

**IL BANDO TIPO PER SERVIZI E FORNITURE SOPRA
SOGLIA CON OFFERTA ECONOMICAMENTE PIU'
VANTAGGIOSA**

QUESITI E APPROFONDIMENTI

1 marzo 2018

Maria Teresa Massi

Inserire logo attuatore



Portata cogente del bando/disciplinare tipo

Applicabilità del bando tipo ad altre tipologie di affidamenti:

(dalla Relazione AIR)

*“Si tratta in effetti di un "disciplinare di gara – anche noto come “norme integrative del bando di gara”, e a cui lo stesso bando rinvia – che consiste in un **corpus di disposizioni di dettaglio** volto a regolare le **modalità di partecipazione alla gara** degli operatori economici e di **aggiudicazione** del contratto pubblico....”*



Portata cogente del bando/disciplinare tipo

Applicabilità del bando tipo ad altre tipologie di affidamenti:

(dalla Nota Illustrativa)

*“Il modello contiene gli **elementi fondamentali** della procedura di affidamento che le stazioni appaltanti sono tenute ad inserire nella documentazione di gara ed è **tendenzialmente esaustivo di tutte le possibili fattispecie che in concreto possono verificarsi**. Si evidenzia, tuttavia, che **per aspetti procedurali**, quali, ad esempio, quelli connessi alle **gare gestite con sistemi telematici**, **si dovrà integrare il disciplinare di gara** con le norme sulla procedura e le altre indicazioni dettate dal Codice. In particolare, per le **gare telematiche** si suggerisce l’adozione da parte delle stazioni appaltanti di appositi regolamenti interni di disciplina che possono essere richiamati nel bando. L’opzione di porre in essere una gara telematica costituisce, di per sé, idonea motivazione a consentire una deroga al disciplinare, limitatamente agli aspetti che è necessario modificare per gestire la gara telematicamente. Similmente, **in attesa dell’approvazione di specifici bandi per tipologia di gara**, opportune integrazioni dovranno essere apportate per l’affidamento di contratti in taluni settori come quello **dei servizi attinenti all’ingegneria ed architettura** per il quale il Codice e le Linee guida n. 1 del 2016 e s.m.i. contengono **norme specifiche in relazione ai requisiti di partecipazione**. Per le procedure indette dalle centrali di committenza il modello predisposto potrà essere utilizzato nei limiti di compatibilità con le specificità dell’oggetto delle diverse tipologie di appalto.”*

Portata cogente del bando/disciplinare tipo



Applicabilità del bando tipo ad altre tipologie di affidamenti:

Gare di lavori: Il bando-tipo riguarda affidamenti beni e servizi, per i lavori vi era il bando tipo 2/2014 (prezzo più basso) e si era avviato sempre nel 2014 un procedimento di consultazione specifico per l'aggiornamento

(dalla Nota Illustrativa)

L'Autorità ha avviato un'attività di aggiornamento dei Bandi - tipo già predisposti, e successivamente sospesi prima della pubblicazione a causa del recepimento delle Direttive 2014/23/UE e 2014/24/UE. Il lavoro di aggiornamento, iniziato sulla scorta del Codice approvato il 18 aprile 2016, ha ricompreso le modifiche intervenute anche ad opera del D. lgs 19 aprile 2017, n. 56 (Decreto correttivo), che ha segnato un intervento correttivo organico, già previsto nella legge di delega originaria

Gare di concessioni: applicabilità “ove compatibile”

(dall'art. 164, co. 2 del Codice)

*2. Alle procedure di aggiudicazione di contratti di concessione di lavori pubblici o di servizi si applicano, **per quanto compatibili**, le disposizioni contenute nella **parte I e nella parte II**, del presente codice, relativamente **ai principi generali, alle esclusioni, alle modalità e alle procedure di affidamento, alle modalità di pubblicazione e redazione dei bandi e degli avvisi, ai requisiti generali e speciali e ai motivi di esclusione, ai criteri di aggiudicazione, alle modalità di comunicazione ai candidati e agli offerenti, ai requisiti di qualificazione degli operatori economici, ai termini di ricezione delle domande di partecipazione alla concessione e delle offerte, alle modalità di esecuzione.***

Portata cogente del bando/disciplinare tipo



Applicabilità del bando tipo ad altre tipologie di affidamenti:

**Gare di servizi sociali: non applicabilità
(dalla Nota Illustrativa)**

“Si evidenzia infine che il Disciplinare non si applica alle procedure per l'affidamento dei servizi sociali ai sensi dell'art. 142 co. 5 bis del Codice.”

D. In considerazione che il contratto tipo non si applica ai servizi sociali vorrei sapere se nel bando servizi sociali si può escludere, nel bando , il ricorso al l'avvalimento

In relazione alla stessa norma, non trovano diretta applicazione alle gare per servizi sociali norme come quelle sulla Commissione giudicatrice, dell'avvalimento e dell'anomalia, con necessità in ogni caso di attenersi ai principi sottesi e di motivare le relative eventuali diverse scelte

Portata cogente del bando/disciplinare tipo

(dalla relazione AIR)

“Vincolatività del Disciplinare tipo – Obbligo di conformazione – Conformità formale

*E’ stato osservato che, in considerazione delle finalità poste alla base dell’adozione dei bandi tipo volte a promuovere omogeneità di comportamento tra le stazioni appaltanti, l’obbligo per le amministrazioni di “conformarsi” al bando tipo dovrebbe essere inteso come **obbligo di conformarsi alla disciplina sostanziale e non alla impostazione formale del bando.***

Opzione scelta

*L’osservazione non può essere accolta. **Il Disciplinare è atto formale, ad effetto vincolante per le stazioni appaltanti, la cui flessibilità di recepimento è consentita limitatamente alle parti espressamente indicate come facoltative.** In Nota illustrativa sono esplicitate le modalità con cui le stazioni appaltanti recepiscono il Disciplinare, distinguendo tra parti facoltative e parti obbligatorie.”*

IMPORTO DELL'APPALTO



(Dal Bando Tipo)

*“L’importo a base di gara è **al netto di Iva** e/o di altre imposte e contributi di legge, **nonché degli oneri per la sicurezza** dovuti a rischi da interferenze.”*

[N.B.: la stazione appaltante deve dettagliare le modalità di calcolo della base d’asta, esplicitando le componenti e le relative quantità cui sono stati applicati i prezzi di riferimento.]

(dalla Relazione Illustrativa)

“Nei documenti di gara, in ossequio all’evidente principio di trasparenza è stato, altresì, previsto che la stazione appaltante dia atto ed illustri le modalità di calcolo sottese alla determinazione dell’importo complessivo posto a base d’asta.”

(dall'art. 23, co. 16 del Codice)

“Nei contratti di lavori e servizi la stazione appaltante, al fine di determinare l'importo posto a base di gara, individua nei documenti posti a base di gara i costi della manodopera sulla base di quanto previsto nel presente comma. I costi della sicurezza sono scorporati dal costo dell'importo assoggettato al ribasso.”

IMPORTO DELL'APPALTO



(Dal Bando Tipo)

*“L’importo a base di gara è **al netto di Iva** e/o di altre imposte e contributi di legge, **nonché degli oneri per la sicurezza** dovuti a rischi da interferenze.”*

[N.B.: la stazione appaltante deve dettagliare le modalità di calcolo della base d’asta, esplicitando le componenti e le relative quantità cui sono stati applicati i prezzi di riferimento.]

(Dalle FAQ ANAC aggiornate a giugno 2016 sui contributi in sede di gara)

“2. Come deve essere calcolato il valore a base di gara?”

*Ai sensi dell’art. 29 del d.lgs. n. 163/2006 (“Codice”), **la base di gara è un valore stimato**, valutato dalla stazione appaltante al momento dell’invio del bando di gara o al momento in cui la stazione appaltante avvia la procedura di affidamento del contratto. Il calcolo del valore, quindi, è basato **sull’importo totale pagabile al netto dell’IVA, comprensivo degli oneri della sicurezza e di qualsiasi forma di opzione o rinnovo del contratto.**”*

IMPORTO DELL'APPALTO E CIG



D. Nel CIG si deve tenere conto anche dell'importo delle opzioni?

D. L'importo rilevante per il CIG è dato da base d'appalto compreso rinnovo e NON il valore del quinto d'obbligo?

(dalla Relazione AIR)

Quinto d'obbligo – Previsione nel disciplinare – Non necessaria

E' stato richiesto di prevedere l'enunciazione della possibilità del ricorso al quinto d'obbligo e/o il prolungamento del contratto con ricorso alle economie di gara.

Opzione scelta

L'osservazione non è accolta. L'art. 106, comma 12 del Codice **non richiede che il ricorso al quinto d'obbligo sia specificato nel disciplinare.**

.....

Proroga tecnica – Importo dell'appalto - Computazione – Non possibile

E' stato osservato che la proroga tecnica dovrebbe essere quantificata e computata nell'importo complessivo dell'appalto.

Opzione scelta

L'osservazione non è accolta. La proroga tecnica è un'opzione **la cui durata e il cui importo non sono né prevedibili, né quantificabili alla data di pubblicazione del bando.** Del resto, la riproduzione del relativo testo normativo appare l'unica opzione consentita (art. 106, comma 11). Nondimeno, il Disciplinare ha previsto che, ove le stazioni appaltanti lo ritengano possibile, esse possano procedere a una stima di massima ai fini del computo sulla base d'asta.

IMPORTO DELL'APPALTO E CIG

(Dal Bando Tipo)

“4.2 Opzioni e rinnovi

[In caso di inserimento di una o più delle suddette clausole facoltative] Ai fini dell'art. 35, comma 4 del Codice, il valore massimo stimato dell'appalto, è pari ad €..... al netto di Iva e/o di altre imposte e contributi di legge, nonché degli oneri per la sicurezza dovuti a rischi da interferenze”

(dalla Nota Illustrativa)

*“Si ricorda che, ai sensi dell'art. 35 del Codice, il valore stimato di un appalto da prendere in considerazione al fine di valutare l'eventuale superamento della soglia comunitaria è quello derivante **dalla somma dell'importo a base di gara** (al netto di Iva e/o di altre imposte e contributi di legge, nonché degli oneri per la sicurezza dovuti a rischi da interferenze non soggetti a ribasso) **e di eventuali opzioni o rinnovi.**”*

IMPORTO DELL'APPALTO E CIG



Quindi:

- **L'importo stimato complessivo (ma al netto di IVA ed oneri per la sicurezza) vale a determinare le soglie e quindi le modalità di affidamento; al lordo degli oneri vale per l'acquisizione del CIG;**
- **Nell'importo stimato vanno computati i rinnovi e TUTTE le opzioni prevedibili, sia che si ricada nelle ipotesi dell'art. 106, per le quali quindi non sarà richiesta la stipulazione di un nuovo contratto né l'acquisizione di un nuovo CIG, sia che si ricada nelle casistiche dell'art. 63 per le quali viceversa occorrerà sottoscrivere un nuovo atto con relativo progetto/capitolato**
- **L'importo posto a base di gara serve per determinare gli importi dei requisiti speciali e la somma da garantire con la cauzione provvisoria**

IMPORTO DELL'APPALTO E CIG



D. Non risulta che non si paghi il contributo Anac per il secondo CIG, quando il primo presenta l'opzione di CIG con ripetizioni.

(Dalle FAQ ANAC aggiornate a giugno 2016 sui contributi in sede di gara)

10. Le proroghe di contratti o convenzioni esistenti sono sottoposte al pagamento di un nuovo contributo?

No, quando la proroga rientri nei limiti di ammissibilità prevista dalla normativa vigente (molto ristretti).

11. I rinnovi di contratti sono sottoposti al pagamento di un nuovo contributo?

No. L'importo a base di gara deve essere comprensivo, tra l'altro, di qualsiasi forma di rinnovo del contratto (art. 29 del Codice). Sussiste, però, l'obbligo di acquisire il CIG in quanto il rinnovo dà vita ad un nuovo contratto. In sede di registrazione sul SIMOG, dovrà essere indicato che trattasi di "ripetizione di precedente contratto", riportando il "CIG contratto originario".

IMPORTO DELL'APPALTO



D. Come si calcolano gli oneri della sicurezza e i costi della manodopera?

ONERI DELLA SICUREZZA NEGLI APPALTI DI SERVIZI E FORNITURE

- gli oneri che vanno evidenziati nella documentazione di gara e nel disciplinare sono quelli connessi all'attuazione delle misure di sicurezza specifiche per il contratto che si va ad affidare;
- sulla base del DVR (Documento di Valutazione del Rischio) dovrebbe essere redatto un DUVRI (Documento Unico di Valutazione del Rischio da Interferenze) che, nel caso dell'esistenza di sovrapposizioni tra le attività dell'appaltatore e quella svolta dal personale dell'Ente committente, determina le modalità di rimozione o attenuazione dei rischi, le relative misure e i corrispondenti costi;
- se viceversa non vi sono “incroci” tra le suddette attività, si attesterà l'assenza di rischi da interferenze e gli oneri della sicurezza saranno indicati come pari a “zero”.

IMPORTO DELL'APPALTO



COSTI DELLA MANODOPERA

(dall'art. 23, co. 16 del Codice)

“16. Per i contratti relativi a lavori, servizi e forniture, il costo del lavoro è determinato annualmente, in apposite tabelle, dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali sulla base dei valori economici definiti dalla contrattazione collettiva nazionale tra le organizzazioni sindacali e le organizzazioni dei datori di lavoro comparativamente più rappresentativi, delle norme in materia previdenziale ed assistenziale, dei diversi settori merceologici e delle differenti aree territoriali. In mancanza di contratto collettivo applicabile, il costo del lavoro è determinato in relazione al contratto collettivo del settore merceologico più vicino a quello preso in considerazione.”

(Dal Bando Tipo)

“[In caso di appalto di servizi o appalto misto di servizi e forniture] Ai sensi dell’art. 23, comma 16, del Codice l’importo posto a base di gara [in caso di suddivisione dell’appalto in lotti distinti sostituire “gara” con “singolo lotto”] comprende i costi della manodopera che la stazione appaltante ha stimato pari €calcolati sulla base dei seguenti elementi [precisare gli elementi attraverso i quali si è pervenuti alla determinazione del costo stimato].

(dalla Nota Illustrativa)

*“Analoga operazione è previsto che venga effettuata per il calcolo della manodopera, rispetto al quale, il Bando tipo si è fatto carico, altresì, di prescrivere, in applicazione analogica dell’art. 95, comma 10, del Codice, che esso non sia effettuato per servizi di natura intellettuale e di forniture senza posa in opera. Infatti, così come non può essere tenuto l’offerente ad una simile operazione, vista o **la totalizzante presenza di manodopera nel servizio intellettuale** o la totale assenza dello stesso nelle forniture prive di posa in opera, parimenti non deve ritenersi obbligata la stazione appaltante.”*

IMPORTO DELL'APPALTO



COSTI DELLA MANODOPERA

D. Stiamo predisponendo il bando per l'affidamento del servizio di gestione del canile, abbiamo difficoltà a computare i costi della manodopera

- anche un servizio ha bisogno della sua progettazione, con individuazione delle attività, dei profili professionali necessari e del monte orario occorrente;
- nell'impossibilità di ricondurre le prestazioni ad un settore merceologico e quindi ad un contratto collettivo o ad una tabella ministeriale occorre adottare altri criteri di stima;
- tenuto conto della particolarità del servizio e della necessità di garantire la sola concorrenza per il mercato (i canili sono quasi sempre pubblici) possiamo adottare criteri di stima opportuni, anche in relazione alle finalità sociali che con l'affidamento si intendono perseguire;
- nel caso ci si rivolga a cooperative, può essere utilizzato il contratto collettivo delle cooperative multi-servizi; nel caso ci si rivolga a cooperative sociali, possono essere utilizzate le tariffe regionali; qualora si faccia riferimento ad organizzazioni di volontariato, il valore dell'affidamento può essere determinato sulla base dei costi storici o dei soli rimborsi spese e delle coperture assicurative obbligatorie che devono essere coperte dalla PA.

OPZIONI E RINNOVI



D. Posso prevedere alla stessa ditta l'affidamento di lavori complementari di quelli appaltati, lavori in più?

In realtà sono ipotesi diverse:

- **lavori complementari**, previsti nell'importo e nel progetto posto a base di gara, per i quali è possibile procedere direttamente con l'aggiudicatario, alle condizioni previste dall'art. 63, co. 5 del Codice che recita *“Il progetto a base di gara indica l'entità di **eventuali lavori o servizi complementari e le condizioni alle quali essi verranno aggiudicati**. La possibilità di avvalersi della procedura prevista dal presente articolo è indicata sin dall'avvio del confronto competitivo nella prima operazione e l'importo totale previsto per la prosecuzione dei lavori o della prestazione dei servizi è computato per la determinazione del valore globale dell'appalto, ai fini dell'applicazione delle soglie di cui all'articolo 35, comma 1. Il ricorso a questa procedura è **limitato al triennio successivo** alla stipulazione del contratto dell'appalto iniziale.”* Occorre chiaramente che si tratti di lavorazioni analoghe e cioè connesse con la stessa qualificazione che abbiamo richiesto nella procedura di gara;
- **lavori in più** ricadenti nel quinto d'obbligo (contratti a misura, identiche prestazioni e stessi prezzi del contratto iniziale) ma già prevedibili in quanto l'Amministrazione vuole avere la possibilità di recuperare e riutilizzare l'eventuale ribasso.

OPZIONI E RINNOVI



IL RINNOVO

Nel **bando definitivo** la facoltà di rinnovo (affidamento di servizi identici) è un'opzione a parte, e scollegata dal rispetto del termine triennale dalla stipula, come riportato nella nota illustrativa.

(dalla Nota Illustrativa)

*“Si precisa che sono da considerare servizi analoghi quelli che hanno relazione o qualcosa in comune con i servizi oggetto di affidamento principale, **diversi dai servizi identici che possono più propriamente essere oggetto di rinnovo contrattuale**. Per “ripetizione di servizi analoghi” ai sensi dell’art. 63 comma 5 del Codice è corretto, pertanto, intendere ripetizione di servizi non coincidenti con quelli originariamente previsti in gara. D’altra parte, la stessa giurisprudenza ha definito i servizi analoghi “quelli attinenti allo stesso settore dell'appalto da aggiudicare, ma concernenti, in riferimento allo specifico oggetto della procedura, tipologie diverse ed eterogenee” (Cons. Stato, Sez. IV, 11 novembre 2014 n. 5530)...*

*Tuttavia, ad avviso del Consiglio di Stato **né l’art. 23 della l. 18 aprile 2005 n. 62** (legge comunitaria 2004), né il pregresso art. 57 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, né i principi comunitari consolidati in materia contrattuale, hanno mai impedito il rinnovo espresso dei contratti, allorché la facoltà di rinnovo, alle medesime condizioni e per un tempo predeterminato e limitato, fosse ab origine prevista negli atti di gara e venisse esercitata in modo espresso e con adeguata motivazione.”*

OPZIONI E RINNOVI



D. Vorrei evidenziare che al punto 4.2 del disciplinare tipo è scritto letteralmente che "la stazione appaltante si riserva la facoltà.....[indicare una durata non superiore a quella del contratto iniziale]; letto così significa che se la durata iniziale è di 5 anni è possibile prevedere un rinnovo per ulteriori 5 anni ma ciò non credo sia consentito dalla normativa.

ANAC ritiene assolutamente legittimo il rinnovo espresso e previsto nella documentazione di gara. A questo punto l'unico limite, per la durata, deriva dalle norme sulla contabilità dello Stato (art. 12 R.D. 2440/1923) che vieta la sottoscrizione di contratti comportanti spese ordinarie (correnti) di durata superiore ai 9 anni.

D. Si possono rinnovare solo alcuni servizi dell'appalto o tutti quelli indicati?

In teoria il rinnovo comporta che le prestazioni rimangano le stesse ma che venga prolungato il periodo per il quale debbano essere effettuate. In ogni caso occorre prevedere e motivare adeguatamente l'opzione.

D. Il rinnovo posso applicarlo a lavori di servizi e manutenzione?

Si suppone che si tratti di contratti misti, collegati alla conduzioni e/o gestione di immobili e/o impianti, ove sono previste sia lavorazioni puntuali che servizi gestionali e di manutenzione; nella misura in cui il “progetto” del servizio non abbia bisogno di adeguamenti, il rinnovo appare praticabile.

REQUISITI SPECIALI E RTI



UNICA PRESTAZIONE – RTI ORIZZONTALI

Fatturato globale e fatturato specifico: sono elementi frazionabili e cumulabili, quindi il requisito “*deve essere soddisfatto dal raggruppamento temporaneo nel complesso. Detto requisito deve essere posseduto in misura maggioritaria dall’impresa mandataria*” oppure “*la stazione appaltante indica l’eventuale percentuale/altra misura specifica richiesta per la mandataria e/o per la/le mandante/i*” Se non prevista % minima per mandanti si consente che anche una mandante priva di requisiti può essere ammessa al RTI (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, n° 857/2018)

Organico medio annuo: come sopra

Servizio di punta: normalmente non frazionabile e quindi documentabile dalla mandataria

Elenco servizi analoghi: cumulabili, ANAC lo ritiene necessario sia per la mandataria che per le mandanti, lo richiede in misura maggioritaria per la mandataria, ma risulta necessario in tal caso stabilire la quota minima per le mandanti.

Dalla sentenza citata “*L’assenza di un’espressa richiesta in tal senso da parte della legge di gara comporta quindi l’applicabilità, anche al caso in esame, del principio di diritto enunciato dal precedente di Cons. Stato, IV, 5 gennaio 2015, n. 18, a mente del quale “la questione giuridica controversa riguarda se un soggetto partecipante in ATI come mandante [...] possa partecipare alla gara (e con essa l’intero RTI) nonostante sia priva di fatturato specifico. La risposta al quesito è senz’altro affermativa se la lex di gara non abbia previsto, in caso di offerte proveniente da soggetti raggruppati temporaneamente, requisiti minimi anche in capo alle mandanti. Sul punto è sufficiente rilevare che tale scelta è conforme, come si è dimostrato, alla disciplina normativa generale ed a quella speciale della gara e non contrasta con principi desumibili dal Codice dei contratti, che anzi è sempre più orientato, in una logica di massima partecipazione alle gare, ad allargare la platea dei possibili concorrenti*”.



REQUISITI SPECIALI E RTI

(dalla relazione AIR)

Requisito di fatturato globale – Requisito di fatturato specifico – Raggruppamenti temporanei - Quota di partecipazione – Corrispondenza

E' stato osservato che i requisiti del fatturato globale e specifico devono essere posseduti da ciascun operatore economico nella misura corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento/consorzio/GEIE (fatta salva la disciplina specifica per i consorzi stabili). Viceversa si configurerebbe una sorta di avvalimento automatico.

Opzione scelta

L'osservazione non può essere accolta. Si deve rammentare che la ratio del RTI è quella di allargare lo spettro dei soggetti partecipanti e quindi di ampliare lo spettro della concorrenza e la partecipazione alla gara. L'istituto dell'avvalimento condivide la stessa ratio pro concorrenziale dell'associazione di imprese e – sotto il profilo teleologico, nella misura in cui sono tesi ad ampliare la concorrenza - i due istituti possono essere ritenuti omogenei. Tuttavia, **l'avvalimento nel raggruppamento si pone quale istituto cui ricorrere nel caso in cui vengano poste delle limitazioni, per così dire, interne nel disciplinare, le quali impediscano la confusione o la comunicazione dei requisiti tra un soggetto e l'altro partecipante al RTI.** In tal senso, anche l'affermazione di “una sorta di avvalimento automatico” appare non corretta. Nella disciplina del nuovo Codice e nel presente disciplinare è stata consentita a priori la massima flessibilità nella dimostrazione dei requisiti in caso di RTI o altri soggetti associati; ciò esclude fin dal principio che possa sorgere l'esigenza che lo scambio dei requisiti avvenga con il ricorso all'istituto dell'avvalimento. **In altri termini, la confusione dei requisiti avviene principalmente ed esclusivamente mediante lo strumento associativo/societario e non mediante quello contrattuale.**

REQUISITI SPECIALI E RTI

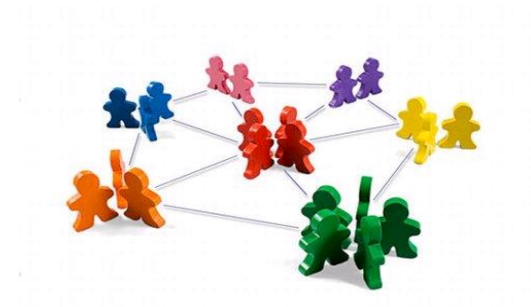


PRESTAZIONI PRINCIPALE E SECONDARIA – RTI VERTICALI

Fatturato globale: frazionabile e cumulabile quindi il requisito “*deve essere soddisfatto dal raggruppamento temporaneo nel complesso. Detto requisito deve essere posseduto in misura maggioritaria dall’impresa mandataria*” oppure “*la stazione appaltante indica l’eventuale percentuale/altra misura specifica richiesta per la mandataria e/o per la/le mandante/i*” magari in relazione alla % di incidenza della prestazione secondaria sul totale dell'importo a base di gara.

Fatturato specifico: avremo settori merceologici diversi, quindi se richiesto per la sola prestazione principale sarà documentato dalla mandataria, se richiesto anche per la secondaria sarà documentata dalla mandante, in % coerenti.

Analoghe considerazioni valgono per organico medio annuo, servizi di punta ed elenco servizi dei analoghi.



REQUISITI SPECIALI E RTI



La possibilità di costituire raggruppamenti verticali è rimessa alla Stazione Appaltante

Consiglio di Stato, Sez. V, n° 5772/2017

“Contrariamente a quanto dedotto dalle appellanti, con l’ultimo profilo di censura, **la distinzione tra raggruppamenti verticali ed orizzontali non è puramente nominalistica, ma discende dalle concrete e specifiche attribuzioni delle imprese associate**: trova infatti applicazione, al riguardo, il principio enunciato dall’Adunanza plenaria di questo Consiglio con sentenza 13 giugno 2012, n. 22, a mente del quale *“La distinzione tra a.t.i. orizzontali e a.t.i. verticali [...] poggia sul contenuto delle competenze portate da ciascuna impresa raggruppata ai fini della qualificazione a una determinata gara: in linea generale, l’a.t.i. orizzontale è caratterizzata dal fatto che le imprese associate (o associande) sono portatrici delle medesime competenze per l’esecuzione delle prestazioni costituenti l’oggetto dell’appalto, mentre l’a.t.i. verticale è connotata dalla circostanza che l’impresa mandataria apporta competenze incentrate sulla prestazione prevalente, diverse da quelle delle mandanti, le quali possono avere competenze differenziate anche tra di loro, sicché nell’a.t.i. di tipo verticale un’impresa, ordinariamente capace per la prestazione prevalente, si associa ad altre imprese provviste della capacità per le prestazioni secondarie scorporabili”*.....

Ne consegue che la possibilità di dar vita a raggruppamenti di tipo verticale (o, più correttamente, di ammetterli ad una gara) **solo laddove la stazione appaltante abbia preventivamente individuato negli atti di gara, con chiarezza, le prestazioni “principali” e quelle “secondarie”**. Ciò in quanto trova applicazione il precedente – dal quale non vi è ragione di discostarsi, nel caso di specie – di Cons. Stato, III, 9 maggio 2012, n. 2689, per cui è precluso al partecipante alla gara *“procedere di sua iniziativa alla scomposizione del contenuto della prestazione, distinguendo fra prestazioni principali e secondarie”*, onde ripartirle all’interno di un raggruppamento di tipo verticale.”



REQUISITI SPECIALI E CONSORZI

(dalla relazione AIR)

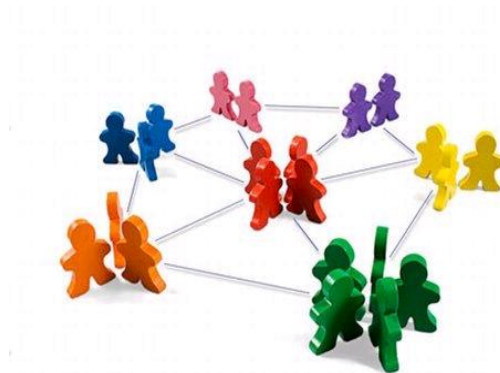
Partecipazione alle gare – Requisiti – Qualificazione - Consorzi stabili- Consorzi di cooperative – Distinzione - Sussiste

E' stato osservato che il Disciplinare distingue la qualificazione del consorzio stabile da quella del consorzio di cooperative, i quali tradizionalmente sono sempre stati considerati unitamente, come appartenenti alla stessa species e dunque destinatari della medesima disciplina.

Opzione scelta

L'osservazione appare fondata, tuttavia, è lo stesso articolo 47 del Codice a disporre - per la qualificazione dei due tipi di consorzi - una disciplina unitaria nel primo comma e una disciplina applicabile solo ai consorzi stabili, nel secondo comma. In mancanza di una eventuale modifica legislativa, l'obiezione alla luce della norma positiva non può essere accolta.

N.B. La scelta del bando tipo quindi è nel senso che il principio del cumulo alla rinfusa non si applichi per tutti i tipi di requisiti e in maniera identica per le due tipologie di consorzi.



AVVALIMENTO E SOCCORSO ISTRUTTORIO



D. Può andare a soccorso istruttorio tutto quanto riguarda l'avvalimento?

Per i requisiti generali o speciali, ANAC dà indicazioni (dalla Relazione AIR)

La soluzione al problema passa attraverso le seguenti specificazioni.

Nel caso in cui l'ausiliario perda i requisiti prima della scadenza del termine di presentazione dell'offerta, e in ordine agli stessi siano rese delle dichiarazioni non veritiere, la stazione appaltante procede all'esclusione del concorrente dalla gara; nel caso in cui, invece, il requisito speciale dichiarato non risulti adeguato e conforme (per natura e importo) alle prescrizioni contenute nel disciplinare ovvero nel caso in cui dalle dichiarazioni fornite si appalesi presente una causa di esclusione di cui all'art. 80, la stazione appaltante consente la sostituzione dell'ausiliario.

Nel caso di perdita del requisito dopo l'ammissione del concorrente, in corso di gara, ovvero dopo l'aggiudicazione della stessa, la stazione appaltante consente la sostituzione dell'ausiliario.

Per il contratto di avvalimento, eventuali carenze (genericità previsioni impegni e risorse) comportano di fatto la carenza del requisito, non emendabile con soccorso istruttorio.



SUBAPPALTO



Ancora aperta la questione del limite quantitativo (Ordinanza n. 148 del 19.1.2018, TAR Lombardia che ha disposto il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'U.E.)

Quesito: “Se i principi di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi, di cui agli articoli 49 e 56 del Trattato sul Funzionamento dell’Unione Europea (TFUE), l’articolo 71 della direttiva 2014/24 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014, il quale non contempla limitazioni quantitative al subappalto, e il principio eurounitario di proporzionalità, ostino all’applicazione di una normativa nazionale in materia di appalti pubblici, quale quella italiana contenuta nell’articolo 105, comma 2, terzo periodo, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, secondo la quale il subappalto non può superare la quota del 30 per cento dell’importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture”.

Il Consiglio di Stato si era già espresso favorevolmente (parere 782/2017 su decreto correttivo)

“Le direttive del 2014, rispetto alle precedenti del 2004, per la prima volta includono nella disciplina del subappalto finalità che finora erano state specifiche della legislazione italiana, ossia una maggiore trasparenza e la tutela giuslavoristica. E’ vero che nemmeno le nuove direttive, al pari delle previgenti, contemplano espressamente limiti quantitativi al subappalto, salva la possibilità per la stazione appaltante di esigere di conoscere preventivamente i nomi dei subappaltatori e la facoltà per gli Stati membri di imporre norme di tutela giuslavoristica. Tuttavia, la complessiva disciplina delle nuove direttive, più attente, in tema di subappalto, ai temi della trasparenza e della tutela del lavoro, in una con l’ulteriore obiettivo, complessivamente perseguito dalle direttive, della tutela delle micro, piccole e medie imprese, può indurre alla ragionevole interpretazione che le limitazioni quantitative al subappalto, previste da legislatore nazionale, non sono in frontale contrasto con il diritto europeo. Esse vanno infatti vagliate, e possono essere giustificate, da un lato alla luce dei principi di sostenibilità sociale che sono alla base delle stesse direttive, e dall’altro lato alla luce di quei valori superiori, declinati dall’art. 36 TFUE, che possono fondare restrizioni della libera concorrenza e del mercato, tra cui, espressamente, l’ordine e la sicurezza pubblici.”

IL SUBAPPALTO NELLA DIRETTIVA

(dalla Direttiva 23/2014, considerando n° 105)

*“È inoltre necessario garantire una certa trasparenza nella catena dei subappalti, in quanto ciò fornisce alle amministrazioni aggiudicatrici informazioni su chi è presente nei cantieri edili nei quali si stanno eseguendo i lavori per loro conto o su quali imprese forniscono servizi negli edifici, infrastrutture o aree, ad esempio municipi, scuole comunali, infrastrutture sportive, porti o autostrade, dei quali le amministrazioni aggiudicatrici sono responsabili o su cui hanno un controllo diretto. Dovrebbe essere chiarito che **l’obbligo di fornire le necessarie informazioni grava in ogni caso sul contraente principale, in virtù di clausole specifiche che l’amministrazione aggiudicatrice dovrà inserire in tutte le procedure di appalto, o in virtù di obblighi che gli Stati membri imporranno al contraente principale mediante disposizioni di applicazione generale.***

.....

*Inoltre, **dovrebbe essere indicato esplicitamente che gli Stati membri dovrebbero poter imporre condizioni più rigorose**, ad esempio estendendo gli obblighi in materia di trasparenza, consentendo il pagamento diretto ai subappaltatori, oppure **permettendo o imponendo alle amministrazioni aggiudicatrici di verificare che i subappaltatori non si trovino in una delle situazioni che giustificano l’esclusione dell’operatore economico.** Nell’applicare tali misure ai subappaltatori, occorre garantire la coerenza con le disposizioni applicabili ai contraenti principali, facendo in modo che l’esistenza di motivi obbligatori di esclusione comporti l’obbligo per il contraente principale di sostituire il subappaltatore. Qualora dalle verifiche risulti la presenza di motivi non obbligatori di esclusione, andrebbe precisato che le amministrazioni aggiudicatrici possono esigere la sostituzione. Si dovrebbe tuttavia indicare esplicitamente anche che le amministrazioni aggiudicatrici possono essere tenute a chiedere la sostituzione del subappaltatore in questione quando in tali casi l’esclusione del contraente principale sarebbe obbligatoria.*

Si dovrebbe inoltre stabilire espressamente che gli Stati membri restano liberi di prevedere disposizioni di diritto interno più rigorose in materia di responsabilità o norme più avanzate in materia di pagamenti diretti ai subappaltatori.”

DIVIETO DI SUBAPPALTO



D. E' consentito inserire il divieto del subappalto? Se si è necessario inserire la motivazione?

D. La Stazione Appaltante può vietare il subappalto in sede di gara?

La completa riscrittura del comma 4 dell'art. 105 ad opera del correttivo sembra aver eliminato la facoltà per l'Amministrazione di escludere del tutto il subappalto, anche motivando.

In particolare è stata eliminata la precedente lett. a) del citato comma 4 che recitava “*a) tale facoltà sia prevista espressamente nel bando di gara anche limitatamente a singole prestazioni e, per i lavori, sia indicata la categoria o le categorie per le quali è ammesso il subappalto.*”

Da sottolineare nuovamente che l'art. 105 non trova diretta applicazione nel campo degli appalti per servizi sociali

FATTISPECIE RICONDUCIBILI AL SUBAPPALTO

La lettura delle giurisprudenza (TAR Lazio, sezione I-bis, n. 1956/2018)

“Com’è noto, il subappalto costituisce, ai sensi dell’art. 105 del D. Lgs. 18.4.2016 n. 50, un *“contratto con il quale l’appaltatore affida a terzi l’esecuzione di parte delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto”*.

Invero, il contratto subappalto, previsto dall’art. 1676 e segg. c.c., prevede che **l’appaltatore trasferisca a terzi l’esecuzione di parte della prestazione negoziale, così configurando un vero e proprio appalto che si caratterizza, rispetto al contratto-tipo, solo per essere un contratto- derivato da altro contratto stipulato a monte, che ne costituisce il presupposto....**

In sostanza, **mentre il subappaltatore assume di eseguire in tutto o in parte una prestazione dell’appaltatore (art. 1655 e ss. c.c.) a beneficio della stazione appaltante, il subfornitore si impegna soltanto a porre nella disponibilità dell’appaltatore un prodotto e rileva fundamentalmente sotto il profilo privatistico dei rapporti commerciali fra le aziende....**

Alla stregua dei criteri rivenienti dai dati testuali legislativi, emerge la differenza fra il contratto di subappalto - ontologicamente caratterizzato dal coinvolgimento dell'assetto imprenditoriale dell'impresa subappaltatrice nell'attività dell'impresa aggiudicataria dell'appalto- ed il contratto di subfornitura, il quale prevede l'inserimento del subfornitore in un determinato livello del processo produttivo, sotto le direttive del fornitore che determinano la dipendenza tecnica del subfornitore quanto a progetto, specifiche e know how di realizzazione della subfornitura.”

FATTISPECIE RICONDUCIBILI AL SUBAPPALTO

La lettura delle giurisprudenza (TAR Lazio, sezione I-bis, n. 1956/2018)

“La rilevanza della dipendenza tecnica è insita nel fatto che la lavorazione affidata in subfornitura interviene necessariamente ad un determinato livello (più o meno avanzato) del processo di produzione interno ed in vista della commercializzazione del prodotto-finito su un mercato, che è soltanto del fornitore e non anche del subfornitore.

Conseguentemente, è proprio l'inserimento del subfornitore nel ciclo produttivo del fornitore a richiedere che la lavorazione da parte del primo avvenga secondo la progettualità e le direttive tecniche impartite dal secondo (rispondenti alle esigenze di mercato da quest'ultimo intercettate), per cui la cosiddetta dipendenza tecnica - da valutarsi, come è ovvio, caso per caso ed in rapporto alla natura della lavorazione in concreto affidata in subfornitura- si pone come il risvolto operativo attraverso il quale normalmente si denota la dipendenza economica, di cui è elemento qualificante e sintomatico.

Sul piano contrattuale, questo elemento diversifica il rapporto di subfornitura commerciale (suscettibile di essere realizzato attraverso altri schemi negoziali) dal sub- appalto d'opera o di servizi, nel quale il sub-appaltatore è chiamato, nel raggiungimento del risultato, ad una prestazione rispondente ad autonomia non solo organizzativa ed imprenditoriale, ma anche tecnico-esecutiva, con conseguente maggior ampiezza della sua responsabilità per i vizi della cosa e per la sua non perfetta rispondenza a quanto convenuto.”

FATTISPECIE RICONDUCIBILI AL SUBAPPALTO

La lettura delle giurisprudenza (TAR Piemonte, sezione II, n. 94/2018)

“L’art. 1 comma 53 della legge n. 190/2012 recita: “Sono definite come maggiormente esposte a rischio di infiltrazione mafiosa le seguenti attività:

(omissis)

Tra le lavorazioni relative a demolizioni/rimozioni di opere in cemento-amianto previste nel computo metrico estimativo dell’appalto di cui si controverte figurano il trasporto e lo smaltimento in discariche autorizzate, che sono evidentemente riconducibili alle voci a) e b) della norma citata. **La disposizione non fa riferimento a limiti quantitativi o di importo, per cui è irrilevante la circostanza che il valore delle lavorazioni relative al cemento-amianto sia inferiore al 3% del valore complessivo dell’appalto.** In relazione a quanto sopra opera la previsione di cui all’art. 105 comma 6 del Codice dei contratti pubblici secondo cui (come sostenuto dalla ricorrente principale) era obbligatoria l’indicazione della terna dei subappaltatori in sede di offerta. L’inosservanza di tale obbligo da parte dell’aggiudicataria non comporta però l’esclusione della stessa dalla gara, come preteso dalla controparte.

Va innanzitutto premesso che, a parere del Collegio, risulta tuttora attuale il principio enunciato - in relazione al previgente D.Lgs. n. 163/2006 e al Regolamento di cui al D.P.R. n. 207/2010 - dall’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato nella sentenza n. 9 del 2 novembre 2015, in cui si legge: *“l’indicazione del nominativo del subappaltatore già in sede di presentazione dell’offerta non è obbligatoria, neanche nell’ipotesi in cui il concorrente non possieda la qualificazione nelle categorie scorporabili previste all’art.107, comma 2, d.P.R. cit.”*. A tale conclusione inducono:

- la circostanza che l’art. 105 del Codice del 2016 impone un obbligo di indicazione nominativa solo nel caso di cui al comma 10 relativo alla “terna di subappaltatori”;
- la circostanza, precedentemente rilevata, che il medesimo Codice non ha sostanzialmente innovato la disciplina del “subappalto necessario”.

Quanto all’indicazione della terna, la sua omissione comporta non l’esclusione del concorrente, ma l’attivazione del soccorso istruttorio previsto dall’art. 83 comma 9 del Codice “in caso di mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all’articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all’offerta economica e all’offerta tecnica”. Pur trattandosi di una carenza relativa a un elemento essenziale ai fini della partecipazione alla gara, essa infatti non incide sull’offerta economica o sull’offerta tecnica. In tal senso si è già pronunciato il TAR Brescia, sez. II, nella sentenza n. 1790 del 29 dicembre 2016 (citata anche nella recente sentenza del TAR Lazio, sez. III, n. 11438 del 20 novembre 2017). Non va inoltre trascurato che nella “domanda di partecipazione e dichiarazioni a corredo” (modello A predisposto dalla stazione appaltante) si legge nella nota 3 a pag. 5 che “non vige l’obbligatorietà dell’indicazione della terna di subappaltatori in sede di offerta”; e ciò basterebbe a giustificare il soccorso istruttorio.”

In senso parzialmente conforme **T.A.R. Pescara, 5 febbraio, 2018, n. 43** secondo il quale tali prestazioni non costituiscono subappalto e non concorrono alla quota limite del 30% (sub-affidamento soggetto a comunicazione preventiva)

ESCLUSIONE SUBAPPALTATORE E CONCORRENTE

(dalla Nota Illustrativa)

“Di contro, il Disciplinare prevede la sanzione dell’esclusione dalla gara del concorrente nel caso di mancato possesso, in capo ad uno dei subappaltatori indicati nella terna, dei requisiti prescritti (art. 80, Codice). Tale esclusione appare doverosa alla luce dell’art. 80, commi 1 e 5, ancorché sembri entrare in collisione interpretativa con l’art. 105, comma 12, del Codice a tenore del quale “L’affidatario deve provvedere a sostituire i subappaltatori relativamente ai quali apposita verifica abbia dimostrato la sussistenza dei motivi di esclusione di cui all’articolo 80”.

Sul punto, il Consiglio di Stato – in sede di parere reso sulle Linee guida relative ai mezzi di prova dei gravi illeciti professionali (Cons. St., comm. spec., 3 novembre 2016, n. 2286) - ha espresso dubbi di compatibilità comunitaria della norma, riscontrando che la disposizione dell’art. 105 del Codice, trasposizione pertinente della Direttiva 2024/17/UE, dimostra che le direttive comunitarie sembrano consentire la possibilità di sostituire i subappaltatori privi dei requisiti anche quando i loro nomi vanno indicati in gara.”

ESCLUSIONE SUBAPPALTATORE E CONCORRENTE

Segue (dalla Nota Illustrativa)

*“Il Consiglio di Stato, nel predetto parere, ha suggerito una interpretazione comunitariamente orientata della norma, ritenendo che, quando è fornita una terna di possibili subappaltatori, sia sufficiente ad evitare l'esclusione del concorrente che almeno uno dei subappaltatori abbia i requisiti e sia qualificato per eseguire la prestazione da subappaltare ovvero che il concorrente dichiari di rinunciare al subappalto, avendo in proprio i requisiti per eseguire le prestazioni. Sul punto, invero, il Consiglio di Stato aveva suggerito un intervento correttivo al Codice, che però è mancato. **La lettura delle norme richiamate, alla luce dell'indicazione del Consiglio di Stato, non pare consentita, in mancanza di un intervento legislativo nel senso indicato**, per il semplice fatto che l'art. 105, comma 12 non si riferisce al concorrente ma all'affidatario, il solo cui sia imposto di provvedere alla sostituzione dei subappaltatori relativamente ai quali apposita verifica abbia dimostrato la sussistenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80: la norma, infatti, appare verosimilmente relativa al momento successivo alla gara e all'aggiudicazione.”*

D. In cosa e come ci si può discostare dal bando tipo?

(dalla Nota Illustrativa)

*“Nei limitati casi in cui le stazioni appaltanti lo ritengano necessario, **sono consentite eventuali deroghe alle disposizioni obbligatorie, purché non in contrasto con le norme di legge e purché adeguatamente sostenute da espressa motivazione nella delibera a contrarre** (art. 71 ult. per. Codice).”*

ESCLUSIONE SUBAPPALTATORE E CONCORRENTE



- D. In teoria la disapplicazione dovremmo farla anche noi funzionari, non solo i giudici, quindi se la disciplina del subappalto non è comunitariamente legittima, noi dobbiamo disapplicarla**
- D. Le norme nazionali in contrasto con i regolamenti europei non si applicano.**

In base al principio di legalità, il giudice nazionale e, prima ancora, l'Amministrazione, hanno il potere-dovere di **dare immediata applicazione alle norme dell'UE provviste di effetto diretto**, con i soli limiti derivanti dai principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale o dei diritti inalienabili della persona, nel cui ambito resta ferma la possibilità del controllo di costituzionalità della legge di esecuzione del Trattato.

Ugualmente vi è l'obbligo di disapplicazione di una norma di diritto interna in contrasto con norma comunitaria

Rileva però la differenza tra norma self executing o ad applicazione diretta e norma che richiede attuazione o non dispone positivamente

In sostanza per il funzionario, ugualmente soggetto al principio di legalità, vi sarebbe **l'impossibilità di non applicare la legge interna in contrasto con una direttiva comunitaria non munita di efficacia diretta**

ESCLUSIONE SUBAPPALTATORE E CONCORRENTE

Le soluzioni comunitariamente orientate

Non prevedere, nella disciplina di gara, la presentazione di dichiarazioni sui requisiti da parte dei subappaltatori

La lettura delle giurisprudenza (TAR Emilia Romagna, Parma, Sezione I, n. 18/2018)

“A tacere del fatto che la presentazione delle dichiarazioni in questione non era richiesta dalla disciplina di gara (e quindi non poteva costituire causa di esclusione), non è contestato da parte ricorrente che il RTI aggiudicatario possieda in proprio i requisiti per assolvere agli obblighi contrattuali.

In sede di chiarimenti, inoltre, al quesito “è corretto interpretare che i subappaltatori indicati nella domanda di partecipazione e dichiarazione dei requisiti di gara (Modello A) non debbano presentare alcuna documentazione?” la Stazione appaltante precisava “dei subappaltatori indicati al punto 4 della domanda di partecipazione e dichiarazione dei requisiti di gara (Allegato A), non occorre, in sede di gara, allegare nessuna documentazione. Ai sensi dell’art. 105 c. 4 lett. a) del D.Lgs. 50/2016, i concorrenti devono indicare in sede di partecipazione le attività o le parti di esse che intendono subappaltare. Essendo l’importo dell’appalto superiore alla soglia di cui all’art. 35 del D. Lgs. 50/2016, è obbligatoria l’indicazione della terna di subappaltatori già in sede di gara. Nel caso in cui risulti aggiudicatario dell’appalto, il concorrente che non abbia fornito tale indicazione o che abbia dichiarato di non volersi avvalere della facoltà di subappaltare, non potrà ottenere dall’Amministrazione Aggiudicatrice alcuna autorizzazione al subappalto e dovrà svolgere l’appalto esclusivamente con la propria organizzazione di mezzi e personale”.

La evidenziata omissione, pertanto, non poteva determinare, come afferma la ricorrente, l’esclusione della concorrente dalla gara.”

SUBAPPALTO QUALIFICANTE



D. Il subappalto qualificante /necessario è quindi ammissibile per appalti di forniture e servizi?

(dalla relazione AIR)

Subappalto qualificante – Disciplinare servizi – Applicazione analogica - Avvenuta soppressione

E' stato osservato che sarebbe inopportuna la clausola del disciplinare che, in analogia a quanto previsto per i lavori, consentirebbe il ricorso al subappalto qualificante anche nel disciplinare servizi, precisamente al NB dell'art. 7.3.

Opzione scelta

L'osservazione, ripetuta da molteplici osservatori, è stata ritenuta meritevole di accoglimento e - per esclusive ragioni di opportunità - la clausola è stata soppressa, ancorché non si evidenzino motivi di illegittimità di una previsione analoga a quanto previsto per i lavori.

Esempi:

Casi in cui sono richiesti titoli di studio o professionali ed esperienze qualificanti (appalti di servizi o di fornitura ma con attività di posa in opera qualificate), i concorrenti possono avvalersi di altri operatori possibile solo qualora questi eseguano direttamente le prestazione (e quindi di fatto ricorrendo al subappalto qualificante)

ANAC non dice che è errato, anzi rileva come **"non si evidenzino motivi di illegittimità di una previsione analoga a quanto previsto per i lavori."**

SUBAPPALTO QUALIFICANTE

Norme di riferimento

art. 83, comma 6: *"6. Per gli appalti di servizi e forniture, per i criteri di selezione di cui al comma 1, lettera c), le stazioni appaltanti possono richiedere requisiti per garantire che gli operatori economici possiedano le risorse umane e tecniche e l'esperienza necessarie per eseguire l'appalto con un adeguato standard di qualità. Nelle procedure d'appalto per forniture che necessitano di lavori di posa in opera o di installazione, servizi o lavori, la capacità professionale degli operatori economici di fornire tali servizi o di eseguire l'installazione o i lavori è valutata con riferimento alla loro competenza, efficienza, esperienza e affidabilità. Le informazioni richieste non possono eccedere l'oggetto dell'appalto; l'amministrazione deve, comunque, tener conto dell'esigenza di protezione dei segreti tecnici e commerciali."*

art. 89, comma 1: *"1..... Per quanto riguarda i criteri relativi all'indicazione dei titoli di studio e professionali di cui all'allegato XVII, parte II, lettera f), o alle esperienze professionali pertinenti, gli operatori economici possono tuttavia avvalersi delle capacità di altri soggetti solo se questi ultimi eseguono direttamente i lavori o i servizi per cui tali capacità sono richieste."*

art. 89, comma 4: *"4. Nel caso di appalti di lavori, di appalti di servizi e operazioni di posa in opera o installazione nel quadro di un appalto di fornitura, le stazioni appaltanti possono prevedere nei documenti di gara che taluni compiti essenziali siano direttamente svolti dall'offerente o, nel caso di un'offerta presentata da un raggruppamento di operatori economici, da un partecipante al raggruppamento."*

art. 89, comma 8: *"8. Il contratto è in ogni caso eseguito dall'impresa che partecipa alla gara, alla quale è rilasciato il certificato di esecuzione, e l'impresa ausiliaria può assumere il ruolo di subappaltatore nei limiti dei requisiti prestati."*

SUBAPPALTO QUALIFICANTE

La lettura delle giurisprudenza (TAR Toscana, sezione I, n. 146/2018)

“La conclamata carenza della qualificazione per i lavori non può poi essere ovviata mediante il subappalto, come la ricorrente principale pretenderebbe.

Nell'affidamento dei contratti misti il legislatore ha infatti inteso *“impedire il legittimo ricorso all’istituto del subappalto da parte di un operatore che sia privo dei requisiti di qualificazione e capacità prescritti dalle pertinenti disposizioni”*, dovendosi escludere che ricorrano le medesime condizioni giustificative del subappalto c.d. “necessario” (cfr. Cons. Stato, sez. III, n. 3918/2017, cit.).

Al possesso dei requisiti di qualificazione stabiliti per ciascuna delle prestazioni dedotte in contratto, oggi prescritto dall’art. 28 co. 1 d.lgs. n. 50/2016, corrisponde infatti lo stringente limite imposto dall’art. 105 co. 2 dello stesso d.lgs. n. 50/2016 (e già presente nell’art. 118 co. 2 del d.lgs. n. 163/2006), secondo cui l’eventuale subappalto non può eccedere la quota del 30% dell’importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture. E il combinato disposto delle due norme porta evidentemente a concludere che, a fronte di un contratto misto, il limite del 30% debba essere riferito (anche) al complessivo importo di ciascuna prestazione di lavori, servizi o forniture che concorrono a comporre l’oggetto del contratto: l’art. 28 non vieta il subappalto, ma, esigendo il possesso della qualifica per ogni tipologia di prestazioni, implica che per partecipare alla gara il concorrente sia in grado di svolgere in proprio almeno la quota non subappaltabile (di ciascuna) delle prestazioni medesime (cfr. Cons. Stato, sez. III, n. 3541/2017, cit.).

Una dichiarazione di subappalto eccedente i limiti di legge, come quella resa dalla odierna ricorrente principale, non vizia di per sé la partecipazione alla gara. **A viziare la partecipazione, imponendo l’esclusione, è la mancanza in proprio dei requisiti di qualificazione che consentano al concorrente di soddisfare la condizione inderogabilmente stabilita dall’art. 28 co. 1** (condizione che, beninteso, andrebbe rispettata anche a volere, per ipotesi, accedere all’argomento della ricorrente principale, secondo la quale il subappalto integrale di alcune prestazioni sarebbe sempre ammissibile nell’appalto misto, purché sia rispettato il limite del 30% del complessivo importo del contratto).”

SUBAPPALTO QUALIFICANTE

La lettura delle giurisprudenza (TAR Liguria, sezione II, n. 112/2018)

“La aggiudicataria possiede i requisiti per lo svolgimento dell'appalto de quo il cui possesso neppure è stato contestato dalla ricorrente.

Trova, pertanto, applicazione alla fattispecie l'insegnamento giurisprudenziale secondo cui nelle gare pubbliche, **la mancata preventiva indicazione del nominativo del subappaltatore costituisce causa di legittima esclusione quando il concorrente è sfornito della qualificazione per le lavorazioni che ha dichiarato di voler subappaltare.** (CDS V 23 febbraio 2015 n. 846).

Né in questa sede è possibile dare ingresso alla censura secondo la quale il bando avrebbe dovuto prevedere una qualificazione obbligatoria dell'offerente per i lavori connessi alla fornitura atteso che tale censura non è stata dedotta tempestivamente con il ricorso.

Da altro punto di vista occorre precisare come l'indicazione del nome del subappaltatore sia obbligatoria esclusivamente nel caso di subappalto necessario e non già nel caso di subappalto facoltativo, come è quello oggi sub iudice.

Da ulteriore e diverso punto di vista deve rilevarsi come **la giurisprudenza abbia ammesso l'operatività della nuova disciplina del soccorso istruttorio anche alla mancata indicazione del subappaltatore necessario** (TAR Palermo III 24 ottobre 2015 n. 2475).”

SUBAPPALTO QUALIFICANTE

La lettura delle giurisprudenza (Avvocato Generale Nils Wahl, 11/5/2017 n. C-223/16)

Sulla compatibilità con il dir. dell'Ue di una normativa nazionale che prevede l'esclusione automatica dalla procedura di gara di un concorrente che fa affidamento sulle capacità di un altro soggetto che durante la procedura perde le capacità richieste.

Principi della parità di trattamento e di trasparenza

- Secondo una giurisprudenza costante, i principi di parità di trattamento e non discriminazione e l'obbligo di trasparenza ostano a qualsiasi trattativa tra l'amministrazione aggiudicatrice e un concorrente nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di appalti pubblici, il che implica che, in linea di principio, un'offerta non possa essere modificata dopo il suo deposito, né su iniziativa dell'amministrazione aggiudicatrice né dell'offerente. Ne consegue che l'amministrazione aggiudicatrice non può chiedere chiarimenti a un concorrente la cui offerta essa ritiene imprecisa o non conforme alle specifiche tecniche del capitolato d'onori.

SUBAPPALTATORE CONCORRENTE



D. La mancata indicazione di una terna comporta quindi solo la sua impossibilità di subappaltare?

(dalla Nota Illustrativa)

*“Il nuovo Codice prevede l’obbligatoria indicazione, in sede di offerta, della terna dei subappaltatori. Sul punto il Disciplinare opta per una **chiara scelta in ordine agli effetti della mancata indicazione della terna**, disponendo che l’omissione della medesima o l’indicazione di un numero di subappaltatori inferiore a tre, non costituisce motivo di esclusione ma **comporta, per il concorrente, la “sanzione” del divieto di subappalto, coerentemente all’ipotesi di mancata/irregolare costituzione della terna.**”*

D. Credo che nel caso che il subappaltatore partecipa alla gara credo ci siano anche aspetti legati a turbativa di gara

Come per molte questioni, quello che rileva è l'effettivo contesto. Il legislatore si è limitato a prevedere il divieto di subappalto ad altro concorrente ma non l'esclusione in caso di unico subappaltatore. Ma in ogni caso andrebbe valutato il contesto di riferimento (vedasi Parere CdS al testo del Codice)

(dalla Nota Illustrativa)

*Parimenti, il disciplinare prevede il **divieto di ricorrere al subappalto nel caso il cui un concorrente indichi un subappaltatore che, contestualmente, concorra in proprio alla gara.** Tale circostanza rende invalida la terna del suddetto concorrente in quanto uno dei tre subappaltatori che ha indicato non potrà, ai sensi dell’articolo 105, comma 4 del Codice, essere autorizzato ad eseguire il subappalto.”*

D. Come deve essere gestito il subappalto del mandante?

Il titolare del contratto e dei rapporti con l'Amministrazione è sempre il mandatario

SUBAPPALTATORE CONCORRENTE

Dal parere CdS 855/2016 Sullo schema di Codice

La norma intende risolvere una questione controversa, riguardante la possibilità per gli operatori economici di assumere la veste di concorrente e – successivamente, in caso di mancato conseguimento dell'affidamento – di subappaltatore. A questo tema si dovrebbe affiancare la questione riguardante la possibilità di assumere la duplice veste di concorrente e di subappaltatore indicato nella “terna”, nei casi in cui tale indicazione sia obbligatoria. E, ancora, potrebbe essere utile chiarire se un'impresa possa essere indicata contemporaneamente nelle terne di diversi concorrenti partecipanti alla medesima procedura selettiva.

La soluzione più coerente con la normativa comunitaria e con i principi della concorrenza dovrebbe essere nel senso di ammettere tale possibilità. Tuttavia, non può trascurarsi il rischio di possibili effetti distorsivi della corretta procedura di gara, derivanti dal ruolo molteplice assunto da alcuni operatori e dal loro eventuale contatto preventivo con diverse imprese, anche in relazione al principio di segretezza delle offerte.

In questo senso, allora, la Commissione ritiene senz'altro opportuna una disciplina di rango legislativo, che dia una risposta ai prospettati dubbi, estendendosi anche alla fase di indicazione preventiva della terna dei subappaltatori.

In ogni caso, la formulazione proposta dallo schema del correttivo presenta alcune criticità, perché lascia un ampio margine di discrezionalità alle stazioni appaltanti, sia nella fase di definizione del bando, sia nella scelta concreta attinente all'autorizzazione al subappalto.

Pertanto, si suggerisce di rivalutare attentamente la scelta compiuta, tenendo conto, in particolare dell'esigenza di ancorare il diniego di autorizzazione al subappalto ad una valutazione concreta circa il possibile effetto distorsivo della concorrenza derivante dalla previa partecipazione del subappaltatore alla precedente gara.

INDICAZIONE LAVORAZIONI E PRESTAZIONI



D. E' obbligatoria indicazione specifica e puntuale delle parti sel servizio che vengono subappaltate (105, c 4)? Se l'operatore non integra neanche dopo il soccorso istruttorio si esclude?

La mancata indicazione delle lavorazioni o di una terna completa non dovrebbe essere oggetto di soccorso istruttorio, in quanto non comporta esclusione. Diverso e da normare il caso del subappalto qualificante

(dalla Direttiva 23/2014, articolo 71)

“2. Nei documenti di gara l'amministrazione aggiudicatrice può chiedere o può essere obbligata da uno Stato membro a chiedere all'offerente di indicare, nella sua offerta, le eventuali parti dell'appalto che intende subappaltare a terzi, nonché i subappaltatori proposti.

6 (...) b) le amministrazioni aggiudicatrici possono, conformemente agli articoli 59, 60 e 61, verificare o essere obbligate dagli Stati membri a verificare se sussistono motivi di esclusione dei subappaltatori a norma dell'articolo 57. In tali casi le amministrazioni aggiudicatrici impongono all'operatore economico di sostituire i subappaltatori in merito ai quali la verifica ha dimostrato che sussistono motivi obbligatori di esclusione. Le amministrazioni aggiudicatrici possono imporre o essere obbligate da uno Stato membro a imporre che l'operatore economico sostituisca i subappaltatori in relazione ai quali la verifica ha dimostrato che sussistono motivi non obbligatori di esclusione.”

CAUZIONE E SOCCORSO ISTRUTTORIO



D. Il concorrente che non presenta la dichiarazione con la quale un fideiussore si impegna a rilasciare la garanzia definitiva... si procede all'esclusione, anche se la giurisprudenza dice il contrario?

(dalla Nota Illustrativa)

“Rispetto al quadro normativo previgente, sono rinvenibili nell’articolo 83, comma 8 del nuovo Codice solo il mancato adempimento alle prescrizioni del Codice e delle leggi. Ciononostante è da ritenere che anche le altre ipotesi non più espressamente menzionate possano essere legittimamente contemplate in forza dei principi generali che informano la materia dell’evidenza pubblica e segnatamente dei principi di parità di trattamento, segretezza delle offerte, perentorietà del termine della loro presentazione.”...

"Con riguardo alle condizioni di partecipazione che incidono sulla validità dell’offerta (per es. garanzia fideiussoria, pagamento contributo all’A.N.AC., presa visione dei luoghi, etc.), i quali devono accompagnare l’offerta sin dalla sua presentazione, la mancata allegazione dei relativi documenti è sanabile solo ove l’operatore economico dimostri che, nel caso della garanzia per es., il relativo contratto abbia data certa anteriore alla scadenza dell’offerta ovvero che le condizioni formalizzate poi in un documento, nel caso della presa visione dei luoghi per esempio, sussistevano al momento della presentazione dell’offerta.”...

In relazione alla cauzione

“Laddove i documenti presentati fossero carenti di dichiarazioni/elementi propri, il soccorso dovrà essere consentito al fine di integrare le dichiarazioni/elementi carenti (durata, importo e altre clausole della garanzia a corredo dell’offerta).”

OFFERTA TECNICA

Contenuti dell'offerta tecnica e clausola a pena di esclusione

(dalla Nota Illustrativa)

*“Il Disciplinare contiene indicazioni circa il contenuto della busta “B-Offerta tecnica”, che deve contenere, tra l’altro, **a pena di esclusione**, la relazione tecnica dei prodotti o dei servizi offerti, con l’indicazione e descrizione degli specifici elementi oggetto di valutazione, in coerenza con i criteri e sub criteri di valutazione tecnica previsti dalla stazione appaltante, fermo restando che **tutti i prodotti/servizi proposti devono rispettare, pena l’esclusione, le caratteristiche minime stabilite nel Progetto posto a base di gara.**”*

Indicazione sulla consistenza della relazione tecnica

(dalla Nota Illustrativa)

“Si raccomanda alla stazione appaltante di indicare che la relazione tecnica sia contenuta entro un ragionevole e sintetico numero di pagine, valorizzando in tal senso un principio di concentrazione; tuttavia, occorre precisare che tale limitazione rappresenta una mera indicazione ai concorrenti e non può costituire causa di esclusione dalla gara (Parere di precontenzioso del 16 giugno 2010, n. 119).”...

“Con riferimento all’art. 95, comma 14, lett b) del Codice, le amministrazioni aggiudicatrici che autorizzano o richiedono le varianti menzionano nei documenti di gara i requisiti minimi che le varianti devono rispettare, nonché le modalità specifiche per la loro presentazione, in particolare se le varianti possono essere presentate solo ove sia stata presentata anche un’offerta, che è diversa da una variante.”

OFFERTA TECNICA

(dalla Nota Illustrativa)

“Con riferimento all’art. 95, comma 14, lett b) del Codice, le amministrazioni aggiudicatrici che autorizzano o richiedono le varianti menzionano nei documenti di gara i requisiti minimi che le varianti devono rispettare, nonché le modalità specifiche per la loro presentazione, in particolare se le varianti possono essere presentate solo ove sia stata presentata anche un’offerta, che è diversa da una variante. Esse garantiscono anche che i criteri di aggiudicazione scelti possano essere applicati alle varianti che rispettano tali requisiti minimi e alle offerte conformi che non sono varianti.

La norma deve essere interpretata nel senso di seguito riportato:

- 1. Se si prevedono varianti rispetto al “progetto” posto a base di gara, da presentare in sede di offerta esse devono essere preventivamente circoscritte tramite la definizione di requisiti (caratteristiche) minimi che le medesime devono possedere, ciò al fine di evitare uno snaturamento dell’oggetto dell’appalto tramite la variante stessa;*
- 2. La norma consente alla stazione appaltante di prevedere che sia presentata direttamente un’offerta contenente la variante oppure che quest’ultima sia presentabile separatamente laddove a parte venga presentata un’offerta conforme alle specifiche tecniche del progetto posto a base di gara;*
- 3. Per un’esigenza di omogeneità delle valutazioni, e anche la fine di garantire la loro coerenza con il progetto base, i criteri con cui si valutano gli aspetti qualitativi delle varianti devono essere relativi agli stessi aspetti qualitativi che vengono valutati per l’offerta conforme al progetto medesimo.”*

CRITERIO DI AGGIUDICAZIONE

1^ Riparametrazione: riparametrazione insita nel metodo di attribuzione del punteggio al singolo criterio o sub-criterio (confronto a coppie, media valutazione commissari, formule)

Riparametrazioni ulteriori:

- a livello di criterio suddiviso in sub-criteri;
- a livello di offerta tecnica complessiva.

Dalla nota illustrativa:

*Come più volte sottolineato dall'Autorità, al fine di non alterare i pesi stabiliti tra i vari criteri , **qualora nel singolo criterio nessun concorrente abbia raggiunto il massimo del punteggio previsto nel bando di gara**, si ricorda l'opportunità di procedere alla c.d. "riparametrazione". La riparametrazione sul singolo criterio consente di ottenere il punteggio massimo in relazione al medesimo, così come avviene per i criteri quantitativi, inclusa la componente economica, e di premiare, quindi la reale miglior qualità laddove veramente offerta, evitando di compensare carenze in alcune parti dell'offerta con pregi in altre, come avviene nel caso di doppia riparametrazione. Quest'ultima tuttavia è stata suggerita dal Consiglio di Stato che ha tenuto a precisare che **la riparametrazione non è un obbligo che possa farsi discendere da nessuna norma e non può essere imposta dalla Linea guida ma esclusivamente prevista negli atti di gara, quale frutto di una valutazione discrezionale dell'amministrazione** (Consiglio di Stato, parere 2 agosto 2016, n. 1767; Cons. Stato, Sez. III, 24 ottobre 2017, n. 4903).*

*È rimesso, pertanto, alla discrezionalità delle **singole** stazioni appaltanti prevedere nei loro bandi di gara la riparametrazione dei singoli punteggi tecnici ed eventualmente anche del punteggio tecnico complessivo. Laddove non siano previste modalità/formule che consentono di attribuire alla migliore offerta il punteggio massimo, la riparametrazione potrà essere utilizzata anche per i criteri di natura quantitativa (Linee guida n. 2/2016).*

RIPARAMETRAZIONE E SOGLIA DI ANOMALIA



D. La verifica della anomalia della offerta va fatta prima o dopo la riparamterazione? (dalla Nota Illustrativa)

*"L'opportunità della riparametrazione assolve all'esigenza di garantire un rapporto invariabile tra il fattore prezzo e i singoli elementi che compongono la qualità in modo che, in relazione a tutte le componenti, l'offerta migliore ottenga il massimo punteggio, con conseguente rimodulazione delle altre offerte (cfr. Cons. Stato, sez. V, 12 giugno 2009, n. 3716). Al riguardo, si evidenzia che **qualora la stazione appaltante inserisca una soglia di sbarramento al punteggio tecnico, la riparametrazione deve essere effettuata su tutti i concorrenti, prima dell'applicazione della soglia di sbarramento.**"...*

"Coerentemente con quanto previsto nelle Linee guida n. 2/2016, la riparametrazione andrà effettuata prima di determinare la soglia di anomalia."

N.B. Si dovrebbe riferire alla sola riparametrazione a livello di singolo criterio/elemento, altrimenti l'annotazione non appare coerente.

Dalla nota illustrativa al bando in consultazione:

*"L'opportunità della riparametrazione assolve all'esigenza di garantire un rapporto invariabile tra il fattore prezzo e i singoli elementi che compongono la qualità in modo che, in relazione a tutte le componenti, l'offerta migliore ottenga il massimo punteggio, con conseguente rimodulazione delle altre offerte (cfr. Cons. Stato, sez. V, 12 giugno 2009, n. 3716). Al riguardo, si evidenzia che qualora la stazione appaltante inserisca una soglia di sbarramento al punteggio tecnico, **la riparametrazione dei punteggi non deve comprendere quelli dei concorrenti che non hanno raggiunto il punteggio tecnico minimo.** Ciò al fine di evitare che la riparametrazione possa diventare uno strumento per eludere la soglia e recuperare offerte tecniche che, avendo ricevuto un punteggio tecnico inferiore a quello minimo previsto dalla soglia, sono state giudicate qualitativamente inadeguate."*

AGGREGAZIONE DI APPALTI



D. Il Comune sta per appaltare il Servizio Rifiuti, l'Amministrazione intende, una volta appaltato il servizio, cedere il Contratto all'Unione dei Comuni di cui fa parte ed estendere la gestione dello stesso servizio anche ad ulteriori Comuni, che nel frattempo il contratto dello stesso servizio arriverà a termine. Si intende prevedere il passaggio alla gestione associata quantificando il costo di gestione anche per gli altri Comuni. Questa disposizione è qualificata nel Capitolato come "Opzione di Estensione contrattuale". le disposizioni di cui all'art. 63 - servizi analoghi sono coerenti anche per questo genere di previsione?

R. La soluzione organizzativa appare singolare. L'appalto avrebbe potuto essere gestito in maniera aggregata a livello di unione di Comuni o con apposita convenzione “monogara”, ammessa dal Codice dall'art. 37, comma 10 che prevede “10. Due o più stazioni appaltanti che decidono di eseguire congiuntamente appalti e concessioni specifici e che sono in possesso, anche cumulativamente, delle necessarie qualificazioni in rapporto al valore dell'appalto o della concessione, sono responsabili in solido dell'adempimento degli obblighi derivanti dal presente codice. Le stazioni appaltanti provvedono altresì ad individuare un unico responsabile del procedimento in comune tra le stesse, per ciascuna procedura, nell'atto con il quale hanno convenuto la forma di aggregazione in centrale di committenza di cui al comma 4 o il ricorso alla centrale di committenza. Si applicano le disposizioni di cui all'articolo 31.” Opzioni ed estensioni presuppongono identico committente.

Grazie per l'attenzione

Maria Teresa Massi
massimariateresa@gmail.com

- I materiali didattici saranno disponibili su
- www.fondazioneifel.it/formazione



Twitter



Facebook



YouTube

