture, ma sembra costruita con riferimento ai lavori ed ai servizi ad alta intensità di lavoro di tipo standardizzato.

Finora il costo del lavoro è sempre stato inteso come costo complessivo della manodopera e la verifica della correttezza del costo del lavoro era parte della verifica di congruità dell'offerta. In sostanza, fermo restando che il costo orario era quello dei minimi salariali, la verifica riguardava la produttività (tempi e organizzazione) del personale proposta dal concorrente. In realtà, ciò avveniva in quanto il comma 2, lettera a), dell'articolo 87 del Codice prevede che le giustificazioni possono riguardare l'economia del procedimento di costruzione o del processo di fabbricazione o del metodo di prestazione del servizio che costituiscono la produttività del concorrente che come prima sottolineato può comportare fra diverse imprese l'utilizzo di una

diversa quantità di manodopera. La disposizione costituisce recepimento di norma comunitaria. Tale verifica si presenta sempre complessa in quanto necessita di una particolare professionalità.

Il termine “costo del personale” non è, quindi, chiaro: può essere inteso come costo complessivo o come costo unitario.

Dato il contesto normativo e le criticità evidenziate che potrebbero portare ad effetti paradossali, occorre verificare se possa ricavarsi una diversa interpretazione della novella da una lettura dell'intero complesso nel rispetto della *ratio* della norma, atteso che essa riguarda i valori fondamentali di solidarietà, uguaglianza e libertà che si rinvergono nel principio di retribuzione adeguata e sufficiente di cui all'articolo 36 della Costituzione.

Prima della novella normativa, la salvaguardia di tali valori era assicurata mediante una verifica *ex post* in un'ottica giustificativa della sostenibilità dell'offerta: come sostenuto dalle direttive comunitarie e dal Consiglio di Stato (cfr., ad esempio, sezione V, nella sentenza 23 giugno 2011 n. 3807), l'indagine sulla congruità dell'offerta deve necessariamente coinvolgere non solo e non tanto gli aspetti logico-formali dell'offerta e delle sue giustificazioni, quanto piuttosto il concreto substrato materiale e organizzativo della struttura dell'impresa aggiudicataria, onde accertare e verificare che effettivamente il costo del lavoro indicato nell'offerta sia oggettivamente (e non solo soggettivamente) idoneo ad assicurare il pieno rispetto dei valori e dei principi costituzionali sopra indicati.

Pertanto, anche alla luce delle criticità sopra evidenziate, occorre valutare se la norma non sia interpretabile nel senso che essa impone sempre alle stazioni appaltanti e alle imprese, qualora il tipo di commessa lo consenta come nel caso dei lavori e di alcuni tipi di servizi, di accertare la congruità delle offerte sulla base della verifica della compatibilità delle scelte organizzative e produttive effettuate dal concorrente con la normativa concernente i minimi salariali contrattuali della manodopera.

Questa conclusione trova il proprio fondamento nella stessa disposizione, dal momento che affermare che l'offerta migliore (l'offerta aggiudicataria) è determinata al “netto delle spese relative al costo del personale valutato sulla base dei minimi salariali definiti dalla contrattazione collettiva nazionale di settore tra le organizzazioni sindacali dei lavoratori e le organizzazioni dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale” sembra significare che le offerte dei concorrenti (ed in particolare quella del concorrente risultato aggiudicatario) non possono essere giustificate sulla base di un mancato rispetto dei livelli e dei minimi contrattuali del personale necessario, come del resto prevede l'articolo 87, comma 3 del Codice, non modificato; di conseguenza, il ribasso offerto può essere giustificato da un'organizzazione imprenditoriale più efficiente e dall'impiego di attrezzature che rendano il lavoro della manodopera più produttivo, tutelando al contempo il costo del personale. Questa interpretazione trova fondamento anche alla normativa comunitaria (articolo 55 della direttiva 2004/18/CE) secondo cui «se per un determinato appalto, talune offerte appaiono anormalmente basse rispetto alla prestazione, l'amministrazione aggiudicatrice, prima di poter respingere tali offerte, richiede per iscritto le precisazioni ritenute pertinenti in merito agli elementi costitutivi dell'offerta in questione». Tale disposizione è stata recepita negli articoli 87 e 88 del Codice.

Alla luce di queste considerazioni la disposizione di cui al comma 3-bis dell'articolo 81 del Codice potrebbe essere interpretata come atta a sancire l'obbligo di effettuare la verifica della congruità del costo del lavoro su due piani: una prima fase consistente nella verifica della produttività presentata dal concorrente; una seconda fase consistente nella verifica del livello e del numero del personale necessario per garantire la produttività presentata e nella verifica dei corrispondenti minimi salariali previsti nella giustificazione. Tale verifica andrebbe fatta sempre sull'aggiudicatario anche nel caso la gara si sia svolta con la procedura dell'esclusione automatica.

Occorre poi tenere presente che non è stato modificato dalla novella normativa il secondo periodo del comma 3-bis dell'articolo 86 del Codice, il quale precisa che il costo del lavoro è quello determinato periodicamente in apposite tabelle del Ministro del lavoro e della previdenza sociale e, quindi, si riferiva ai minimi salariali. Il comma 3-bis dell'articolo 81 fa invece riferimento ai minimi salariali definiti dalla contrattazione collettiva nazionale di settore. Dunque, in sede di verifica dell'anomalia, resta necessario valutare il rispetto del costo del lavoro, atteso che è rimasto in vigore l'art. 86, co. 3-bis, del Codice, di cui l'art. 87, co. 2, lett. g), era mera ripetizione.

Di conseguenza la seconda interpretazione proposta si fonda anche su un dato normativo e sembra più coerente con l'intero sistema.

Alcune precisazioni si rendono necessarie, infine, sulla verifica di congruità per il settore dei lavori pubblici. Il legislatore ha previsto, all'articolo 33, comma 1, lettera f), del d.P.R. n. 207/2010 (confermando quanto previsto dall'articolo 35, comma 1, lettera l) del d.P.R. n. 554/1999), la redazione del quadro di incidenza della manodopera e, all'articolo 39, comma 3, del d.P.R. n. 207/2010, viene stabilito che «il quadro di incidenza della manodopera è il documento sintetico che indica, con riferimento allo specifico contratto, il costo del lavoro di cui all'articolo 86, comma 3-bis, del codice. Il quadro definisce l'incidenza percentuale della quantità di manodopera per le diverse categorie di cui si compone l'opera o il lavoro». Non si rinviene una analoga disposizione per i servizi e per le forniture.

Con riferimento al quadro di incidenza della manodopera, va ricordato che l'articolo 32, comma 1 del d.P.R. n. 207/2010, con riferimento al progetto definitivo, dispone: «Il computo metrico estimativo viene redatto applicando alle quantità delle lavorazioni i prezzi unitari riportati nell'elaborato elenco dei prezzi unitari. Tali prezzi sono dedotti dai vigenti prezziari della stazione appaltante nel rispetto di quanto disposto dall'articolo 133, comma 8, del codice, o, in mancanza della corrispondente voce nei prezziari, dai listini ufficiali vigenti nell'area interessata. Quando il progetto definitivo è posto a base di gara ai sensi dell'articolo 53, comma 2, lettera b del codice, le quantità totali delle singole lavorazioni sono ricavate da dettagliati computi di quantità parziali, con indicazione puntuale dei corrispondenti elaborati grafici; le singole lavorazioni, risultanti dall'aggregazione delle rispettive voci dedotte dal computo metrico estimativo, sono poi raggruppate, in sede di redazione dello schema di contratto e del bando di gara, ai fini della definizione dei gruppi di categorie ritenute omogenee di cui all'articolo 3, comma 1, lettera s). Tale aggregazione avviene in forma tabellare con riferimento alle specifiche parti di opere cui le aliquote si riferiscono».

Parimenti l'articolo 42, comma 2, del d.P.R. n. 207/2010, con riferimento al progetto esecutivo, dispone: « Il computo metrico estimativo viene redatto applicando alle quantità delle lavorazioni, dedotte dagli elaborati grafici del progetto esecutivo, i prezzi dell'elenco di cui all'articolo 41. Le quantità totali delle singole lavorazioni sono ricavate da dettagliati computi di quantità parziali, con indicazione puntuale dei corrispondenti elaborati grafici. Le singole lavorazioni, risultanti dall'aggregazione delle rispettive voci dedotte dal computo metrico estimativo, sono poi raggruppate, in sede di redazione dello schema di contratto e del bando di gara, ai fini della definizione dei gruppi di categorie ritenute omogenee di cui all'articolo 3, comma 1, lettera s) . Tale aggregazione avviene in forma tabellare con riferimento alle specifiche parti di opere cui le aliquote si riferiscono ».

Collegando quanto disposto dagli articoli 32, comma 1, 39, comma 3, 42, comma 2, del d.P.R. 207/2010 e con l'articolo 81, comma 3-bis del Codice, l'unica soluzione possibile sembra essere che l'elenco dei prezzi unitari in base al quale si redige il computo metrico indichi, oltre al costo della lavorazione, anche la percentuale di manodopera necessaria per l'esecuzione della quantità unitaria della lavorazione cui si riferisce il prezzo unitario in modo che sulla base dei computi metrici si possa individuare "l'incidenza percentuale della quantità di manodopera per le diverse categorie di cui si compone l'opera o il lavoro". Tale incidenza è determinata sulla base di analisi dei prezzi delle singole lavorazioni che prevedono una specifica produttività ritenuta corretta dai redattori degli elenchi. Va osservato che, da tempo, alcuni prezzi regionali prevedono l'incidenza della manodopera per ogni prezzo unitario. Spesso, non solo i prezzi unitari di una stessa lavorazione sono diversi nei prezzi regionali, ma sono diverse anche le incidenze della manodopera. Ciò non sempre trova adeguate giustificazioni.

Quanto illustrato consente una corretta applicazione della disposizione di cui all'art. 196 (Disposizioni in materia di documento unico di regolarità contributiva in sede di esecuzione dei lavori) del d.P.R. 207/2010 che ha la finalità di verificare il rispetto nei cantieri della normativa in materia di lavoro che, come prima osservato, è l'obiettivo della novella. L'articolo dispone:

«1. Le casse edili, in base all'accordo di livello nazionale tra le parti sociali firmatarie del contratto collettivo nazionale comparativamente più rappresentative per l'ambito del settore edile, ed il Ministero del lavoro, della salute e delle politiche sociali, verificano la regolarità contributiva e assumono i dati, forniti dal direttore dei lavori, relativi all'incidenza della mano d'opera riferita all'esecuzione dei lavori, in relazione al singolo cantiere sede di esecuzione del contratto. Della regolarità contributiva e della congruità della manodopera relativa all'intera prestazione è dato atto nel documento unico di regolarità contributiva di cui all'articolo 6, comma 3, lettera e)».

La disposizione riguarda la verifica dell'incidenza della manodopera al fine di garantire che i lavoratori impiegati per l'esecuzione dell'opera siano stati assunti nel pieno rispetto della normativa e dei minimi salariali. La norma comporta che il direttore dei lavori indichi quale deve essere l'incidenza della manodopera per quel contratto e che la Cassa edile verifichi che tale percentuale è stata rispettata. L'individuazione del quadro di incidenza sulla base dei computi metrici e dell'incidenza della manodopera, per ogni prezzo unitario, consente al direttore dei lavori di determinare i dati:

a) qualora il contratto abbia ad oggetto, ai sensi dell'articolo 53, comma 2, del codice, lettera a), la sola esecuzione dei lavori, sulla base del quadro dell'incidenza della manodopera di cui all'articolo 39, comma 3, revisionato sulla base dell'incidenza della manodopera prevista nell'analisi dei prezzi presentate dall'esecutore, ai sensi dell'articolo 88, comma 1, del Codice, in sede di verifica della congruità delle offerte;

b) qualora il contratto abbia ad oggetto, ai sensi dell'articolo 53, comma 2, del Codice, lettera a), la sola esecuzione dei lavori e sia stato aggiudicato con la procedura dell'esclusione automatica, sulla base del quadro dell'incidenza della manodopera di cui all'articolo 39, comma 3, revisionato sulla base di valutazioni tecniche connesse al ribasso di aggiudicazione;

c) qualora il contratto abbia ad oggetto, ai sensi dell'articolo 53, comma 2, del Codice, lettere b) e c) la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori sulla base del quadro dell'incidenza della manodopera di cui all'articolo 39, comma 3, allegato al progetto esecutivo redatto dall'esecutore.

In tutti e tre i casi l'incidenza della mano d'opera indicata dal concorrente (costruita con la stessa procedura con cui è stata costruita quella del progetto) consente, in sede di verifica della congruità, di ritenere anomala l'offerta se l'incidenza è molto diversa da quella prevista nella tabella posta a base di gara o non risulta sufficientemente giustificata. Ciò induce il concorrente a fornire dati che può giustificare e lo obbliga, in sede di esecuzione, a rispettare le incidenze indicate in sede di offerta.

Quanto osservato costituisce un ulteriore conforto a sostegno della seconda interpretazione che è stata proposta in questo documento.

¹Cfr. T.A.R. Friuli Venezia Giulia 10 febbraio 2011 n. 98; Cons. Stato, sez. V, 20 giugno 2011, n. 3698.

²In tal senso, si veda T.A.R. Lazio Roma Sez. III, Sent., 01-07-2011, n. 5806: "La giurisprudenza è costante nel ritenere, anche in relazione alla espressione testuale dell'art 118, che richiede di specificare i subappaltatori e i relativi requisiti di partecipazione al momento del deposito del contratto di subappalto e non in sede di offerta, che la mancata o incompleta dichiarazione non incida sulla partecipazione ma eventualmente solo sulla possibilità di ricorrere al subappalto (Consiglio di Stato n° 3969 del 2009; Consiglio Stato, sez. VI, 29 dicembre 2010, n. 9577, per cui i vizi delle dichiarazioni relative al subappalto non determinano esclusione dalla gara, ma semmai impossibilità di ricorrere al subappalto. Tale interpretazione presuppone che l'appaltatore abbia i requisiti per eventualmente eseguire l'opera, non ricorrendo più al subappalto, altrimenti parteciperebbe alla gara una impresa che potrebbe rivelarsi non in grado di eseguire i lavori, non essendo in possesso dei requisiti di partecipazione, con inutilità di tutto il sistema di qualificazione dei lavori pubblici .

L'incompleta o erronea dichiarazione del concorrente relativa all'esercizio della facoltà di subappalto è suscettibile di comportare l'esclusione dello stesso dalla gara nel solo caso in cui questi risulti sfornito in proprio della qualificazione per le lavorazioni che ha dichiarato di voler subappaltare, determinando negli altri casi effetti unicamente in fase esecutiva (Consiglio Stato, sez. IV, 30 ottobre 2009, n. 6708)”._