

COPIA



Provincia di
Barletta Andria Trani
Segreteria Generale

Andria

Provincia Barletta-Andria-Trani

USCITA - 06/11/2012 - 0064363



11403578

Ai Sigg.ri Dirigenti
SEDE

E p.c *al Sig. Presidente*
SEDE

al Sig. Presidente del Consiglio
SEDE

OGGETTO: Prime indicazioni generali fornite dall'AVCP per la redazione dei bandi di gara -

Con determinazione n. 4 del 10 Ottobre 2012, l'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture ha predisposto un "bando - tipo", finalizzato a dare una prima attuazione al combinato disposto degli articoli 46, comma 1-bis e 64, comma 4 bis, del d.lgs. n. 163/06, secondo cui le cause tassative di esclusione delle gare devono essere indicate nei modelli approvati dall'Autorità.

Dunque, con l'approvazione di tale documento, l'Autorità fornisce un quadro giuridico di riferimento avente l'obiettivo di ridurre il potere discrezionale della stazione appaltante, limitando le numerose esclusioni che avvengono sulla base di elementi formali e non sostanziali al fine di rispettare il principio della concorrenza e di ridurre il contenzioso degli appalti.

Preliminarmente, l'AVCP nel richiamato documento, fornisce orientamenti interpretativi in relazione al comma 1 bis, dell'art. 46, citato, stabilendo come detta norma elenchi i vincoli ed i criteri che le stazioni appaltanti nonché la stessa Autorità devono osservare nell'individuazione delle ipotesi legittime di esclusione nella redazione rispettivamente dei documenti di gara e dei bandi - tipo.

L'Autorità precisa come la norma in esame, nel circoscrivere l'area delle esclusioni legittime operi sia con riferimento alla predisposizione della documentazione di gara sia con riguardo alla successiva valutazione del comportamento dei concorrenti in quanto impone di verificare se tale comportamento, anche a prescindere dalla *lex specialis* di gara, produca comunque le conseguenze di cui all'art. 46, comma 1 - bis del Codice (incertezza assoluta sul contenuto dell'offerta o sulla provenienza della stessa, non integrità del plico o altre



irregolarità relative alla chiusura tali da far ritenere violato il principio di segretezza delle offerte), comportando l'esclusione del concorrente.

L'Autorità osserva ancora che il comma 4 - bis, dell'art. 64 citato, stabilisce che la tipizzazione delle cause di esclusione deve essere effettuata ex ante dall'Autorità nei "bandi - tipo" i quali contengono l'elencazione delle cause di esclusione che possono essere legittimamente inserite nella documentazione di gara. Le stazioni appaltanti possono compiere anche scelte diverse da quelle indicate nel bando tipo. Le deroghe intese come la previsione di "ulteriori ipotesi di esclusione" devono essere motivate espressamente ed esplicitate nella determina a contrarre.

Al riguardo l'organismo di vigilanza evidenzia come dette deroghe, ancorchè motivate, non possano consistere nell'introduzione di clausole contrastanti con il disposto del citato art. 46, comma 1 - bis, atteso che le stesse, in tal caso, sarebbero affette da nullità.

Alla luce di tali considerazioni, l'Autorità con il bando - tipo in esame, specifica le cause di esclusione legittime secondo i criteri stabiliti dall'art. 46, comma 1 bis, citato, fornendo una cornice di riferimento per orientare il comportamento delle stazioni appaltanti nella corretta applicazione della stessa norma.

Il documento in esame, suddiviso in tre parti, approfondisce i tre presupposti, al verificarsi di uno o più dei quali, viene subordinata dall'art. 46, comma 1 bis, l'esclusione dei concorrenti dalle procedure di gara:

1. Mancato adempimento alle prescrizioni previste dal Codice e dal d.p.r. n. 5 Ottobre 2010, n. 207, o da altre disposizioni di leggi vigenti;
2. Incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elemento essenziali;
3. 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.

Per ognuno dei tre suindicati presupposti si forniscono, in forma schematica ed a titolo esemplificativo, le principali indicazioni fornite dall'AVCP:

1. **Mancato adempimento alle prescrizioni previste dal Codice e dal d.p.r. n. 5 Ottobre 2010, n. 207, o da altre disposizioni di leggi vigenti**

Requisiti di partecipazione di ordine generale:

- Costituisce causa di esclusione la mancanza di uno dei requisiti soggettivi di cui all'art. 38, del Codice, a prescindere dalle indicazioni riportate nel bando;
- Le cause di esclusione di cui all'art. 38 concernono tutti i contratti pubblici;
- Oltre all'ipotesi di falsità, l'omissione o l'incompletezza delle dichiarazioni da rendersi ai sensi dell'art. 38 da parte di tutti i soggetti ivi previsti, costituiscono di per sé, motivo di esclusione dalla procedura ad evidenza pubblica anche in assenza di una espressa previsione del bando di gara.

Requisiti speciali di partecipazione:

- Le caratteristiche di professionalità necessarie per contrarre con la pubblica amministrazione in relazione ad un determinato affidamento (requisiti speciali), costituiscono presupposti di natura sostanziale per la partecipazione alla gara. I requisiti speciali devono, pertanto, essere posseduti al momento della presentazione dell'offerta o della domanda di partecipazione e della stipula del



contratto: il mancato possesso o la perdita dei requisiti speciali costituisce, pertanto, causa di esclusione dalla gara.

- Per quanto concerne i requisiti di capacità economica e finanziaria dei fornitori e dei prestatori di servizi, ai sensi dell'art. 41 del Codice, le amministrazioni devono precisare nel bando di gara i requisiti ed i valori minimi degli stessi che devono essere posseduti dai concorrenti; a seguito della novella introdotta dall'art. 1, comma 2 – bis, lett. b, del d.l. 6 luglio 2012, n. 95 (nel testo integrato dalla legge di conversione 7 agosto 2012, n. 135) sono illegittimi i criteri che fissano, senza congrua motivazione, limiti di accesso connessi al fatturato aziendale. Di conseguenza la clausola del bando che introduce il fatturato aziendale/globale come requisito di partecipazione deve essere motivata in relazione, ad esempio, alla entità, alla complessità oppure alla specificità dell'appalto, rispettando il principio di proporzionalità. Il possesso dei requisiti di capacità economica e finanziaria è dimostrato mediante la presentazione di dichiarazione sostitutiva ad eccezione delle referenze bancarie che, per espressa previsione del citato art. 41 del Codice, devono essere prodotte già in sede di offerta e non sono autocertificabili;
- Nel settore dei lavori pubblici, invece, per i contratti di importo superiore a 150.000 euro ed inferiore a 20.658.000 euro, non è ammissibile richiedere requisiti ulteriori rispetto al possesso dell'attestazione SOA per categorie e classifiche adeguate ai lavori da affidare con la conseguenza che il mancato possesso di detta attestazione costituisce causa di esclusione.
- Per i contratti di lavori di importo pari o inferiore a 150.000 euro, la stazione appaltante deve prevedere nel bando di gara i requisiti di ordine tecnico – organizzativo indicati dall'art. 90, commi 1 e 3 del Regolamento, documentabili mediante dichiarazione sostitutiva e verificati dalla stazione appaltante secondo quanto previsto dagli artt. 38 e 48 del Codice. Qualora il concorrente sia comunque in possesso della attestazione SOA per categoria analoga ai lavori indicati nel bando di gara, la stessa è sufficiente a comprovare il possesso dei requisiti;
- Per i contratti di lavori di importo a base di gara superiore ad Euro 20.658.000 nonché per i contratti aventi ad oggetto anche la progettazione si rinvia a quanto stabilito a pagg. 11 e 12, del bando – tipo, in esame.

Verifiche sul possesso dei requisiti speciali

- Sotto tale aspetto, l'Autorità fornisce preziose indicazioni in relazione al coordinamento dell'art. 15 della L. 12 novembre 2011, n. 183 (che tra le modifiche apportate al D.P.R. n. 445/2000, ha introdotto l'obbligo per la pubblica amministrazione, di acquisire d'ufficio le informazioni oggetto delle dichiarazioni sostitutive di cui agli artt. 46 e 47 del D.P.R. citato) e l'art. 48 del Codice (che al fine di tutelare la correttezza e la speditezza del procedimento di gara è volto a preservare la specifica gara dalla partecipazione di imprese non adeguate). Nel dettaglio, secondo l'Autorità *“l'art. 48 del Codice prevede che la richiesta della documentazione probatoria sia rivolta direttamente all'interessato anziché acquisita d'ufficio dall'Amministrazione o dall'ente pubblico certificante.*



Secondo l'orientamento sino ad oggi espresso dall'Autorità, fatto proprio dalla giurisprudenza, si tratta di una norma speciale che comporta, rispetto alla disciplina generale del D.P.R. n. 445/2000, oneri aggiuntivi a carico dei concorrenti giustificati in virtù del particolare rapporto di tipo negoziale cui la presentazione della documentazione è preordinata e dall'esigenza di assicurare la serietà dell'offerta, unitamente alla celerità della conclusione del procedimento di verifica. (Cfr. Cons. St., Sez. III, ordinanza n. 2226/2012)". Quindi, l'Autorità conclude che "anche alla luce delle modifiche apportate dal citato art. 15, della Legge n. 183/2011, rimangono in vigore le modalità di comprova del possesso dei requisiti previste dall'art. 48 citato".

- **Rispetto del divieto di partecipazione plurima o contestuale**

Ai fini della tutela della concorrenza e per preservare la regolarità e la efficacia del confronto competitivo, diverse disposizioni del Codice vietano la partecipazione alla medesima gara, di soggetti tra loro non indipendenti. Sul punto, l'Autorità elenca, a titolo esemplificativo, a pag. 15 del documento, le disposizioni del Codice e del Regolamento rientranti in tale casistica.

- L'Autorità fornisce, inoltre, indicazioni specifiche **per la partecipazione dei raggruppamenti temporanei, dei consorzi ordinari e dei consorzi stabili**. Sul tema, particolare attenzione deve essere posta al "principio di corrispondenza" di cui al comma 13, dell'art. 37, del D.lgs. n. 163/06, secondo cui con riguardo ai lavori pubblici, deve sussistere una corrispondenza sostanziale tra quote di qualificazione (intese come quelle quote percentuali minime che ogni soggetto deve dimostrare di possedere per accedere alla procedura di gara), quote di partecipazione (intese quali quote di partecipazione al raggruppamento) e quote di esecuzione dei lavori. L'Autorità precisa che in sintesi, "dal combinato disposto dei commi 3 e 13 dell'art. 37 del Codice consegue che, all'atto della partecipazione, deve essere formulata l'indicazione delle quote partecipative al raggruppamento, dalle quali poter desumere la quota parte dei lavori che saranno eseguiti da ciascun associato, dovendo sussistere una perfetta corrispondenza tra quota di lavori e quota di effettiva partecipazione al raggruppamento". Per l'effetto, l'indicazione delle quote di partecipazione – e, conseguentemente dei lavori – rappresenta un requisito di ammissione alla gara e deve provvedersi a tale incumbente sin dalla presentazione della domanda di partecipazione/offerta, non essendo sufficiente che ciò avvenga in una fase successiva.

Inoltre, fatto salvo quanto già osservato in via generale sul necessario possesso dei requisiti di partecipazione, a pag. 16, il documento in esame, riporta in sette punti, ulteriori cause di esclusione valevoli per i raggruppamenti temporanei ed i consorzi ordinari.

In relazione ai **casi in cui sono ammissibili modifiche soggettive della composizione dei raggruppamenti a seguito del verificarsi di eventi patologici che colpiscono il mandante o il mandatario** (commi 18 e 19, art. 37



del Codice) l'Autorità, specifica che – anche al di fuori delle ipotesi normate – deve ritenersi ammissibile il recesso di una o più imprese al raggruppamento (e non l'aggiunta o la sostituzione) a condizione che la modifica della compagine soggettiva avvenga per esigenze organizzative proprie del raggruppamento o del consorzio e non per evitare una sanzione di esclusione dalla gara per difetto dei requisiti in capo al componente che recede.

Infine, in tema di **raggruppamenti sovrabbondanti** - sulla base delle ultime indicazioni giurisprudenziali – l'AVCP ritiene ammissibile l'inserimento di una clausola di esclusione che vieti detti raggruppamenti qualora ciò sia proporzionato e giustificato in relazione alle esigenze del caso specifico (complessità del servizio e/o assetto del mercato di riferimento). Tuttavia, l'Autorità precisa che l'esclusione non potrà mai essere automatica dovendosi assicurare alle imprese la possibilità di giustificare, di fronte alla stazione appaltante, la necessità di unirsi in raggruppamento temporaneo presentando idonea documentazione.

- In tema di **subappalto**, l'Autorità precisa che la violazione dell'obbligo di indicare in sede di offerta la quota della prestazione che il candidato intende subappaltare non può essere di per sé assunta a fondamento di un provvedimento di esclusione ma rappresenta solo un impedimento per l'aggiudicatario a ricorrere al subappalto. La violazione di detto obbligo potrà tuttavia costituire causa di esclusione qualora questa sia necessaria per documentare il possesso dei requisiti richiesti ai concorrenti singoli o riuniti al momento della presentazione dell'offerta, necessari per eseguire in proprio la prestazione.
- In relazione **alle varianti in sede di offerta**, l'Autorità oltre a richiamare alcuni criteri guida per l'applicazione della relativa disciplina elaborati dalla giurisprudenza, precisa come la *lex specialis* debba specificare non solo se la variante è o non è ammessa, ma anche quali sono i limiti entro i quali - se ammessa nel bando di gara – essa deve essere offerta.
- Con riferimento **al mancato versamento del contributo all'Autorità**, l'AVCP precisa che, se da un lato, detta circostanza costituisce causa di esclusione, dall'altro, un inadempimento meramente formale consistente nell'aver effettuato il versamento seguendo modalità diverse da quelle impartite dall'Autorità stessa, non può essere sanzionato dalla stazione appaltante come causa di esclusione senza che si proceda ad un previo accertamento dell'effettivo assolvimento dell'obbligo in questione.

L'Autorità, infine, a pag. 27 del documento in esame, al cui contenuto si rimanda, elenca le violazioni delle specifiche disposizioni del Codice e del regolamento che costituiscono causa di esclusione dalla gara.

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

Per quel che concerne la carenza di elementi essenziali ed incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, l'Autorità specifica come sia onere delle stazioni appaltanti redigere in modo chiaro la documentazione di gara evidenziando gli adempimenti posti a



pena di esclusione. Nel caso di oscurità ed equivocità delle clausole della *lex specialis*, l'Autorità indica come debba darsi prevalenza alle espressioni letterali in esse contenute e comunque, a dare di quella disciplina una lettura idonea a tutelare l'affidamento degli interessati al fine di garantire un corretto rapporto tra amministrazione e privato.

Si riporta una sintesi degli aspetti analizzati, sotto tale profilo, dall'organo di vigilanza:

La sottoscrizione dell'offerta:

- La sottoscrizione costituisce elemento essenziale dell'offerta perché ha la funzione di ricondurre al suo autore l'impegno di effettuare la prestazione oggetto del contratto verso il corrispettivo richiesto ed assicurare, contemporaneamente, la provenienza, la serietà e l'affidabilità dell'offerta stessa;
- La mancanza della sottoscrizione dell'offerta (economica e tecnica) costituisce causa di esclusione anche in assenza di una esplicita comminatoria di esclusione nella *lex specialis*;
- la validità della manifestazione di volontà contenuta nell'offerta/domanda di partecipazione è inficiata oltre che dalla mancanza della sottoscrizione, dalla impossibilità di attribuirle ad un soggetto specifico perché illeggibile e priva della qualifica del sottoscrittore;
- il requisito della sottoscrizione può dirsi soddisfatto con l'apposizione di una sigla, in calce all'offerta, unitamente al timbro dell'impresa ed alle generalità del legale rappresentante;
- non può essere considerata equipollente alla sottoscrizione in calce l'apposizione della sottoscrizione sulla sigillatura del plico nel quale l'offerta stessa è contenuta in quanto tale incumbente assolve unicamente all'esigenza di garantire la non manomissione del plico;
- quanto alla questione della collocazione della sottoscrizione all'interno dell'offerta è sufficiente l'apposizione della firma in calce ovvero in chiusura del documento (non sul frontespizio, in testa o sulla prima pagina del documento).

Accettazione delle condizioni generali di contratto

- E' legittimo prescrivere, a pena di esclusione, l'accettazione delle condizioni contrattuali contenute nella documentazione di gara. L'Autorità precisa, inoltre, che tale accettazione avviene di norma mediante una espressa dichiarazione con la quale il concorrente dichiara di avere esatta cognizione del contenuto delle stesse. A tal fine, l'organismo di vigilanza riporta, a pag. 33 del documento in esame, a titolo esemplificativo, le diverse formule in cui tale manifestazione di volontà può avvenire.

Offerte condizionate, plurime ed in aumento

- La presentazione di offerte condizionate o con riserve devono essere ricondotte all'ipotesi di incertezza sul contenuto dell'offerta e come tali causa di esclusione;
- Non sono, altresì, ammissibili le cd. offerte plurime, come stabilito dall'art. 11, comma 6 del Codice e le offerte in aumento rispetto all'importo posto a base di gara, il cui divieto è stato introdotto con la L. 18 novembre 1998, n. 415 (cd. Merloni ter).

Presentazione della cauzione provvisoria



- L'offerta presentata senza la garanzia ovvero con una garanzia sprovvista degli elementi di cui all'art. 75 comma 4, è carente di un elemento essenziale e, per ciò stesso non ammissibile;
- nel caso di appalti di lavori la cauzione è parametrata all'importo complessivo degli stessi inclusi gli oneri per la sicurezza;
- nel caso di appalto integrato, devono essere compresi anche gli oneri della progettazione;
- la presentazione di una garanzia dimidiata ai sensi dell'art. 75, comma 7, del Codice, senza che il possesso della certificazione di qualità venga debitamente dichiarato e documentato costituisce causa di esclusione. È ammissibile consentire al concorrente di integrare la documentazione attestante il possesso della certificazione qualora questa sia stata segnalata, purchè sussistente al momento della scadenza del termine per la presentazione delle offerte/domanda di partecipazione;
- L'ipotesi di presentazione di una cauzione provvisoria di importo deficitario deve essere ricondotta ai principi generali che presiedono all'applicazione dell'art. 46, comma 1, del Codice, in tema di integrazione documentale, ammissibile solo ove non incida sulla parità di trattamento tra i concorrenti e, quindi, nel caso di specie, in ipotesi di evidente errore formale.

Mancata effettuazione del sopralluogo

- La mancata effettuazione tempestiva del sopralluogo ai sensi dell'art. 106, comma 2, del Regolamento, determina l'esclusione del concorrente dalla gara;
- Pur essendo l'art. 106, citato, riferito unicamente agli appalti di lavori e non vi è una norma analoga per i servizi e le forniture, anche in detti settori vi sono dei casi in cui gli operatori economici possono formulare un'offerta attendibile solo effettuando un sopralluogo: in tali ipotesi, l'Autorità ritiene che il sopralluogo costituisca un elemento essenziale dell'offerta poiché indispensabile per la formulazione della stessa. Tale circostanza, deve risultare espressamente ed inequivocabilmente dalla documentazione di gara;
- Le stazioni appaltanti sono tenute ad indicare chiaramente nella *lex specialis* di gara se il sopralluogo è obbligatorio o facoltativo, nonché quali sono i soggetti che devono effettuarlo, consentendo alle imprese di delegare detto adempimento a soggetti diversi dal rappresentante legale o direttore tecnico, purchè dipendenti del concorrente.

3. Irregolarità concernenti gli adempimenti formali di partecipazione alla gara

L'Autorità riconduce alle ipotesi disciplinate dall'art. 46, comma 1- bis (che contempla la possibilità di esclusione in tutti i casi in cui sia violato il principio di segretezza delle offerte) i casi di violazione di una serie di cautele previste nei documenti di gara che sono volte ad assicurare l'integrità dei plichi contenenti l'offerta o la domanda di partecipazione. Ad esempio, l'organismo di vigilanza ritiene che l'esclusione possa conseguire a seguito della mancata indicazione sul plico esterno generale del riferimento della gara cui l'offerta è



rivolta o la mancata apposizione sulle buste interne al plico di idonea indicazione per individuare il contenuto delle stesse.

Di rilievo si appalesano talune indicazioni fornite dall'Autorità in ordine alle modalità di presentazione delle dichiarazioni sostitutive.

L'AVCP, in sintesi, precisa che:

- La dichiarazione sostitutiva non sottoscritta è insuscettibile di successiva sanatoria - pena la violazione della *par condicio competitorum* – in quanto in difetto di sottoscrizione l'atto è privo di un elemento essenziale;
- la dichiarazione può essere resa utilizzando una pluralità di fogli separati tra loro apponendo un'unica sottoscrizione nell'ultima pagina;
- l'indicazione della data di rilascio della dichiarazione non è determinante per la validità dell'atto;
- non costituisce un requisito sostanziale per la validità delle dichiarazioni ai sensi del d.p.r. n. 445/2000, il richiamo alle sanzioni penali previste per il rilascio di dichiarazioni mendaci;
- l'allegazione della copia del documento di identità costituisce un elemento essenziale per il perfezionamento della dichiarazione medesima; nel caso in cui manchi, detta carenza non è superabile con successiva integrazione dei documenti ai sensi dell'art. 46, del Codice. E', invece, ammissibile che il concorrente produca un documento di identità valido in luogo di quello allegato, ma scaduto;
- nel caso in cui venga inserita nel plico almeno una copia fotostatica del documento di identità con riferimento a più dichiarazioni rese dalla medesima persona e facenti parte di un medesimo insieme probatorio, ciò è sufficiente a conseguire lo scopo della identificazione del rappresentante che ha reso le dichiarazioni sostitutive.

Infine, l'Autorità fornisce alcune indicazioni in ordine all'utilizzo di moduli predisposti dalle stazioni appaltanti nonché ai mezzi di comunicazioni tra operatori economici e stazioni appaltanti. Sotto tale ultimo profilo, l'AVCP coordina l'art. 77 del Codice ("Regole applicabili alle comunicazioni") con il comma 5 – quinquies dell'art. 79 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"*.

Al riguardo l'AVCP osserva che:

- poiché il domicilio può considerarsi un elemento essenziale per identificare il concorrente, è possibile prevederne l'indicazione nella domanda di partecipazione/offerta a pena di esclusione;
- la mancata indicazione del numero di fax e dell'indirizzo di posta elettronica, rilevando esclusivamente ai fini delle comunicazioni, comporta solo l'esonero della responsabilità della stazione appaltante per le comunicazioni non effettuate o non correttamente pervenute.

oooooooooooooooo

Le indicazioni contenute nel bando – tipo, pubblicato dall'Autorità con la citata determinazione n. 4, del 10 Ottobre 2012, sono prodromiche rispetto all'elaborazione dei



modelli specifici distinti per lavori, servizi e forniture, giacchè mirano ad enucleare un minimo comune denominatore valevole in via trasversale.

L'Autorità, infatti, precisa che la stessa procederà ad elaborare specifici bandi tipo distinti in base all'oggetto del contratto che, oltre a riprodurre le clausole relative alle cause tassative di esclusione come indicate in via generale nel documento esaminato, conterranno le ulteriori puntuali indicazioni sulla gestione della gara.

Pertanto, alla luce di tutto quanto innanzi, invito le S.S.L.L. ad aggiornare tempestivamente i contenuti dei bandi di gara avuto riguardo alle indicazioni fornite dall'AVCP e tenendo, altresì conto che, per le pubbliche amministrazioni che non si adegueranno, potranno scattare ricorsi all'Autorità Antitrust.

IL SEGRETARIO GENERALE
dott.ssa Maria de Filippo