

## **BANDI-TIPO PER L’AFFIDAMENTO DI LAVORI PUBBLICI DI IMPORTO SUPERIORE A 150.000 EURO NEI SETTORI ORDINARI**

Con riferimento al documento di consultazione predisposto dall’Autorità di Vigilanza ai fini dell’adozione del bando-tipo per lavori pubblici di importo superiore a 150.000 euro nei settori ordinari, si ritiene necessario svolgere alcune osservazioni, riguardanti talune criticità emerse sia dalla lettura della nota illustrativa, che dalla lettura dei singoli modelli predisposti per le diverse tipologie di gara.

Prima di entrare nel merito delle singole questioni, occorre formulare, in via preliminare, alcune riflessioni di ordine generale.

### **CONSIDERAZIONI PRELIMINARI**

In primo luogo, va evidenziato che, a seguito del decreto del Presidente della Repubblica 30 ottobre 2013, che ha sancito l’annullamento degli articoli 107, comma 2 e 109, comma 2 del Regolamento n. 207/2010, manca allo stato attuale, una chiara definizione delle regole vigenti in tema di **categorie specialistiche e “superspecialistiche”**. Come noto, infatti, il decreto legge n. 47/2014 “Misure urgenti per l’emergenza abitativa”, ha stabilito che, entro nove mesi dall’entrata in vigore del decreto medesimo, dovranno essere riscritte le norme regolamentari annullate dal decreto presidenziale; nell’attesa della nuova disciplina, il Ministero delle Infrastrutture ha 30 giorni di tempo per adottare un decreto che stabilisca, in via transitoria, l’elenco delle categorie specialistiche e “superspecialistiche” da considerare a qualificazione obbligatoria.

Si pone, dunque, il problema di stabilire quale sia, nell’attesa che venga definita la disciplina transitoria, l’impostazione che dovranno assumere i bandi di gara; inoltre, è necessario chiarire anche quale sia il destino delle procedure bandite sotto la vigenza del decaduto D.L. n. 151/2013, che conteneva una diversa disciplina transitoria in materia, che sostanzialmente garantiva il permanere delle regole previgenti annullate.

Per quanto riguarda i bandi che verranno adottati fino all’adozione del decreto ministeriale che conterrà la disciplina transitoria, sembrerebbe possibile ritenere che il concorrente ad una gara d’appalto con attestazione SOA nella categoria prevalente (ed in particolare nella categoria generale, per un importo pari al totale dei lavori), possa, in linea di principio, partecipare ed eseguire l’opera anche in mancanza di specifica qualificazione nelle lavorazioni specialistiche (OS) appartenenti alla/e categoria/e scorporabile/i.

Per quanto riguarda, poi, le procedure bandite ai sensi del decaduto D.L. n. 151/2013, si ricorda che, con specifico riguardo alla materia, l’Autorità di Vigilanza ha chiarito che un costante orientamento giurisprudenziale ritiene il bando di gara (lex specialis della procedura), un provvedimento tipicamente autoritativo che non perde tale natura né i suoi effetti, per il solo fatto della mancata conversione del decreto-legge, fermo restando il potere dell’Amministrazione di modificare o revocare il bando in autotutela e salvi gli effetti

ex tunc del suo eventuale annullamento in sede giurisdizionale (cfr. Parere n. 47 del 21/03/2012 e Cons. Stato, sez. V, 2 luglio 2001 n. 3594).

La stazione appaltante è, quindi, tenuta ad applicare le regole fissate nel bando, quale *lex specialis* del procedimento, senza poterle disapplicare, neppure ove risultino non più conformi al quadro normativo a seguito della mancata conversione di un decreto- legge, fatto salvo il potere di autotutela (cfr. Cons. Stato, sez. V, 3 ottobre 2002 n. 5212; Id., sez. V, 22 settembre 2001 n. 4989; Id., sez. IV, 29 dicembre 1998 n. 1605 e sez. V, 10 gennaio 2003, n. 35, in riforma del TAR Lombardia, sez. III).

Sarebbe, dunque, opportuno che tali chiarimenti fossero forniti alle stazioni appaltanti, nell'ambito delle premesse ai bandi-tipo, in modo da chiarire le regole da applicare alle gare, nell'attesa che venga scritta la disciplina transitoria e, successivamente, quella definitiva.

Un ulteriore problema che dovrebbe essere affrontato in sede di "bandi tipo" riguarda l'applicazione del comma 3 bis dell'art. 82 del codice dei contratti pubblici, introdotto dalla legge di conversione del DL n. 69/2013, in tema di **costo del personale**.

Tale disposizione stabilisce che il prezzo più basso è determinato al netto delle spese relative al costo del personale, valutato sulla base dei minimi salariali definiti dalla contrattazione collettiva nazionale di settore, anche di secondo livello e delle misure di adempimento alle disposizioni in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro.

La nuova norma ripropone le questioni che si posero con l'introduzione della disposizione di analogo contenuto di cui alla legge n.106/2011, norma che fu poi abrogata proprio in considerazione delle difficoltà di applicazione.

In particolare, nei confronti del citato comma 3 bis, che, data la sua collocazione, sembrerebbe applicarsi esclusivamente agli appalti da aggiudicarsi con il criterio del prezzo più basso, si pongono i seguenti dubbi interpretativi:

- a) occorre chiarire l'esatta definizione di "costo del personale". Peraltro, si segnala che presso il Ministero del Lavoro è in corso l'elaborazione di tabelle sul costo del lavoro edile da utilizzare, ai sensi del D.Lgs. n. 163/2006, art. 86, co. 3bis, nella predisposizione delle gare di appalto e ai fini della valutazione dell'anomalia delle offerte;
- b) conseguentemente, stabilire se tale indicatore debba essere specificato dall'amministrazione appaltante nel bando di gara oppure contenuto nell'offerta dell'impresa concorrente o da entrambi;
- c) approfondire gli eventuali riflessi sull'istituto della congruità del costo della manodopera di cui all'art. 118, co. 6bis del Codice degli Appalti che, come noto, ne demanda alle Casse Edili la verifica sulla base di un futuro accordo nazionale tra le parti sociali e il Ministero del Lavoro;
- d) chiarire se le "misure di adempimento alle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro", cui fa riferimento il comma 3 bis dell'art.82 del Codice, siano da identificarsi con i costi della sicurezza cd. Aziendali, che devono essere indicati nell'offerta ai sensi dell'art.86, commi 3 bis e 4 del Codice stesso.

La norma pone, dunque, molteplici dubbi interpretativi, che determinano una difficoltà applicativa. Si assiste, infatti, al proliferare di variegata e contraddittorie interpretazioni da parte delle stazioni appaltanti, che stanno producendo una grave situazione di incertezza da parte delle imprese del settore.

In particolare, dalle segnalazioni inviate dalle nostre associazioni Territoriali, emergono sostanzialmente quattro diverse possibili impostazioni dei bandi di gara:

1. bandi che adottano l'interpretazione più restrittiva e, pertanto, contengono l'indicazione del costo complessivo del personale quale valore non ribassabile;
2. bandi che adottano l'interpretazione meno restrittiva, consentendo ai concorrenti di ribassare il costo della manodopera indicato in bando, giustificandone poi la congruità;
3. bandi che rimettono integralmente al concorrente il compito di indicare la quota del costo complessivo del personale da sottrarre al ribasso;
4. bandi che non contengono alcuna indicazione e, pertanto, lasciano presumere la possibilità di produrre giustificazioni in sede di valutazione della congruità dell'offerta anche rispetto al costo del personale.

Tale differenziazione dei bandi risulta particolarmente criticabile, producendo, di fatto, una disomogenea regolamentazione delle gare di appalto, in funzione dell'interpretazione prescelta su tale tema dalla stazione appaltante.

Ad avviso dell'Ance, dunque, è necessario un intervento chiarificatore sulla corretta applicazione della norma, nell'ambito dei bandi-tipo.

Al riguardo, si è a conoscenza della posizione sostenuta dall'Autorità nell'ambito dell'Atto di segnalazione n. 2 del 19 marzo 2014. Tuttavia, la posizione associativa maturata in Ance è a favore dell'interpretazione secondo la quale dovrebbero essere le amministrazioni ad indicare il costo del personale nei bandi di gara, da non sottoporre a ribasso. Questa interpretazione, infatti, appare al momento quella maggiormente semplice per le imprese e, al contempo, più aderente alla finalità sostanziale della norma, di lotta al lavoro irregolare.

Un'ultima questione delicata sulla quale si ritiene necessario richiamare l'attenzione dell'Autorità in sede di bandi tipo, è quella che concerne il tema del **contratto collettivo da applicare nell'ambito degli appalti di lavori edili**.

Alla luce delle numerose segnalazioni ricevute dai nostri associati sul problema concernente la mancata iscrizione in Cassa Edile da parte di imprese affidatarie di appalti aventi ad oggetto lavorazioni edili, e dopo i necessari confronti in sede ministeriale, anche unitamente alle parti sindacali, Ance è divenuta ad una posizione condivisa, e sostenuta dallo stesso Ministero del lavoro, circa l'opportunità di richiedere ai concorrenti alle gare una dichiarazione con la quale si attesti: l' *"applicazione ai lavoratori coinvolti nei lavori oggetto del presente bando di gara del contratto nazionale e territoriale dell'edilizia sottoscritti dalle associazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale"*.

Risulta infatti indispensabile, ai fini di garantire un corretto svolgimento della concorrenza leale tra le imprese e per evitare fenomeni di dumping sociale distorsivi e fortemente lesivi per il mercato, che le imprese partecipanti ai suddetti bandi, che abbiano per oggetto i lavori di natura edile, di cui alle categorie OG1, OG2 e OG3 o che, pur avendo ad oggetto lavori di cui alle restanti categorie, presentino all'interno della categoria stessa una rilevante componente edile, applichino ai lavoratori occupati nell'esecuzione di tali lavori il contratto collettivo nazionale e territoriale dell'edilizia sottoscritto dalle associazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale.

Contrariamente, infatti, si rischierebbe che fattispecie già fortemente penalizzanti negli ultimi tempi per le imprese del settore edile si trasformino in un vero e proprio danno irreversibile per il mercato, attraverso una patologica alterazione della concorrenza, determinata dalla possibilità per imprese che applichino contratti differenti da quello edile, e che perciò sostengono costi notevolmente più bassi, di partecipare alle gare di lavori edili.

Si propone, pertanto, in accordo con i sindacati dell'edilizia e con l'assenso del Ministero del Lavoro, di procedere all'inserimento nei bandi tipo della clausola come sopra esposta.

Infine, appare opportuno ricordare che i bandi tipo dovranno tener conto delle modifiche introdotte recentemente alla disciplina in materia di appalti pubblici dal Decreto c.d. del "Fare" (D.L. n. 69/2013). Al riguardo, si ricorda in particolare:

- l'introduzione, in via transitoria fino al 31 dicembre 2014, dell'obbligo di corrispondere all'appaltatore **l'anticipazione del prezzo d'appalto**, in misura pari al 10% dell'importo contrattuale, pubblicizzando nel bando tale circostanza. In base al dettato normativo, l'anticipazione trova applicazione nei contratti di appalto relativi a lavori, affidati a seguito di gare bandite dopo la data di entrata in vigore della legge di conversione del decreto legge stesso (21 agosto 2013). Nonostante l'infelice formulazione letterale della norma, che si riferisce ai soli contratti affidati a seguito di gara preceduta da bando, in base ad una corretta interpretazione della *ratio* sostanziale della previsione, si ritiene che l'anticipazione debba essere erogata anche nel caso di affidamenti non preceduti da pubblicità, ove consentiti dalla legge (ad esempio, procedure negoziate senza bando), non sussistendo ragionevoli motivazioni per escludere tali contratti dall'ambito di applicazione dell'istituto. Occorre, inoltre, tenere conto del fatto che il pagamento all'appaltatore dell'anticipazione è obbligatorio, e che l'omessa sua pubblicizzazione nel bando non ne comporta l'omessa corresponsione. Infatti, i bandi che non prevedano il pagamento di tale importo devono ritenersi eterointegrati;
- la proroga, in via transitoria fino al 31 dicembre 2015, della possibilità per le stazioni appaltanti, di applicare il meccanismo dell'esclusione automatica delle offerte anomale fino alla soglia comunitaria;
- la proroga, in via transitoria fino al 30 giugno 2014, dell'entrata in vigore della garanzia globale di esecuzione (c.d. performance bond), prevista dall'art. 113 del Codice dei Contratti e disciplinata dagli artt. 129 e seguenti del Regolamento, D.P.R. n. 207/2010.

- il differimento, al 1° luglio 2014, dell'obbligo per i comuni con popolazione inferiore a 5.000 abitanti, di ricorrere alle centrali di committenza per l'affidamento di contratti di lavori, servizi e forniture.

Un'ultima questione delicata sulla quale si ritiene opportuno un intervento chiarificatore dell'Autorità in sede di bandi tipo, attiene al problema della eventuale **rideterminazione della soglia di anomalia in caso di accertata assenza di requisiti generali**.

Manca, infatti, nella normativa vigente una chiara indicazione sulla corretta procedura che la stazione appaltante deve seguire in caso di mancata comprova, da parte dell'aggiudicatario provvisorio, del possesso dei requisiti di ordine generale. In particolare, la *vexata quaestio* concerne la possibilità di applicazione analogica della disciplina di cui all' 48 del D.Lgs. 163/2006, prevista con riferimento esclusivo ai requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa (requisiti di "ordine speciale").

Tale articolo, come è noto, prevede che qualora, in esito al controllo sul possesso dei requisiti, l'offerta dell'aggiudicatario venga eliminata, l'aggiudicazione spetta al soggetto che si colloca in graduatoria nella posizione immediatamente successiva e, solo se anche quest'ultimo non dovesse comprovare il possesso dei requisiti richiesti e dichiarati in gara, si procede alla determinazione della nuova soglia di anomalia e, conseguentemente, ad una nuova aggiudicazione.

In mancanza di una previsione *ad hoc*, invece, la stazione appaltante, nell'ipotesi di mancata comprova dei requisiti di ordine generale, dovrebbe procedere immediatamente ad una nuova determinazione della soglia di anomalia e, conseguentemente, ad una nuova aggiudicazione.

Infatti, ove il difetto dei requisiti in capo alla aggiudicataria provvisoria si palesasse nella fase della cd. verifica a campione, la gara si svolgerebbe fra le sole imprese che presentano un'offerta valida, a seguito dell'esclusione dell'impresa priva dei requisiti.

La ratio sottesa alla disciplina testé evidenziata, tuttavia, sembrerebbe considerare la procedura di gara esaurita, una volta selezionata la migliore offerta ed intervenuta l'aggiudicazione provvisoria da parte della stazione appaltante. Ciò che ad essa segue, vale a dire il controllo sul possesso dei requisiti in capo all'aggiudicatario ed al concorrente che segue in graduatoria, ove già non assoggettati a controllo per sorteggio, è fase successiva alle operazioni di gara, che non riguarda tutti i concorrenti, ma unicamente i migliori due offerenti ed integra l'efficacia dell'aggiudicazione stessa, ai soli fini della stipulazione del contratto (cfr. parere AVCP di precontenzioso n.185 del 20/10/2011).

La giurisprudenza, a tal riguardo, si è espressa nel senso di confermare, almeno con riferimento all'offerta economicamente più vantaggiosa, tale modulo operativo, tenendo in conto che nessuna norma impone di rifare il conteggio dei punti dell'offerta economica quando la procedura è ormai conclusa con l'aggiudicazione provvisoria della gara: in caso di esito negativo della verifica in capo all'aggiudicatario, la stazione appaltante è tenuta ad aggiudicare alla seconda classificata e ciò per un principio di economia degli atti e delle procedure, di concentrazione delle operazioni di gara, nonché per l'interesse pubblico alla sollecita conclusione delle procedure selettive ( Consiglio di Stato, Sez. VI, nella sentenza 17 settembre 2009, n. 5583).

La giurisprudenza ha, inoltre, mostrato di non gradire un trattamento diversificato dei concorrenti a secondo che la carenza consista nel mancato possesso di requisiti generali ovvero speciali. (Consiglio di Stato Sezione VI nn. 4905 e 4907 del 2009). Si è dubitato, in particolare, della eventuale legittimità, per violazione dei principi di eguaglianza e ragionevolezza ex art. 3 Cost, di una normativa che, in presenza di una situazione fattuale identica (mancanza di requisiti di partecipazione alla procedura di gara), possa prevedere un disciplina differenziata, soprattutto in tema di sanzioni ( T.A.R. Toscana, n. 936 del 2011).

Per le ragioni sopra evidenziate, ed in assenza di una chiara indicazione normativa al riguardo, si ritiene che, anche in caso di accertata carenza di requisiti di ordine generale in capo all'aggiudicatario provvisorio, sia possibile aggiudicare la gara al secondo classificato, senza rideterminare la nuova soglia di anomalia, in analogia a quanto previsto dall'articolo 48, comma 1-bis per i requisiti di ordine speciale.

## NOTA ILLUSTRATIVA

### ***Par. 4 - Il sistema di qualificazione secondo il DPR. 207/2010***

- L'Autorità tratta ampiamente delle modifiche apportate alla **categoria di qualificazione OG 11** e cita, alla fine del paragrafo l'applicabilità del c.d. "principio di assorbenza".

Si ricorda, infatti, che, ai sensi dell'art. 79, comma 16, del D.P.R. n. 207/2010, *"l'impresa qualificata nella categoria OG 11 può eseguire i lavori in ciascuna delle categorie OS 3, OS 28 e OS 30 per la classifica corrispondente a quella posseduta. I certificati di esecuzione dei lavori relativi alla categoria OG 11 indicano, oltre all'importo complessivo dei lavori riferito alla categoria OG 11, anche gli importi dei lavori riferiti a ciascuna delle suddette categorie di opere specializzate e sono utilizzati unicamente per la qualificazione nella categoria OG 11"*.

Tale norma ha chiarito inequivocabilmente l'obbligatorietà, per le stazioni appaltanti, di consentire l'applicazione del c.d. "principio di assorbenza" per le imprese in possesso di qualificazione nella categoria OG11, eliminando i dubbi interpretativi presenti in passato e risolti dalla giurisprudenza rimettendo alle amministrazioni la facoltà di consentire o meno l'applicazione di tale principio.

Sulle modalità di attuazione del principio restano, però, da chiarire alcuni dubbi; in particolare, occorre chiarire per quale importo sia spendibile la categoria OG11 laddove utilizzata in sostituzione delle categorie specialistiche richieste nel bando di gara. Infatti, non è chiaro fino a quale importo l'impresa qualificata possa partecipare, qualora nella stessa gara siano presenti singolarmente almeno due delle categorie specialistiche sottese alla stessa OG 11.

In tal caso, non è chiaro se l'attestazione posseduta in OG 11 sia spendibile ex se per ciascuna singola categoria specialistica, oppure se con la stessa si debba coprire la somma degli importi delle specialistiche.

Al riguardo, come già detto, il testo dell'art. 79, comma 16, secondo periodo, prevede che *“l'impresa qualificata nella categoria OG11 può eseguire i lavori in ciascuna delle categorie OS 3, OS 28 e OS 30 per la classifica corrispondente a quella posseduta”*.

Ora, ad avviso dell'Ance, l'interpretazione più aderente al significato letterale della norma induce a ritenere che l'attestato in OG11 abiliti l'impresa a partecipare a bandi, in cui siano previste le singole categorie specialistiche, per l'importo corrispondente alla classifica posseduta in OG11 in ciascuna delle medesime categorie; infatti, dal dettato normativo non si evince la necessità che la classifica posseduta in OG11 debba coprire la somma degli importi previsti nel bando per le singole OS.

A tale conclusione sembra potersi giungere anche considerando che l'impresa deve dimostrare il 180% dei requisiti per qualificarsi nella categoria OG11 (e non il 100% come per le altre categorie), e tale circostanza sembra dare diritto a partecipare alle gare nelle categorie specialistiche ivi ricomprese, per un importo pari alla classifica posseduta in OG11.

Ulteriori precisazioni sembrano necessarie, in generale, con riferimento alla **qualificazione SOA**.

Potrebbe, infatti, valutarsi l'opportunità di fornire un chiarimento, nell'ambito dei bandi tipo, sulla corretta applicazione della disposizione di cui all'art. 61, comma 6, del Regolamento.

Tale norma, infatti, prevede che *“per gli appalti di importo a base di gara superiore a euro 20.658.000, l'impresa, oltre alla qualificazione conseguita nella classifica VIII, deve aver realizzato, nel quinquennio antecedente la data di pubblicazione del bando, una cifra di affari, ottenuta con lavori svolti mediante attività diretta ed indiretta, non inferiore a 2,5 volte l'importo a base di gara; il requisito è comprovato secondo quanto previsto all'articolo 79, commi 3 e 4, ed è soggetto a verifica da parte delle stazioni appaltanti”*.

Tale disposizione, infatti, si applica solo qualora si tratti di appalti di importo a base di gara superiore a 20.658.000 di euro, in cui sia prevista nel bando una qualificazione conseguita nella classifica VIII (art. 61, comma 6 del Regolamento, D.P.R. n. 207/2010).

Un appalto ipotetico di importo, a base di gara, pari a 30 milioni di euro, in cui siano previste due categorie, entrambe nei limiti della VII classifica, non rientra nella previsione suddetta.

Pertanto, dovrebbe essere chiarito che, il possesso del requisito relativo alla cifra d'affari deve riguardare solo gli appalti di importo superiore a 20.658.000 di euro, in cui venga richiesta una categoria per classifica VIII, e deve essere dimostrato con esclusivo riferimento a tale categoria. Al riguardo, va altresì ricordato che, in via transitoria fino al 31 dicembre 2015, il periodo di attività nell'ambito del quale dimostrare tale requisito è quello dei migliori cinque anni degli ultimi dieci.

Infine, un'ultima considerazione va formulata con riferimento al Paragrafo 5 della “Nota Illustrativa”, relativa alle **lavorazioni d'importo inferiore al 10% dell'importo dei lavori ovvero d'importo inferiore a 150.000 euro**, per le quali l'AVCP ritiene *sic et simpliciter* che *“non dovranno essere indicate le ulteriori eventuali lavorazioni d'importo inferiore - al*

*10% dell'importo dei lavori ovvero d'importo inferiore a 150.000 euro -, il cui valore viene così assorbito dalla categoria prevalente".*

Al riguardo, si segnala l'orientamento consolidato delle Stazioni Appaltanti di evidenziare comunque la reale categoria di appartenenza delle lavorazioni, anche se non scorporata, "ai soli fini del subappalto", ai sensi dell'articolo 118. Tale condivisibile orientamento è volto a rendere più elastico il ricorso al subappalto con indubbi vantaggi sia per le imprese che per le Stazioni appaltanti.

### **Par. 6 - Partecipazione in RTI, avvalimento e subappalto**

In tema di RTI, l'Autorità ricorda la norma di cui all'articolo 92, comma 2, del Regolamento che disciplina **i requisiti minimi e le quote di esecuzione nell'ambito delle Associazioni Temporanee di Imprese**. Al riguardo, si ritiene opportuno ricordare che nel parere del Consiglio di Stato 3014/2013, sopra citato, è stata fornita un'importante interpretazione della norma, alla luce del principio elaborato dalla giurisprudenza sulla necessaria corrispondenza tra quote di qualificazione, quote di partecipazione e quote di esecuzione.

In particolare, il Consiglio di Stato ha chiarito che la disposizione deve essere interpretata nel senso che l'impresa mandataria deve essere in possesso di una qualificazione superiore al 40% cento dei lavori, così come le mandanti devono essere in possesso di una qualificazione superiore al 10% dei lavori. Queste percentuali minime, tuttavia, non devono necessariamente essere spese in gara, potendo le imprese raggruppate decidere liberamente di partecipare al raggruppamento per una quota anche inferiore.

Si tratta, a nostro avviso, di una indicazione particolarmente importante, della quale occorrerà tener conto anche ai fini della strutturazione dei bandi di gara, considerato che anche la giurisprudenza si sta muovendo in tal senso (*cf. CdS., VI sez., sent. n. 5074/2012*).

Sempre in tema di RTI, sarebbe opportuno precisare, in tale sede, la corretta applicazione del principio di corrispondenza sostanziale tra quote di qualificazione, partecipazione ed esecuzione dei lavori, con particolare riferimento ai casi di raggruppamento di tipo verticale.

La tematica ruota intorno all'interpretazione dell'art. 37, del Codice degli appalti (D.lgs. n. 163/2006), ove, al comma 13, si prevede che i concorrenti riuniti in raggruppamento temporaneo «devono eseguire le prestazioni nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento».

Al riguardo, si deve osservare che nel Regolamento (art. 92, comma 2) l'inciso per cui «i lavori sono eseguiti dai concorrenti riuniti in raggruppamento temporaneo nella percentuale corrispondente alle quote di partecipazione», è previsto solo per i raggruppamenti di tipo orizzontale, ma non nel comma dedicato ai raggruppamenti di tipo verticale.

La ratio di questa distinzione, ad avviso dell'ANCE, va ricercata nella diversità della composizione verticale di un raggruppamento di imprese, rispetto a quella orizzontale. Nel



primo caso, infatti, la qualificazione è verificata dalla stazione appaltante per l'intero importo di ogni singola categoria prevista nel bando; nel secondo caso, invece, la stessa è accertata in ragione delle quote percentuali di partecipazione delle singole imprese alla realizzazione dell'opera e al raggruppamento.

Ciò significa che mentre nel caso di raggruppamento di tipo orizzontale il singolo lavoro è suddiviso in percentuale tra più imprese che eseguono un'identica tipologia di lavori, nel caso di raggruppamento di tipo verticale, il rispetto del principio generale di corrispondenza è di per sé adempiuto in ragione della tipologia di opere assunte: ogni impresa deve eseguire le categorie di opere per le quali si è qualificata.

A tale proposito, si segnala come la giurisprudenza abbia evidenziato che l'elemento distintivo tra le due fattispecie di raggruppamento vada ricercato nel criterio di riparto dei lavori fra mandataria e mandanti. Quest'ultimo è di tipo "qualitativo" nei raggruppamenti verticali mentre è di tipo "quantitativo" in quelli orizzontali, per i quali l'onere di preventiva specificazione della quota parte delle lavorazioni che saranno eseguite dalle varie partecipanti al raggruppamento appare tanto più stringente (Consiglio di Stato Sez. IV, sentenza n. 8253 del 27 novembre 2010).

Il riparto di tipo "qualitativo" è ben esplicitato dall'articolo. 92, comma 3, del Regolamento che, per i raggruppamenti di tipo verticale, specifica la necessaria presenza, in capo alla mandataria/capogruppo, di requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi nella categoria prevalente e, in capo alle mandanti, degli stessi requisiti in ragione delle categorie scorporate singolarmente eseguite.

Tanto premesso, in sede di partecipazione alla gara, l'impresa mandataria così come la mandante, non dovrebbero essere tenute ad indicare, a pena di esclusione, le percentuali di partecipazione al raggruppamento, ma esclusivamente la suddivisione, tra la mandataria stessa e la mandante, delle categorie previste nel bando di gara.

In tema di **avvalimento**, sembrerebbe, anzitutto, necessario chiarire che la responsabilità dell'impresa ausiliaria non riguardi tutte le prestazioni oggetto del contratto di appalto, ma solo quelle inerenti alle risorse prestate dall'impresa ausiliaria.

L'impresa ausiliaria non è, infatti, parte del contratto d'appalto sottoscritto fra stazione appaltante e concorrente, bensì è parte di un contratto di avvalimento sottoscritto con l'ausiliata; inoltre, ai sensi dell'art. 49, deve sottoscrivere una dichiarazione, presentata in gara dall'ausiliata, con la quale si obbliga verso il concorrente e la stazione appaltante a mettere a disposizione le risorse di cui è carente il concorrente medesimo per tutta la durata del contratto d'appalto.

Non essendo parte del rapporto contrattuale principale, l'impresa ausiliaria non potrebbe essere responsabile per l'adempimento di prestazioni che non saranno eseguite materialmente dall'impresa ausiliata con le risorse e i mezzi messi a disposizione, né la stazione appaltante potrebbe rivalersi nei suoi confronti per un inadempimento attribuibile all'impresa principale che non presenti alcun legame con le risorse messe a disposizione.

Una eventuale interpretazione difforme, infatti, comporterebbe il configurarsi di una sorta di responsabilità per fatto altrui o di responsabilità oggettiva, non contemplata in alcuna delle disposizioni esaminate.

Ne deriva che non appare sostenibile un'interpretazione volta ad estendere la responsabilità dell'ausiliaria anche a prestazioni eseguite dall'impresa ausiliaria senza ricorrere alle risorse messe a disposizione mediante avvalimento.

In merito alla possibilità di dimostrare il possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e organizzativo, mediante avvalimento, si ritiene opportuno, tuttavia, inserire una precisazione in merito al contratto di avvalimento stesso, al fine di richiamare l'attenzione sulla necessità di individuare nel modo più compiuto possibile le risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria.

Recentemente il Consiglio di Stato, sez. V, con sentenza 10 gennaio 2013, n. 90, ha ribadito la necessità che il contratto di avvalimento sia "reale e non formale, nel senso che non può considerarsi sufficiente <prestare> la certificazione posseduta." (cfr. anche la sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, 6 agosto 2012, n. 4510, con la quale il giudice amministrativo ha sottolineato come la puntuale individuazione dell'oggetto del contratto di avvalimento discende da ragioni di natura civilistica).

Secondo costante giurisprudenza, infatti, la Stazione appaltante deve essere messa nelle condizioni di valutare se con l'avvalimento il concorrente sia posto, in concreto, in condizione equivalente a quella di un concorrente autosufficiente circa il possesso dei requisiti. E' ciò è possibile solo qualora il contratto di avvalimento riporti con completezza le risorse e i mezzi prestati in modo determinato e specifico (cfr. art. 88 del Regolamento D.P.R. n. 207 del 2010).

### **Par. 7 - Modelli e documentazione di gara**

In tale paragrafo l'Autorità precisa che, con riferimento agli appalti comprensivi della progettazione, di cui alle lettere b) e c) dell'articolo 53 del codice, i modelli di bandi sono stati elaborati con esclusivo riferimento al **criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa**, che è da considerare come il sistema di affidamento preferibile in relazione alla specificità ed alla complessità dei servizi in questione.

A riguardo si precisa che, a nostro avviso, l'attribuzione di un carattere preferenziale a tale criterio di aggiudicazione non sembra condivisibile, con particolare riferimento all'ipotesi di cui alla lettera b) sopra citata. Infatti, l'offerta economicamente più vantaggiosa è un criterio particolarmente complesso ed oneroso, che dunque va utilizzato soltanto nei casi in cui risulti effettivamente indispensabile, in considerazione del contenuto dell'offerta richiesta dal bando di gara. In particolare, qualora si richiedano modifiche o migliorie rispetto al progetto definitivo posto a base di gara, tale criterio appare indispensabile, mentre non lo è laddove tali varianti non siano richieste, dovendo il progetto esecutivo essere elaborato dall'aggiudicatario sulla base del definitivo dell'amministrazione. In tale ultima ipotesi, sembra essere più idoneo il criterio del massimo ribasso.

E' altresì opportuno precisare che il comma 35 dell'art. 34 della legge 221/2012 ha introdotto il **rimborso a carico dell'aggiudicatario per "le spese per la pubblicazione** di cui al secondo periodo del comma 7 dell'articolo 66 e al secondo periodo del comma 5

dell'articolo 122 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 in relazione ai **bandi** ed agli avvisi pubblicati successivamente al 1 gennaio 2013”.

Alla luce di tale intervento normativo, si ritiene opportuno che i modelli di bandi tipo facciano riferimento all'obbligo di indicare il costo sostenuto dalle stazioni appaltanti per la pubblicazione per estratto sui quotidiani a diffusione nazionale e locale, dei bandi e degli avvisi con cui s'indice la gara.

Tale precisazione appare opportuna affinché l'impresa possa tener conto, in sede di formulazione dell'offerta, anche dell'esborso conseguente all'aggiudicazione.

In caso contrario, infatti, la richiesta di rimborso determinerebbe un'illegittima modificazione del sinallagma contrattuale, dovuta all'alterazione del rapporto di remuneratività sulla base del quale gli operatori economici hanno partecipato alla procedura di evidenza pubblica ed hanno formulato la loro offerta.

In tal senso si è pronunciata anche ITACA (Istituto per l'innovazione e trasparenza degli appalti e la compatibilità ambientale), organo tecnico della conferenza delle Regioni, che ha fornito una ricognizione puntuale delle norme vigenti in materia di pubblicità e di trasparenza sui contratti pubblici, anche alla luce della produzione normativa intervenuta di recente. A tal riguardo, ha affermato la necessità di citare nei bandi la norma che pone gli oneri a carico dell'aggiudicatario nonché individuare in modo specifico i costi, dopo un'attenta analisi di mercato.

Inoltre, appare altresì opportuno sottolineare che proprio la necessità che il concorrente debba conoscere, ancor prima di formulare l'offerta, i costi che sarà tenuto a supportare in caso di aggiudicazione, induce a ritenere la non applicabilità dell'onere in questione agli avvisi con cui si conclude la procedura di gara di cui all'articolo 65 nonché 122 comma 3 del codice dei contratti.

Infatti, se i costi relativi alla pubblicazione sui quotidiani a diffusione nazionale e locale sono per necessità già quantificabili al momento della pubblicazione del bando di gara o dell'avviso di pre-informazione, la stessa considerazione non può essere svolta in relazione agli avvisi di post informazione, in quanto di contenuto non preventivamente determinabile.

### ***Par. 7.1 - Modelli relativi alla procedura aperta***

Nell'ambito di tale paragrafo viene affrontato, con riferimento alle procedure aperte, un problema delicato, in realtà comune a tutti i tipi di procedure, concernente l'obbligo di indicazione degli **oneri specifici della sicurezza** in sede di gara (spesso definiti, in dottrina e giurisprudenza, anche come: costi della sicurezza aziendali, costi *ex lege*, costi propri, costi da rischio specifico dell'impresa).

L'Autorità, infatti, pone il problema se, anche negli appalti di lavori pubblici, si debba ritenere vigente un obbligo di indicazione in sede di gara di tali costi, così come previsto dall'articolo 87, comma 4 del codice per gli appalti di servizi e forniture.

Come noto, gli oneri della sicurezza aziendali sono costi della sicurezza propri dell'azienda e, dunque, sono diversi dagli oneri della sicurezza cosiddetti da interferenze, che sono quantificati direttamente dalla stazione appaltante nel bando di gara, con indicazione di non assoggettabilità al ribasso d'asta. I costi della sicurezza aziendali, infatti, sono i costi che l'impresa deve sostenere per la gestione del rischio aziendale, a prescindere dall'esecuzione dei singoli contratti d'appalto, e riguardano adempimenti obbligatori in virtù della normativa vigente.

Negli ultimi tempi si è andata diffondendo da parte delle stazioni appaltanti la prassi di richiedere, anche per gli appalti di lavori, l'indicazione in sede di offerta degli oneri della sicurezza aziendali, facendone derivare l'esclusione dalla gara in caso di mancata indicazione. Peraltro, in alcuni casi, l'esclusione viene comminata anche in assenza di una espressa richiesta del bando. Infatti, la giurisprudenza amministrativa sembra orientata nel senso di ritenere sempre vigente l'obbligo di indicazione di tali costi, in virtù del principio della eterointegrazione ex lege dei bandi, in quanto si tratterebbe di un obbligo posto a tutela di interessi costituzionalmente rilevanti, quali la sicurezza e tutela dei lavoratori, e dunque le norme che lo prevedono sono da considerare immediatamente precettive, a prescindere dal loro richiamo negli atti di gara.

La questione, che sta producendo numerosi contenziosi con le amministrazioni, con conseguente blocco dei lavori da realizzare, deriva da un problema di carattere interpretativo.

Infatti, le stazioni appaltanti ritengono applicabile anche al settore dei lavori pubblici l'obbligo di indicazione in gara degli oneri della sicurezza aziendali, nonostante manchi una chiara indicazione in tal senso nell'ambito della normativa vigente, quale invece sussiste per i servizi e le forniture.

In questi due ultimi casi, infatti, il legislatore ha chiarito, inequivocabilmente, l'operatività di tale obbligo nell'ambito dell'articolo 87, comma 4, del codice dei contratti, mentre un'indicazione analoga non sussiste per il settore dei lavori pubblici. Nonostante ciò, l'obbligo di indicazione si ritiene operativo anche in tale ambito, in base ad una particolare interpretazione del combinato disposto di due norme, inserite nel codice dei contratti, che sono l'articolo l'art. 82, comma 3-bis e l'articolo 86, comma 3-bis.

Va, altresì, considerato che le pronunce della giurisprudenza amministrativa, che sembrano confermare la sussistenza in via generale di un obbligo dichiarativo in gara, riguardano in realtà quasi esclusivamente appalti di forniture e servizi. L'unica sentenza nota, riguardante il settore dei lavori, è quella del Consiglio di Stato, sez. V, n. 4964 del 9 ottobre 2013, nella quale si afferma l'inapplicabilità di tale obbligo di preventiva indicazione, considerato che nei lavori, a differenza di quanto avviene negli appalti di servizi e forniture, sono le amministrazioni a dover indicare in bando l'importo degli oneri della sicurezza da non sottoporre a ribasso. In altri termini, anche in considerazione della maggiore rischiosità connessa all'attività di cantiere, vi è un'analisi preventiva dei costi della sicurezza da parte dell'amministrazione, che ne indica in bando l'importo da non sottoporre a ribasso. Pertanto, secondo i giudici, il riferimento contenuto nell'articolo 86, comma 3-bis, all'indicazione dei costi della sicurezza in gara, deve essere interpretato con riferimento alla quantificazione effettuata dalla stazione appaltante. Viceversa, per i servizi e le forniture, in cui manca tale preventiva quantificazione in bando, sono le imprese a dover indicare.

Ance ritiene, quindi, che non si possa ritenere sussistente, nel settore dei lavori pubblici, un obbligo di indicazione in sede di offerta dei costi della sicurezza aziendali. Tale onere di indicazione appare, infatti, un aggravio per le imprese concorrenti, non sufficientemente suffragato dalla normativa vigente né dalla giurisprudenza relativa agli appalti di lavori e, anche dal punto di vista degli effetti finali, non sembra aggiungere nulla, sul piano delle garanzie per l'amministrazione, circa il corretto comportamento in tema di sicurezza da parte delle imprese. Infatti, nei costi della sicurezza aziendali rientrano spese relative ad adempimenti obbligatori per legge e rispetto a tali adempimenti la vera garanzia rimane sempre e comunque la fase di verifica ispettiva in fase di esecuzione dei lavori da parte degli organi di controllo. Pertanto, la predeterminazione di tali costi in fase di gara appare illogica e non finalizzata a dare concretezza alla tutela e alla sicurezza dei lavoratori.

Si ricorda, inoltre, che l'edilizia è l'unico settore per il quale il legislatore, al momento, ha previsto nel Testo Unico n. 81/2008 una dettagliata verifica "a monte" dell'idoneità tecnico professionale delle imprese, da svolgersi in relazione alle funzioni o ai lavori da affidare. Tale verifica, infatti, che costituisce una condizione per l'affidamento del contratto, è definita dal Testo Unico come il possesso di capacità organizzativa, nonché la disponibilità di forza lavoro, di macchine e di attrezzature, in riferimento ai lavori da realizzare e si concretizza nell'esibizione al committente, da parte delle imprese, di una serie di documenti, tra i quali è incluso anche il documento di valutazione dei rischi.

Infine, si ricorda che, in fase di svolgimento dei lavori, il coordinatore per l'esecuzione, figura nominata dal committente, ha l'obbligo di verificare l'idoneità del piano operativo di sicurezza che ciascuna impresa è obbligata a redigere, dal quale si desumono tutti gli elementi che caratterizzano l'organizzazione aziendale in tema di sicurezza, riferiti al singolo cantiere. Il coordinatore è tenuto a segnalare al committente le inosservanze delle imprese alle disposizioni di legge, proponendo la sospensione dei lavori, l'allontanamento dell'impresa o la risoluzione del contratto.

In alti termini, il legislatore, tenuto conto dell'elevata rischiosità del settore edile, ha previsto, sia prima dell'affidamento dei lavori sia in fase esecutiva, meccanismi di controllo efficaci e concreti da parte della stazione appaltante rispetto all'adeguata organizzazione dell'impresa sul piano della sicurezza. Tali controlli appaiono ben più significativi, sul piano delle garanzie per l'amministrazione, di quanto potrebbe risultare una verifica di congruità basata su costi aziendali indicati in gara, che potrebbero non essere indicativi dell'effettivo livello qualitativo della sicurezza attuato dall'impresa nell'appalto.

Per tutte le motivazioni sopra indicate, la posizione di Ance è del tutto contraria all'inclusione dei lavori pubblici tra i settori ai quali applicare l'obbligo di indicazione dei costi della sicurezza aziendali in sede di gara. Tale inclusione, infatti, non appare giustificata né alla luce della normativa vigente che, allo stato attuale, non contiene un'indicazione chiara ed esplicita al riguardo, né alla luce della giurisprudenza, che ad oggi non sembra aver confermato tale obbligo in contenziosi riguardanti i lavori pubblici. Essa, inoltre, appare illogica ed immotivata anche per ragioni di ordine giuridico - sostanziale, considerati i controlli già previsti dalla normativa vigente al fine di accertare l'adeguata organizzazione dell'impresa sul piano della sicurezza, sia in generale che con riferimento allo specifico appalto.

Naturalmente, resta ferma la possibilità per le amministrazioni di valutare tali costi, unitamente alle altre voci costituenti l'offerta, nell'ambito del procedimento di valutazione delle offerte anomale, ai sensi dell'articolo 86, comma 3-bis, del codice dei contratti.

L'Autorità fa, poi, riferimento al **sistema AVCpass** che, in ragione di quanto previsto dall'art. 6-bis del Codice dei contratti, diventerà obbligatorio a **partire dal 1° luglio 2014** per le stazioni appaltanti al fine di procedere alla verifica sul possesso dei requisiti di qualificazione.

Resta, tuttavia, da chiarire se l'omesso utilizzo da parte delle imprese possa comportare l'esclusione dalla procedura del concorrente, come ad esempio in caso di mancata integrazione dei documenti di gara con la PASSOE.

Nel paragrafo 4.1 del bando tipo si richiama la procedura di verifica del possesso dei requisiti mediante il sistema AVCpass, precisando che "*tutti i soggetti interessati a partecipare alla procedura devono, obbligatoriamente, registrarsi al sistema AVCpass, nonché acquisire il <PASSOE>*".

Tuttavia, l'articolo 6 bis, comma 3, del Codice dei Contratti Pubblici, precisa che la stazione appaltante e gli enti aggiudicatori verificano il possesso dei requisiti "esclusivamente" tramite il sistema AVCpass.

Conseguentemente, qualora l'operatore economico non provveda ad effettuare la necessaria registrazione al sistema e ad acquisire la PASSOE (indispensabili ai fini delle successive operazioni di caricamento dei dati nel sistema e di verifica da parte della stazione appaltante), l'amministrazione pubblica non potrebbe svolgere le necessarie verifiche circa il possesso dei requisiti.

Al riguardo, si evidenzia come, ad avviso dell'Ance, sarebbe opportuno precisare nei bandi le possibili conseguenze derivanti da una mancata presentazione del PASSOE.

Più in generale, considerato quanto previsto dal comma 3 del citato art. 6-bis del Codice sui contratti pubblici, va evidenziato che si potrebbe rivedere la necessità dell'utilizzo dello stesso PASSOE nel sistema AVCpass. La stazione appaltante è, infatti, obbligata per legge ad eseguire "esclusivamente" la verifica del possesso dei requisiti di carattere generale, tecnico-organizzativo ed economico-finanziario attraverso l'impiego della Banca dati Nazionale sui contratti pubblici, cui si connette il sistema AVCpass ; non di meno l'impresa concorrente, con la propria partecipazione, si sottopone alla stessa disciplina del Codice che prevede il riscontro dei suoi requisiti attraverso il predetto sistema informatico.

Sotto questo profilo, il PASSOE sembrerebbe non necessario, poiché consiste sostanzialmente in una liberatoria per la privacy, che sarebbe, a nostro avviso, coerente per permettere alla stazione appaltante di compiere un atto discrezionale, non per permettere alla stessa di adempiere ad un obbligo di legge, cioè l'accesso alla Banca dati nazionale.

Inoltre, già con la registrazione al sistema AVCpass, l'impresa aderisce all'impianto generale della verifica informatica dei requisiti di gara, tramite Banca dati Nazionale sui contratti pubblici; ciò senza considerare che riducendo gli accessi al sistema, si

semplificherebbe la partecipazione alle gare e, al contempo, snellirebbe anche il traffico di dati sul sistema informatico.

Ove l'abolizione del PASSOE non fosse possibile, potrebbe ipotizzarsi una dichiarazione dell'offerente con cui questi accetti, senza condizione o riserva alcuna, che le proprie dichiarazioni sostitutive e i documenti a comprova dei requisiti, resi in sede di gara, siano verificati tramite l'accesso della stazione appaltante alla suddetta Banca dati nazionale.

La necessità del PASSOE potrebbe, infine, essere limitata ai soli casi in cui l'impresa debba inserire propria documentazione per la dimostrazione dei requisiti di gara.

In ultimo, per quanto riguarda l'iscrizione al sistema AVCpass potrebbe valutarsi l'opportunità di collegare la qualificazione SOA con il sistema di verifica dei requisiti in sede di gara.

Le imprese qualificate dagli organismi di attestazione sono, infatti, già registrate all'interno della Banca dati presso l'Osservatorio, in cui compaiono altresì le indicazioni relative ai dati camerali delle imprese attestate, inserite dalle SOA durante la procedura di qualificazione.

Collegando l'attestazione SOA all'iscrizione nel sistema AVCpass si consentirebbe alle imprese di costruzione di non accedere al sistema stesso per duplicare una registrazione inserendo dati di cui la stessa Autorità è già a conoscenza.

Una limitazione all'utilizzo del PASSOE, peraltro, contribuirebbe ad una riduzione degli oneri amministrativi di verifica dello stesso, posti a carico delle stazioni appaltanti; oneri che per l'VIII Commissione della Camera possono essere ridotti "anche attraverso la soppressione di procedure, apparati e istituti, rivelatisi di basso rendimento ai fini della efficienza complessiva del sistema" (Risoluzione n. 7-00285 del 27 marzo 2014).

Nel paragrafo in commento, si fa poi riferimento all'ipotesi in cui intervenga la **risoluzione del contratto a seguito dell'acquisizione di una informazione prefettizia positiva**, ed è prevista in tale caso l'applicazione di una penale del 10% a titolo di liquidazione forfettaria dei danni connessi al riaffidamento del contratto. Al riguardo, si evidenzia che tale previsione non trova fondamento in una norma di legge, ma è spesso contenuta all'interno dei Protocolli di Legalità. Pertanto, la sua applicazione andrebbe limitata ai casi in cui la stazione appaltante abbia aderito ad un Protocollo di Legalità che contenga tale clausola e che la stessa sia riportata nel bando di gara. Inoltre, andrebbe tenuto presente che l'articolo 138 del codice dei contratti prevede che, in caso di risoluzione del contratto per grave inadempimento o irregolarità dell'appaltatore, sia posto a carico di quest'ultimo l'onere relativo alla maggiore spesa sostenuta per affidare ad altra impresa i lavori, soltanto laddove l'amministrazione appaltante non si sia avvalsa della facoltà di "interpello", ai sensi dell'articolo 140. Pertanto, ai fini dell'eventuale applicazione della penale, occorrerebbe valutare se l'Amministrazione abbia o meno esercitato tale facoltà. In ogni caso, la percentuale del 10% appare eccessivamente elevata. Si ricorda che le linee guida del Comitato di Coordinamento per l'alta sorveglianza delle grandi opere per i controlli antimafia sui lavori di ricostruzione in Abruzzo, pubblicate sulla G.U. n. 156 dell'8 giugno 2009, prevedono una penale, per la stessa fattispecie, pari al 5% dell'importo del

contratto. A nostro avviso, una misura ragionevole della penale non dovrebbe superare l'1%.

Sempre in tema di verifiche antimafia, si ritiene necessario sottoporre all'Autorità un problema di carattere interpretativo, riguardante i soggetti da verificare prima della stipula del contratto, nel caso in cui l'aggiudicatario sia una società unipersonale oppure una società con un numero di soci pari o inferiore a quattro. Infatti, il codice antimafia prevede che tra i soggetti da verificare ci siano anche il socio di maggioranza o il socio unico, senza alcuna precisazione in relazione alla qualità di persona fisica o giuridica.

L'assenza di tale indicazione porta a ritenere che la verifica debba riguardare anche la persona giuridica.

In tale caso, la platea di soggetti da verificare si identifica con quella individuata dall'articolo 85 del codice antimafia. Nell'ipotesi, poi, che sussista una struttura di partecipazioni societarie a catena, tale circostanza potrebbe dar luogo ad un sistema di controlli particolarmente ampio, non essendo chiaro se sia possibile fermare gli accertamenti al primo livello della compagine societaria.

Ciò, peraltro, potrebbe rivelarsi particolarmente oneroso sia per le imprese, che devono dichiarare alle stazioni appaltanti la propria composizione societaria per consentire i controlli delle Prefetture, ma soprattutto per queste ultime, in particolare fino a quando non sarà operativa la Banca Dati Nazionale Unica della Documentazione Antimafia.

Per tale ragione, si chiede all'Autorità di Vigilanza di valutare l'opportunità di suggerire un'interpretazione, nell'ambito del bando tipo, che consenta di limitare il riferimento al solo socio persona fisica e non anche all'eventuale socio persona giuridica, in linea con quanto l'Autorità ha già precisato per l'articolo 38, comma 1, lettera c); in alternativa, si potrebbe precisare che gli accertamenti, da effettuarsi anche sui soci persone giuridiche, si debbano fermare al primo livello di controllo societario.

In relazione alla descrizione delle cauzioni, l'Autorità ricorda la **garanzia globale di esecuzione**, di cui all'articolo 129, comma 3, del codice, precisando che la stessa è in vigore dall'8 giugno 2013. Al riguardo, occorre ricordare che il decreto n. 69/2013 (cd. decreto "del Fare") ha ulteriormente differito al 30 giugno 2014 l'entrata in vigore dell'istituto.

Infine, sempre nel medesimo paragrafo, l'Autorità ipotizza l'applicazione di una **particolare metodologia per la verifica dell'anomalia delle offerte**. Secondo tale metodo:

- si individuano le lavorazioni e forniture più significative che rappresentano il 75% dell'appalto;
- per ciascuna di esse si individua "il più probabile prezzo di mercato", ottenuto sulla base della media aritmetica dei prezzi unitari offerti dai concorrenti, diminuita dello scarto quadratico medio dei suddetti prezzi unitari;
- il prezzo unitario offerto, inferiore a detto prezzo di mercato, sarà considerato non congruo, a meno che la differenza negativa non sia giustificata dal concorrente per le economie del procedimento di costruzione, o per le soluzioni che intende adottare o per le condizioni particolarmente favorevoli di cui dispone.



Al riguardo si esprimono alcune perplessità, in quanto l'individuazione del "più probabile prezzo di mercato", ancorata alla media dei prezzi offerti dai concorrenti, non sembra fornire sufficienti garanzie di attendibilità rispetto ai reali prezzi di mercato, considerata la forte spinta al ribasso che caratterizza le gare. Inoltre, tale metodo non sembra circoscrivere significativamente la discrezionalità delle amministrazioni, considerato che il giudizio finale sulla congruità si basa comunque sulla valutazione delle giustificazioni fornite dal concorrente.

### **Par. 7.1 - Modelli relativi alla procedura ristretta**

Nella lettera di invito alla procedura ristretta per appalti di sola esecuzione, al paragrafo 6, relativamente al contenuto della Busta "A"- Documentazione amministrativa,

- **al punto I), lett. c) della dichiarazione, si prevede che l'offerente dichiari di accettare, senza** condizione o riserva alcuna, tutte le norme e disposizioni contenute nel bando di gara, nel disciplinare di gara nella lettera di invito, nonché nelle risposte ai quesiti; peraltro, dette risposte, in altra parte della lettera d' invito, vengono considerate come allegate al contratto, senza considerare che l'offerta può essere presentata anche prima della risposta della stazione appaltante ad uno specifico quesito. Pertanto, per evitare che aspetti determinanti per la partecipazione ad una procedura di gara emergano successivamente alla presentazione dell'offerta o della richiesta di invito, sarebbe opportuno prevedere che la validità pattizia di dette risposte sia comunque sottoposta ad una condizione: la riapertura dei termini di gara; ciò al fine di consentire all'impresa di elaborare una nuova offerta, calibrata sulle risposte della stazione appaltante nel frattempo intervenute, e, più in generale, per consentirle di rivalutare l'opportunità di partecipare alla stessa procedura.
- al punto I), lett. i), laddove si parla degli appalti contabilizzati a corpo e a misura, sembrerebbe necessario chiarire che, laddove viene previsto che *"le indicazioni delle voci e quantità riportate nella **lista delle categoria di lavorazioni e forniture previste per l'esecuzione dei lavori**"* non ha valore negoziale", il riferimento va limitato unicamente alla parte dei lavori a corpo. Tale chiarimento andrebbe riportato anche negli altri modelli di bando in cui si ripete la stessa tale locuzione.
- al punto VI), lett. b), punto 3) si prevede che nel caso di ATI da costituire si dichiari "la quota di partecipazione al raggruppamento, al consorzio o all'aggregazione di imprese di rete, corrispondente alla percentuale di lavori che verranno eseguiti da ciascun concorrente;". Con riferimento alle quote di esecuzione, si richiama quanto già precisato al paragrafo 6.

## MODELLI RELATIVI ALLA PROCEDURA APERTA, RISTRETTA E NEGOZIATA

### **Cauzioni**

Nei modelli di bandi tipo, viene previsto che *“la presentazione di **cauzioni provvisorie inferiori o prive delle caratteristiche richieste** costituirà causa di esclusione dalla procedura di gara”*.

Sul punto, occorre formulare alcune considerazioni per i casi in cui il concorrente alla procedura presenti una cauzione dimezzata, ritenendo di avere tale facoltà in ragione del possesso della certificazione di qualità.

Sebbene, infatti, sia ormai pacifico che la presentazione di una cauzione dimezzata, senza che il possesso della certificazione di qualità venga debitamente dichiarato e documentato, costituisca causa di esclusione, occorre altresì tenere presente che, come anche affermato da codesta Autorità nella Determinazione n. 4 del 2012, è comunque ammissibile consentire al concorrente di integrare la documentazione attestante il possesso della certificazione, qualora questa sia stata dichiarata, purché sussistente al momento della scadenza del termine per la presentazione delle offerte/domande di partecipazione.

In ragione di tali considerazioni si ritiene, in linea con la posizione dell’Autorità di Vigilanza sopra riportata, che sarebbe opportuno precisare che, nei casi in cui il concorrente presenti una cauzione dimezzata dichiarando di possedere la certificazione di qualità, senza tuttavia dimostrare effettivamente il possesso di tale requisito, lo stesso non verrà escluso dalla gara qualora dimostri, prima della scadenza del termine per le offerte, di possederlo.

In tema di garanzie per i concorrenti riuniti in raggruppamento temporaneo, con riferimento alla possibilità di usufruire del **beneficio della riduzione delle cauzioni** provvisoria e definitiva in presenza di certificazione di qualità aziendale UNI EN ISO 9000, sembrerebbe opportuno evidenziare una distinzione, sotto il profilo della responsabilità, tra associazioni di tipo orizzontale e verticale.

Per giurisprudenza consolidata, infatti, la necessità che tutte le imprese raggruppate siano in possesso di idonea certificazione di qualità è limitata ai raggruppamenti di tipo orizzontale e non a quelli di tipo verticale.

Come evidenziato in passato dalla stessa Autorità, la riduzione della cauzione per le imprese è, infatti, strettamente connessa al regime di responsabilità solidale che contraddistingue i raggruppamenti di tipo orizzontale (Deliberazione AVCP n. 408 del 06/12/2001).

In caso di A.T.I. verticale - e cioè di associazione caratterizzata da una specializzazione diversificata delle associate e, quindi, da una suddivisione qualitativa del lavoro - se solo alcune imprese sono in possesso, al momento della partecipazione e quindi del versamento della cauzione, della certificazione di qualità, il beneficio della riduzione sulla

garanzia è limitato alla quota parte ad esse riferibile, in coerenza con la ripartizione pro-quota tra le imprese del raggruppamento "*della responsabilità correlata alle garanzie*" (cfr. in proposito cfr. determinazione AVCP n.44/2000 e deliberazione AVCP n. 101/2007).

Infine, nel paragrafo sulle garanzie è evidenziato che per gli appalti per cui è richiesta la classifica III i concorrenti "*per partecipare alla gara devono essere in possesso di certificazione di qualità UNI EN ISO 9000 rilasciata . . .*". Tale precisazione dovrebbe essere soppressa, considerato che la norma (art. 63 del Regolamento) affida unicamente alle SOA la verifica del possesso di un sistema di qualità aziendale.

Le stazioni appaltanti, pertanto, non possono che desumere l'esistenza del certificato di qualità dal relativo attestato SOA, anche al fine del dimezzamento della cauzione.

### ***Determinazione del prezzo***

In entrambi i disciplinari di gara relativi alle procedure aperte per appalti di progettazione ed esecuzione lavori, di cui all'art. 53, lett. b) e c) del Codice, viene previsto che il **pagamento** delle prestazioni contrattuali, ai sensi del comma 4, 1° periodo del medesimo articolo, è **a corpo**.

Sul punto, occorre, tuttavia, precisare che il secondo periodo del comma 4 dell'art. 53 del Codice prevede altresì che "è facoltà delle stazioni appaltanti stipulare a misura i contratti di appalto di sola esecuzione di importo inferiore a 500.000 euro, i contratti di appalto relativi a manutenzione, restauro e scavi archeologici, nonché le opere in sotterraneo, ivi comprese le opere in fondazione, e quelle di consolidamento dei terreni".

Com'è evidente, dunque, il legislatore ha individuato, quale criterio di massima, quello del corrispettivo "a corpo", ossia del prezzo determinato con la definizione di una somma fissa e invariabile, individuata grazie agli elaborati progettuali dell'opera. Tuttavia, in ragione di alcune specifiche tipologie di interventi, ha previsto la possibilità che si possa ricorrere alla **determinazione del prezzo "a misura"**, ossia nella determinazione del prezzo finale solo al termine dell'opera, grazie alla somma delle componenti utilizzate per la stessa e dell'applicazione ad esse dei prezzi fissati all'inizio della procedura.

La possibilità di ricorrere alla determinazione del prezzo "a misura" non è collegata dal legislatore alla procedura di gara individuata dalla stazione appaltante, quanto, piuttosto, alle tipologie di interventi da porre in essere, fra i quali le manutenzioni, i consolidamenti e, soprattutto, gli interventi su beni del patrimonio culturale, in ragione della loro specificità. A sostegno di tale argomentazione, sta il fatto che nelle disposizioni del Regolamento relative all'appalto integrato non è presente alcun riferimento alle modalità di determinazione del corrispettivo d'appalto.

Per tali considerazioni si ritiene che, nelle citate sezioni dei disciplinari di gara, sarebbe opportuno prevedere anche la possibilità, in capo alle stazioni appaltanti, di ricorrere alla determinazione del corrispettivo a misura, al fine di consentire alle stesse di optare per tale criterio nei casi in cui la natura o la particolarità dell'intervento (ad esempio, nel caso di beni culturali) lo richiedano. Il chiarimento si rende opportuno, al fine di evitare profili di illegittimità dei bandi di gara, che sarebbero forieri di contenzioso con le imprese.

Con riferimento, poi, alla descrizione delle modalità di pagamento dell'appalto, nei modelli è contenuta l'indicazione secondo la quale la contabilità dei lavori sarà effettuata sulla base delle percentuali dei gruppi di lavorazioni ritenuti omogenee.

Al riguardo, sembra opportuno ricordare che l'**indicazione dei gruppi di lavorazioni ritenute omogenee**, ai fini del pagamento del corrispettivo, va effettuata solo per gli appalti con corrispettivo a corpo (art. 43, comma 6, DPR 207/2010).

Infine, sempre in tema di pagamenti, occorre ricordare che, oltre alle richiamate norme in tema di tracciabilità dei flussi finanziari, di cui alla legge 136/2010, devono trovare applicazione le norme del d.lgs. n. 192/2012, di recepimento della direttiva 2011/7/UE in materia di **lotta ai ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali**, che non risultano richiamate nei modelli.

### ***Sopralluogo e presa visione della documentazione di gara.***

Al fine di garantire ai concorrenti un'adeguata strutturazione dell'offerta, è opportuno che i bandi prevedano la possibilità, per l'offerente, di effettuare il **sopralluogo** - previsto dall'articolo 69 del regolamento - in termini che non cadano eccessivamente a ridosso della scadenza delle offerte.

Dovrebbe, pertanto, essere fissato nei bandi dalle stazioni appaltanti un termine che sia sempre congruo in relazione alle caratteristiche dell'appalto, e alla complessità dell'offerta da formulare, e che comunque sia di almeno 7 giorni antecedenti la data ultima per la presentazione dell'offerta.

La presa visione dei luoghi appare, infatti, un elemento essenziale al fine di una corretta formulazione dell'offerta da parte del concorrente, il quale, dunque, deve essere messo nelle condizioni di poterla elaborare nella maniera più aderente possibile alle effettive condizioni di esecuzione.

Nella sezione in commento, contenuta nei disciplinari di gara relativi alle varie tipologie di appalto, viene prevista la possibilità che i concorrenti alla procedura ritirino la **documentazione di gara** presso l'amministrazione e gli elaborati progettuali in copia CD-ROM, dopo aver presentato una richiesta almeno 48 ore prima del ritiro ed aver effettuato il relativo pagamento.

Sul punto, si ritiene che sarebbe opportuno integrare tale previsione con il richiamo alla facoltà, prevista dall'art. 70, comma 9, del Codice dei contratti, di ricorrere alla pubblicazione della documentazione di gara in via elettronica. Tale modalità di accesso alla documentazione di gara, infatti, andrebbe quanto mai incentivata, consentendo la stessa ai concorrenti di accedere in via immediata a tutta la documentazione, e, dunque, in tempi brevi e senza eccessivi oneri per l'estrazione di copia degli stessi.

### ***Avvalimento***

Con riferimento all'istituto dell'avvalimento, va evidenziato che nei singoli modelli di bando viene precisato che nei confronti del soggetto ausiliario vigono i medesimi obblighi in

materia di **normativa antimafia** previsti per il concorrente, in ragione dell'importo dell'appalto previsto a base di gara.

Al riguardo, si fa presente che la documentazione antimafia non deve essere acquisita nei confronti dei concorrenti, ma unicamente nei confronti dell'aggiudicatario, ai fini della stipula del contratto. Pertanto, anche le verifiche antimafia sull'impresa ausiliaria dovranno essere effettuate solo se l'impresa ausiliata risulti essere aggiudicataria.

### ***Subappalto***

Con riferimento all'istituto del **subappalto**, va altresì precisato che nei singoli modelli l'Autorità prevede la possibilità per le stazioni appaltanti di stabilire il divieto di affidare i subappalti a soggetti che, in qualunque forma, abbiano partecipato alla medesima procedura. Al riguardo si evidenzia che tale divieto non trova fondamento in una norma di legge, ma è spesso contenuto all'interno dei Protocolli di Legalità.

Pertanto, la sua applicazione andrebbe limitata ai casi in cui la stazione appaltante abbia aderito ad un Protocollo di Legalità che contenga tale clausola, e che la stessa sia riportata espressamente nel bando di gara.

Quanto, poi, alla necessità che il concorrente debba indicare anche i nominativi dei subappaltatori, l'Autorità fa riferimento a quanto già affermato nella determinazione n. 4 del 10 ottobre 2012. L'Autorità, in detta sede, ha ribadito un principio di grande importanza, confermato anche dalla giurisprudenza (C.d.S., sez. V, sent. 19 giugno 2012, n. 3563), consistente nel fatto che, sulla base della vigente normativa, non sussiste alcun obbligo per l'impresa concorrente in gara di indicare, in sede di offerta, i nominativi dei subappaltatori ai quali intende sub-affidare l'esecuzione di parte delle lavorazioni, ma solamente l'obbligo di indicare le quote che il concorrente intende subappaltare, qualora non in possesso della qualificazione per la categoria scorporabile, fermo restando che la qualificazione "mancante" deve essere comunque posseduta in relazione alla categoria prevalente, dal momento che ciò tutela la stazione appaltante circa la sussistenza della capacità economico-finanziaria da parte dell'impresa.

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

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

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

### ***Dichiarazioni del concorrente***

Tra le dichiarazioni che deve rendere il concorrente è prevista l'**accettazione, senza condizioni o riserva alcuna, di tutte le norme e disposizioni contenute nel bando di gara e nel disciplinare.**

Tale dichiarazione suscita perplessità, perché potrebbe precludere la possibilità di impugnazioni di talune disposizioni degli atti di gara, come atti presupposti rispetto a successivi provvedimenti lesivi di interessi legittimi del concorrente (es. provvedimento di esclusione).

Con riferimento al criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa l'Autorità riporta una esemplificazione delle **modalità di applicazione del metodo aggregativo compensatore.** Sul punto, si evidenzia che, trattandosi di un metodo particolarmente complesso, sarebbe opportuno fornire alle amministrazioni ed ai concorrenti alle gare spiegazioni più dettagliate circa le modalità pratiche di applicazione di tale metodo, rinviando tale tematica ad un apposito documento allegato ai bandi.

### **Dichiarazioni sui piani di emersione di cui all'art. 1 bis, comma 14, della L. 383/2001.**

Tra le dichiarazioni che deve rendere il concorrente, a pena di esclusione, vi è anche quella di non essersi avvalsi dei piani individuali di emersione di cui all'art. 1 bis, comma 14, della legge 18 ottobre 2001, n. 383, come sostituito dal decreto legge 25 settembre 2002, n. 210, convertito, con modificazioni dalla legge 22 novembre 2002, n. 266.

Tale previsione non sembra essere in linea con il principio di tassatività delle cause di esclusione, introdotto dall'art. 4, comma 2, del D.L. 13 maggio 2011, n. 70, convertito dalla L. 12 luglio 2011, n. 106, quale principio generale in materia di contratti pubblici.

Il principio in esame è contenuto, com'è noto, nell'art. 46, comma 1-bis, del d.lgs. n. 163/2006, ai sensi del quale la stazione appaltante deve escludere i candidati soltanto nei casi di inadempimento di prescrizioni previste e tipizzate dallo stesso decreto legislativo o dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, violazione del principio di segretezza delle offerte, senza la possibilità di prevedere nei bandi di gara ulteriori cause di esclusione, pena la nullità delle stesse.

Come chiarito, infatti, dalla Circolare Inps n. 134/03, gli effetti in materia previdenziale ed assicurativa della emersione progressiva di cui all'art. 1 bis della L. n. 383/01, che sono gli stessi previsti per l'emersione automatica ex art. 1 della medesima legge, hanno interessato i periodi d'imposta 2002, 2003 e 2004.

La suddetta circolare ha confermato, altresì, che la data di scadenza per la presentazione della dichiarazione di emersione è stata stabilita, da ultimo, per il giorno 15 maggio 2003. A tal riguardo, si evidenzia che con l'entrata in vigore del D.L. n. 210/02, convertito in Legge n. 266/02, il termine per la presentazione del piano individuale di emersione è stato prorogato al 28 febbraio 2003, così come previsto dall'attuale comma 2 dell'art. 1 bis della L. n. 383/01, mentre il termine per la presentazione della dichiarazione di emersione, come sopra rilevato, è stato prorogato al 15 maggio 2003.

Le modifiche dei termini che hanno interessato la legge in oggetto non hanno trovato ulteriori proroghe per gli anni successivi e pertanto le disposizioni contenute in tale norma hanno cessato di produrre i propri effetti nell'anno 2004.

Con la Legge n. 296/06 (L. Finanziaria 2007), la materia relativa all'emersione dei rapporti di lavoro irregolare ha trovato una nuova fonte normativa. In particolare, l'art. 1 comma 1192 ha previsto una finestra temporale, dal 1° gennaio 2007 al 30 settembre 2007, per presentare istanza di regolarizzazione.

Successivamente, il suddetto termine per procedere alla regolarizzazione e al riallineamento retributivo e contributivo dei rapporti di lavoro non risultanti da scritture o altra documentazione obbligatoria, così come previsto dal citato comma 1192, è stato prorogato definitivamente al 30 settembre 2008.

Tale data segna un limite temporale alle disposizioni richiamate dalle normative nazionali in merito ai piani di emersione per lavoro irregolare.

Ciò premesso, dunque, a tenore del principio di tassatività sopra cennato, emergono dubbi sulla legittimità dell'eventuale esclusione di una impresa per non aver reso le dichiarazioni de quibus, non sembrando le dichiarazioni di cui all'art. 1 bis della l. 383/2001 tutt'ora contemplate dalla normativa vigente e, dunque, non potendo essere le stesse previste dal bando a pena di esclusione.

### ***Cause di esclusione***

Nella parte relativa al contenuto della busta A documentazione amministrativa, in relazione alla dichiarazione concernente l'art. 38, comma 1 lett. a) del codice, appare necessario eliminare il riferimento **all'amministrazione controllata**, non più prevista dalla norma codicistica.

### ***ConSORZI stabili***

Nei modelli di disciplinare di gara, viene precisato che, nei casi in cui il concorrente sia un consorzio stabile, in caso di aggiudicazione i soggetti assegnatari dell'esecuzione dei lavori non possono essere diversi da quelli indicati in sede di offerta.

Al riguardo, si ritiene che l'indicazione non sia corretta e che, al contrario, debba evidenziarsi nei bandi tipo quanto rilevato dall'Autorità di vigilanza sui Contratti Pubblici con il parere n. 7/2013, prestato a seguito di una richiesta di chiarimento sollecitato dalla scrivente associazione.

Nel citato parere è stato, infatti, chiarito che consorzio aggiudicatario di un appalto di lavori può chiedere di sostituire una delle imprese esecutrici, indicata al momento dell'offerta, con un'altra impresa socia avente la stessa qualifica.

Come osservato dall'Autorità di vigilanza, il cambiamento è legittimo poiché il consorzio, avendo una soggettività autonoma, può designare un'altra esecutrice per motivi sopravvenuti, senza che ciò incida sullo svolgimento dell'appalto.

Il rapporto organico che lega le consorziate, ivi compresa quella incaricata dell'esecuzione dei lavori, non appare diverso da quello che lega i singoli soci ad una società ed è tale che le attività compiute dalle consorziate siano comunque imputate organicamente al consorzio, indipendentemente da quali siano le imprese designate per eseguire determinati lavori.

La modifica soggettiva, infatti, rappresentando una variazione nell'organizzazione interna del consorzio stesso, non incide sul soggetto partecipante alla gara e/o esecutore del contratto che, rimanendo immutato, non confligge con principio di immodificabilità soggettiva dei partecipanti alle gare.

### ***Concordato con continuità aziendale***

Nei modelli di disciplinare di gara e di lettere di invito nelle procedure senza bando, viene previsto che gli offerenti inseriscano nella busta contenente la documentazione amministrativa una dichiarazione con cui attestino, *“di non trovarsi in stato di fallimento, di liquidazione coatta, di amministrazione controllata o di concordato preventivo e che nei propri riguardi non è in corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni;*

*(ovvero, in caso di ammissione al concordato preventivo con continuità aziendale) si trova in stato di concordato preventivo con continuità aziendale, di cui all'articolo 186 bis del Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 267, giusto decreto del Tribunale di \_\_\_\_ del \_\_\_\_/\_\_\_\_/2013: per tale motivo, dichiara di non partecipare alla presente gara quale impresa mandataria di un raggruppamento di imprese ed allega la documentazione prevista dal comma 4 del citato art. 186 bis (art.38, comma 1, lett. a), del Codice )”.*

Al riguardo, dovrebbe essere introdotta una modifica volta a tenere conto delle recenti novità introdotte all'art. 186-bis della legge Fallimentare dalla conversione del Decreto c.d. “Destinazione Italia”.



Infatti, il nuovo comma IV dell'articolo in questione prevede che, dopo il deposito del ricorso per l'ammissione al concordato con continuità aziendale, l'impresa può partecipare alla gara solo se autorizzata dal Tribunale sentito il commissario giudiziale ove nominato.

In tal senso, quindi, deve essere prevista la possibilità di depositare una dichiarazione sostitutiva con cui l'impresa dichiara di aver presentato istanza di ammissione al concordato con continuità, e di aver ricevuto, nel frattempo, l'Autorizzazione del Tribunale alla partecipazione alla gara d'appalto.

### **Concordato in bianco**

Con riferimento al concordato in bianco, invece, dovrebbe essere specificato che le imprese che abbiano depositato la domanda di **concordato c.d. "in bianco" o "con riserva"** di cui all'art. 161, comma VI, della Legge fallimentare, ed abbiano fino ad un massimo di 180 giorni per depositare la successiva domanda e documentazione volta ad ottenere l'ammissione al concordato con continuità, non possono partecipare alle gare d'appalto.

A tale conclusione, peraltro, si potrebbe già arrivare in via interpretativa, mediante applicazione di quanto previsto al citato art. 38, comma 1, lett. a) del Codice, dispone che sono esclusi dalle gare i soggetti che *"si trovano in stato di fallimento, di liquidazione coatta, di concordato preventivo, salvo il caso di cui all'articolo 186-bis del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, o nei cui riguardi sia in corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni"*. Infatti, in primo luogo la disposizione prevede tassativamente, come unica eccezione all'esclusione dalle gare, il concordato con continuità aziendale, e non il concordato "in bianco". Inoltre, il riferimento al trovarsi in costanza di procedimento per l'effettiva dichiarazione della sussistenza di una specifica procedura concorsuale può essere inteso come riferito proprio alla fase che precede l'effettiva ammissione ad una di tali procedure, che nel concordato con continuità aziendale può coincidere anche con il concordato c.d. "in bianco o con riserva".

### **Verifica idoneità tecnico-professionale**

Nell'ambito dei vari modelli non si rinviene un riferimento esplicito alla verifica sull'idoneità tecnico-professionale delle imprese, in relazione alle funzioni o ai lavori da affidare.

Al riguardo, si ricorda che il d.lgs. n. 81/08 e s.m.i. stabilisce, all'articolo 90, l'obbligo da parte della stazione appaltante di verificare tale idoneità. A tal fine, le imprese dovranno esibire:

- iscrizione alla camera di commercio, industria ed artigianato con oggetto sociale inerente alla tipologia dell'appalto;
- documento di valutazione dei rischi di cui all'articolo 17, comma 1, lettera a) del d.lgs. n. 81/08;
- dichiarazione di non essere destinatario di provvedimenti di sospensione o interdittivi di cui all'art. 14 del d.lgs. n. 81/08.

**Infine, si segnala che si fa riserva di inviare ulteriori osservazioni, attualmente in corso di elaborazione da parte dell'Associazione, in merito alle indicazioni fornite dall'Autorità sullo svolgimento del procedimento di valutazione dell'anomalia delle offerte, con particolare riguardo all'ipotesi, prospettata come opzionale per le amministrazioni, di utilizzare un metodo matematico, basato sulla media delle offerte presentate, per individuare il "più probabile prezzo di mercato" rispetto al quale rapportare la valutazione di congruità delle offerte.**