



Autorità Nazionale Anticorruzione

**Bando-tipo per l'affidamento di contratti pubblici di servizi e
forniture**

Relazione AIR

Sommario

Premessa.....	3
1. Principali osservazioni pervenute.....	4
1.1 Adeguamento del bando-tipo alle eventuali sopravvenute modifiche normative	4
1.2 Flessibilità del contratto	4
1.3 Sopralluogo obbligatorio	5
1.4 Nuovo soccorso istruttorio di cui agli artt. 38, co. 2-bis, e 46, co. 1-ter, del Codice.....	5
1.5 Semplificazione delle dichiarazioni sui requisiti di ordine generale di cui all'art. 38 del Codice e degli oneri di partecipazione alle gare	7
1.6 Oneri dichiarativi ex art. 38, comma 1, del Codice in caso di società con tre soci titolari di quote paritetiche.....	8
1.7 Servizio di punta.....	9
1.8 Subappalto qualificante	10
1.9 La “riparametrazione”	11
2. Integrazioni alla nota illustrativa e al disciplinare di gara	11
2.1 Suddivisione dell'appalto in lotti funzionali	11
2.2 Prezzi di riferimento	11
2.3 Cause interdittive.....	12
2.4 Verifica dei requisiti di carattere generale e white list.....	12
2.5 Escussione della cauzione provvisoria.....	14
2.6 Rating di legalità.....	14

Premessa

Nell'adunanza del 2 settembre 2014, il Consiglio dell'Autorità ha deliberato di avviare la consultazione *on-line* relativa al bando-tipo sui contratti pubblici di servizi e forniture al fine di acquisire osservazioni e commenti da parte degli operatori del mercato. La documentazione posta in consultazione, costituita da un disciplinare di gara-tipo e da una nota illustrativa che fornisce istruzioni operative per l'utilizzo del modello, si riferisce all'affidamento degli appalti di servizi e forniture ai sensi degli artt. 53 e 83 del Codice, ovvero mediante procedura aperta e con applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Nel corso della consultazione, che si è svolta nel periodo 5 settembre – 20 novembre 2014, sono pervenuti all'Autorità n. 23 contributi (pubblicati sul sito dell'Autorità), provenienti da 22 diversi soggetti e più precisamente da 8 associazioni di categoria o enti assimilabili (Assirep - Associazione Italiana Responsabili Gestione Progetto, Patrimoni PA net, Fare, Assogenerici, Farindustria - Associazione delle Imprese del Farmaco, Confartigianato imprese, Assosistema, Ordine Architetti PPC della Provincia di Torino), 8 stazioni appaltanti (Comune di Casoli, Comune di Pordenone, Università La Sapienza Roma, Comune di Forlì, Istat, Agenzia per gli appalti e contratti - provincia di Trento, Intercent Emilia Romagna, Salerno Energia spa), 3 operatori economici (Unipolsai Assicurazioni S.p.a., Olimpia Agency S.p.a., Fastweb S.p.a.) e 3 liberi professionisti (Denis de Sanctis, Alberto Barbiero, l'avv. Giancarlo Coppola e, congiuntamente, gli avvocati Luca Tufarelli, Mario Di Carlo e Giuseppe Lo Monaco).

All'esito dell'esame dei contributi pervenuti, in considerazione della rilevanza di alcune scelte operate, dell'entità delle novità introdotte e dell'impatto che le stesse possono avere sul mercato, l'Autorità ha ritenuto, ai sensi dell'art. 7 del Regolamento «Disciplina dell'analisi di impatto della regolamentazione (AIR) e della verifica dell'impatto della regolamentazione (VIR)» (pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 278 del 27 novembre 2013), di procedere ad una seconda consultazione incentrata prevalentemente sui nuovi aspetti oggetto di regolamentazione.

Il presente documento ha lo scopo di dare una prima evidenza delle ragioni che hanno guidato l'Autorità nell'adozione di alcune scelte di fondo, sia con riferimento alle più significative osservazioni formulate in sede di consultazione, sia con riguardo ad alcune importanti integrazioni apportate rispetto ai documenti posti in consultazione. La relazione AIR allegata al bando-tipo finale darà informazioni di maggior dettaglio sulle scelte effettuate.

A parte alcune modifiche meramente formali ritenute opportune per una maggiore chiarezza e intellegibilità dei documenti¹, il disciplinare di gara è stato integrato, a titolo esemplificativo, con le previsioni relative alla suddivisione dell'appalto in lotti funzionali, all'eventuale pubblicazione di prezzi di riferimento dei beni o servizi oggetto dell'appalto, al possibile utilizzo del rating di legalità come criterio di valutazione dell'offerta, all'introduzione della causa ostativa prevista dall'art. 35 del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90.

¹ Alcuni paragrafi dello schema di disciplinare sono stati accorpati e, in particolare, il contenuto dei paragrafi relativi alla valutazione della documentazione amministrativa (Busta A), dell'offerta tecnica (Busta B) e dell'offerta economica (Busta C) è stato trasfuso, in parte, nel paragrafo che disciplina le fasi della procedura e, in parte, in quello che illustra il criterio di aggiudicazione.

Pertanto, nel paragrafo 1) sono riportati i principali punti controversi affrontati in sede di prima consultazione e nel paragrafo 2) sono illustrati gli aspetti di novità che l'Autorità ha ritenuto di regolamentare.

Per le osservazioni relative ai contributi pervenuti in occasione della prima consultazione e non trattati nel presente documento, si rinvia alla relazione AIR che accompagnerà il documento finale.

1. Principali osservazioni pervenute

1.1 Adeguamento del bando-tipo alle eventuali sopravvenute modifiche normative

Alcuni operatori hanno richiesto di prevedere meccanismi di adeguamento del bando-tipo alle modifiche normative sopravvenute, al fine di evitare l'onere, in capo alle stazioni appaltanti, di motivare nella determina a contrarre, gli scostamenti dalle previsioni vincolanti del modello anche quando gli stessi siano necessari per adeguarsi al nuovo regime normativo. L'osservazione è stata accolta prevedendo nella nota illustrativa che nel caso di sopravvenute modifiche normative incidenti sulle parti vincolanti del bando-tipo, tali parti dovranno intendersi sostituite dalle nuove disposizioni nelle more dell'aggiornamento del bando-tipo e che, in tal caso, le stazioni appaltanti non dovranno motivare le relative deroghe nella determina a contrarre.

1.2 Flessibilità del contratto

Sono pervenuti suggerimenti in ordine alla previsione, nello schema di disciplinare, della facoltà di proroga e rinnovo del contratto, nonché della possibilità di richiedere prestazioni straordinarie rientranti nell'oggetto del contratto. Sul punto, si evidenzia che, per quanto concerne la fattispecie della proroga, che ricorre in caso di spostamento in avanti del termine contrattuale alle medesime condizioni, la stessa è teorizzabile nei soli limitati ed eccezionali casi in cui, per ragioni obiettivamente indipendenti dall'amministrazione, vi sia l'effettiva necessità di assicurare precariamente il servizio nelle more del reperimento di un nuovo contraente, e l'amministrazione, una volta scaduto il contratto, qualora abbia ancora la necessità di avvalersi dello stesso tipo di prestazioni, dovrà effettuare una nuova gara (cd. proroga tecnica, cfr. Deliberazione n. 14 del 14/10/2014). Lo spostamento in avanti del termine contrattuale deve essere causato da fattori del tutto limitati, che non coinvolgono la responsabilità dell'amministrazione aggiudicatrice, poiché comporta un affidamento del contratto in via diretta senza il rispetto delle procedure di evidenza pubblica (Deliberazione n. 1 del 29/01/2014). Per tali considerazioni, la richiesta di Patrimoni PA Net di prevedere nel disciplinare di gara una proroga tecnica programmata non può trovare accoglimento.

Per quanto attiene alla possibilità di prevedere, nel bando di gara, l'ipotesi del rinnovo del contratto, si evidenzia che l'art. 57, comma 7, del Codice vieta espressamente il «rinnovo tacito» del contratto, sancendo la nullità del contratto rinnovato tacitamente.

Con riferimento, invece, al «rinnovo espresso» del contratto sia l'Autorità (con la Deliberazione n. 183 del 13.6.2007) che la giurisprudenza più recente (Cons. Stato, Sez. III, Sent., 5 luglio 2013, n. 3580) hanno riconosciuto l'ammissibilità del rinnovo espresso allorché la facoltà di rinnovo, alle medesime condizioni e per un tempo predeterminato e limitato, sia ab origine prevista negli atti di gara e venga esercitata in modo espresso e con adeguata motivazione.

Inoltre, un argomento positivo a favore dell'ammissibilità del rinnovo contrattuale, se espressamente previsto dalla lex di gara, si trae dall'art. 29 del Codice, che a proposito del calcolo del valore stimato degli appalti e dei servizi pubblici, prescrive che si tenga conto di qualsiasi forma di opzione o rinnovo del contratto. La parola «rinnovo» compare anche nell'allegato IX-A al Codice, contenente le informazioni che debbono figurare nei bandi pubblici.

Pertanto, nel modello di disciplinare di gara è stata inserita la clausola facoltativa (paragrafo 1.5) di rinnovo del contratto per un periodo pari o inferiore alla durata originaria, con indicazione delle modalità di esercizio di tale facoltà.

Anche la richiesta di previsione nella lex specialis di prestazioni straordinarie è stata accolta prevedendo che tali prestazioni, qualora richieste, saranno remunerate con corrispettivo separatamente al prezzo unitario indicato in sede di offerta.

1.3 Sopralluogo obbligatorio

Alcuni operatori hanno segnalato l'opportunità di consentire che il sopralluogo obbligatorio possa essere eseguito anche da soggetto non riconducibile alla struttura organizzativa dell'impresa concorrente, al fine di agevolare lo svolgimento delle relative operazioni. In merito, si evidenzia che in passato l'Autorità ha ritenuto legittima la previsione, nei bandi di gara, della necessità che il sopralluogo fosse eseguito da soggetti dipendenti dell'impresa o in altro modo incardinati nella struttura organizzativa della stessa, in quanto finalizzata a salvaguardare l'esigenza della stazione appaltante che tale accertamento tecnico non fosse svilito e ridotto a mero adempimento burocratico. Era stato ritenuto, infatti, che ammettendo al sopralluogo anche i soggetti muniti di procura, che avrebbero potuto svolgere la presa visione dei luoghi per conto di più imprese, si sarebbe depotenziato il coinvolgimento di ciascun concorrente nella valutazione della prestazione richiesta e della situazione dei luoghi, che costituisce l'aspetto sostanziale del delicato momento del sopralluogo (v. Deliberazione n. 206 del 21 giugno 2007 e Parere n. 33 del 11 marzo 2009).

Tuttavia, in un'ottica di semplificazione, al fine di rendere tale adempimento più rispondente alle esigenze organizzative rappresentate dagli operatori economici, si ritiene che l'Autorità possa mutare il proprio orientamento. Pertanto, è stata eliminata nel modello la previsione secondo la quale il soggetto munito di delega che esegue il sopralluogo obbligatorio debba necessariamente essere un dipendente dell'operatore economico.

1.4 Nuovo soccorso istruttorio di cui agli artt. 38, co. 2-bis, e 46, co. 1-ter, del Codice.

Numerose istanze hanno riguardato la necessità di aggiornare le previsioni del modello di disciplinare alla nuova disciplina del soccorso istruttorio introdotto con il decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90 (Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari), convertito, con modificazioni in legge 11 agosto 2014, n. 114, che ha novellato gli articoli 38 e 46 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 del Codice, superando il precedente assetto normativo e giurisprudenziale secondo cui il «soccorso» dei concorrenti era precluso ai casi di totale assenza del documento o dichiarazione necessari per la partecipazione alla gara.

Lo schema di disciplinare è stato, pertanto, adeguato alla nuova disciplina del soccorso istruttorio, prevedendo che la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive di cui al comma 2 dell'art. 38 e degli elementi e delle dichiarazioni, anche di

soggetti terzi, che devono essere prodotte dai concorrenti in base alla legge, al bando o al disciplinare di gara sono sanabili ai sensi degli artt. 38, comma 2 bis, e 46, comma 1 ter, del Codice, dietro pagamento della sanzione pecuniaria nella misura stabilita dal bando di gara. A tal fine, la Stazione appaltante assegna al concorrente un termine non superiore a dieci giorni affinché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere. In caso di inutile decorso del termine assegnato, il concorrente è escluso dalla gara.

A livello visivo le cause di esclusione sono state individuate con il simbolo ►”, mentre le carenze soggette a sanatoria e riferite ad elementi essenziali sono state individuate con il simbolo “■”.

In linea con quanto indicato nella Determinazione n. 1/2015 “Criteri interpretativi in ordine alle disposizioni dell’art. 38, comma 2-bis e dell’art. 46, comma 1-ter del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (nuova disciplina del soccorso istruttorio)”, la nota illustrativa chiarisce che costituiscono elementi e dichiarazioni essenziali tutti quelli previsti a pena di esclusione dal modello di disciplinare, precisando, altresì, che le cause di esclusione, ad eccezione di quelle connesse a carenze o irregolarità non sanabili, operano ora solo dopo aver attivato la procedura di cui al citato comma 2-bis, ovvero se il concorrente non adempie, nei termini, alla richiesta di regolarizzazione della stazione appaltante.

Viene poi ricordato che, al di là delle regolarizzazioni documentali consentite ora dagli artt. 46, co. 1-ter, e 38, co. 2-bis, del Codice, resta salva la possibilità per la stazione appaltante di richiedere chiarimenti o integrazioni ai sensi del comma 1 dell’art. 46, senza applicazione della sanzione pecuniaria, qualora necessari ai fini della verifica del possesso dei requisiti. Per gli aspetti di dettaglio circa la nuova disciplina del soccorso istruttorio come risultante dalle nuove norme, la nota illustrativa rinvia all’apposita determinazione dell’Autorità.

Anche con riferimento alle singole fasi della procedura di gara, si è proceduto ad aggiornare lo schema di disciplinare di gara con l’espressa previsione dell’attività di soccorso istruttorio e dei relativi adempimenti.

Sul tema si evidenzia, altresì, che la nota illustrativa richiama anche quanto affermato dall’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nella sentenza del 10 dicembre 2014 n. 34, nella parte in cui - fornendo una lettura evolutiva dell’art. 75 del Codice, anche alla luce della nuova disciplina del soccorso istruttorio - ha ritenuto «legittima la clausola, contenuta in atti di indizione di procedure di affidamento di appalti pubblici, che preveda l’escussione della cauzione provvisoria anche nei confronti di imprese non risultate aggiudicatrici, ma solo concorrenti, in caso di riscontrata assenza del possesso dei requisiti di carattere generale di cui all’art. 38 del codice dei contratti pubblici». In tal caso, l’escussione della cauzione provvisoria si profila come garanzia del rispetto dell’ampio patto di integrità cui si vincola chi partecipa ad una gara pubblica e la sua finalità è quella di responsabilizzare i partecipanti in ordine alle dichiarazioni rese e garantire la serietà e l’affidabilità dell’offerta. Al riguardo, nella Determinazione n. 1/2015 l’Autorità ha chiarito che «in caso di mancata regolarizzazione degli elementi essenziali carenti la stazione appaltante procederà all’esclusione del concorrente dalla gara. Per tale ipotesi la stazione appaltante dovrà espressamente prevedere nel bando che si proceda, altresì, all’incameramento della cauzione esclusivamente nell’ipotesi in cui la mancata integrazione dipenda da una carenza del requisito dichiarato. All’incameramento, in ogni caso, non si dovrà procedere per il caso in cui il concorrente decida semplicemente di non avvalersi del soccorso istruttorio». Per tutti gli altri casi di mancata regolarizzazione, a seguito di richiesta della stazione appaltante, che non dipendano da una carenza del requisito, l’amministrazione aggiudicatrice provvederà a segnalare il fatto all’Autorità che gestirà la comunicazione quale notizia utile ai sensi dell’art. 8, comma 2, lett. dd) del d.p.r. 5 ottobre 2010, n. 207.

Pertanto, nel modello di disciplinare di gara è stata inserita la clausola facoltativa di espressa estensione della cauzione provvisoria anche al possesso dei requisiti di carattere generale dichiarati dai concorrenti.

1.5 Semplificazione delle dichiarazioni sui requisiti di ordine generale di cui all'art. 38 del Codice e degli oneri di partecipazione alle gare

Alcuni operatori hanno evidenziato l'opportunità di semplificare le modalità di presentazione delle dichiarazioni sostitutive attestanti il possesso dei requisiti di moralità di cui all'art. 38 del codice. Il suggerimento nasce da una recente decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (sentenza 30 luglio 2014, n. 16) secondo cui per la dichiarazione di assenza delle condizioni ostative alla partecipazione alla gara non è necessaria né l'indicazione dettagliata della mancanza di ogni singola situazione ostativa prevista dalla norma, né la menzione nominativa di tutti i soggetti muniti di poteri rappresentativi dell'impresa cui si riferiscono i requisiti, quando questi ultimi possano essere agevolmente identificati mediante l'accesso a banche dati ufficiali o a registri pubblici.

Tali suggerimenti sono stati solo parzialmente accolti prevedendo che le dichiarazioni sostitutive possono essere rese, oltre che da ciascun soggetto cui il requisito si riferisce, anche dal solo rappresentante legale per conto di tutti i soggetti indicati nell'art. 38 del Codice. Tuttavia, al fine di consentire l'agevole individuazione dei soggetti per i quali viene resa la dichiarazione, è stata ritenuta necessaria l'indicazione dei relativi nominativi. Infatti, nella citata sentenza n. 16/2014, è chiarito che l'attestazione di stati, qualità personali e fatti relativi a persone diverse dal dichiarante è consentita se riferita a persone identificate o agevolmente identificabili, per tali intendendosi coloro di cui la p.a. possa ricavare le generalità immediatamente tramite la consultazione di registri e banche-dati, senza alcun onere di istruttoria o accertamento (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 20.1.2015 n. 140). Pertanto, si è ritenuto necessario richiedere che nel corpo della dichiarazione vengano indicati i nominativi dei soggetti per conto dei quali la stessa viene resa in quanto non sempre risulta agevole l'individuazione dei soggetti in possesso di partecipazioni societarie o che ricoprono incarichi di amministrazione o di direzione tecnica nelle imprese attraverso la semplice consultazione di registri pubblici o di banche-dati ufficiali. I mutamenti delle compagini societarie e degli assetti organizzativi possono, infatti, essere anche molto frequenti e, comunque, non aggiornati in tempo reale. Pertanto, si ritiene che l'esigenza di conservazione dell'integrità delle necessità conoscitive e di controllo dell'Amministrazione aggiudicatrice e la necessità di evitare aggravamenti procedurali a carico della stazione appaltante debbano avere la prevalenza sull'esigenza di semplificazione dell'attività dichiarativa del concorrente, anche in considerazione dello spirito collaborativo che deve animare l'operatore economico che partecipa ad una procedura di affidamento. Inoltre, si ritiene di non poter accogliere la richiesta di consentire una dichiarazione onnicomprensiva sul possesso dei requisiti di carattere generale e che, invece, le dichiarazioni sostitutive debbano essere rese specificatamente con riferimento a ciascun requisito, stante l'esigenza di responsabilizzare i concorrenti con riferimento al contenuto delle dichiarazioni rese.

Altra istanza di semplificazione ha riguardato il deposito della procura che legittima la sottoscrizione della domanda di partecipazione e delle relative dichiarazioni sostitutive da parte del soggetto delegato dal legale rappresentante dell'impresa concorrente. Sul punto, l'Autorità ha ritenuto di non aderire alla richiesta di eliminare tale onere, in quanto la possibile assenza della procura speciale nei registri delle Camere di Commercio o il possibile mancato aggiornamento delle relative banche dati potrebbero vanificare l'esigenza della stazione appaltante di verificare l'imputabilità della domanda presentata

all'impresa concorrente, con conseguente necessità di procedere, comunque, all'acquisizione del documento dall'impresa. Né gioverebbe posticipare la produzione della procura ad un momento successivo al deposito della domanda, posto che la verifica in ordine alla provenienza della domanda dall'impresa concorrente si impone fin dalla prima seduta di gara. Sul punto, inoltre, è importante evidenziare che la nuova disciplina del soccorso istruttorio consente di sanare l'eventuale mancata produzione della procura in sede di collazione della domanda.

Anche la richiesta di eliminare la facoltà per la stazione appaltante di chiedere l'autentica della sottoscrizione della polizza fideiussoria si ritiene non possa essere accolta. La *ratio* dell'eventuale prescrizione di autentica della sottoscrizione è quella di munire la stazione appaltante di una garanzia inattaccabile rispetto a successive eccezioni, non paralizzabile in alcun modo, ed idonea ad operare senza che neppure si possa profilare la eventualità di un possibile contenzioso incentrato sulla operatività dell'impegno contenuto nella polizza medesima. Nella nota illustrativa era già evidenziato che tale facoltà, la cui compatibilità con il vigente quadro normativo è confermata anche da un consolidato orientamento giurisprudenziale (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 6 giugno 2011, n. 3365 e sez. III, 19 aprile 2011, n. 2387), risponde all'esigenza di acquisire la piena prova della provenienza della garanzia. Al riguardo è opportuno considerare, infatti, che la cauzione in esame è azionabile a prima richiesta da parte della stazione appaltante, sicché questa ha interesse a non vedersi opporre il disconoscimento della sottoscrizione. E solo l'autenticazione di quest'ultima garantisce appieno l'amministrazione perché determina la piena prova ai sensi degli artt. 2702 e 2703 c.c. in ordine alla provenienza della sottoscrizione, impedendone il successivo disconoscimento (cfr. pareri Avcp di precontenzioso del 19 giugno 2013, n. 102 e dell'8 ottobre 2009, n. 104). Tuttavia, nella nota illustrativa le stazioni appaltanti sono state invitate a valutare attentamente l'effettiva necessità di chiedere tale adempimento, avuto riguardo al valore ed importanza dell'appalto.

1.6 Oneri dichiarativi ex art. 38, comma 1, del Codice in caso di società con tre soci titolari di quote paritetiche

Un operatore economico ha chiesto chiarimenti in ordine all'individuazione dei soggetti tenuti a rendere le dichiarazioni sostitutive in ordine al possesso dei requisiti di cui all'art. 38 del Codice in caso di società con tre soci titolari di quote paritetiche. In merito, si osserva che una parte della giurisprudenza ritiene che non sussista socio di maggioranza laddove il capitale sociale sia ripartito in ragione di un terzo ciascuno per tre soci e che, pertanto, in tale caso non sia possibile ipotizzare alcuna forma di concentrazione di poteri in un unico soggetto, cui è correlato l'obbligo della dichiarazione ai sensi dell'art. 38 del Codice dei Contratti Pubblici (Cons. Stato Sez. V, sentenza 25 luglio 2013, n. 3963). Sul punto, è intervenuta anche l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, 6 novembre 2013, n. 24 che ha fatto chiarezza in ordine al significato da attribuire all'espressione «socio di maggioranza» ritenendo che per risolvere il dubbio in ordine al tipo di maggioranza richiamata dalla norma, se assoluta o relativa, «sia necessario basarsi sulla finalità della normativa che è quella di assicurare che non partecipino alle gare, né stipulino contratti con le amministrazioni pubbliche, società di capitali con due o tre soci per le quali non siano attestati i previsti requisiti di idoneità morale in capo ai soci aventi un potere necessariamente condizionante le decisioni di gestione della società; dovendosi accedere ad un'interpretazione teleologica delle disposizioni de qua che, senza fermarsi al dato meramente letterale, si armonizzi con la ratio specifica della normativa sugli appalti pubblici, per la quale è ostativo il mancato possesso dei requisiti morali da parte di soci idonei a influenzare, in termini decisivi e ineludibili, le decisioni societarie. Un socio ha un tale potere quando per adottare le decisioni non si può

prescindere dal suo apporto, assumendo di conseguenza questo potere efficacia determinante non soltanto in negativo, in funzione di veto, ma anche in positivo, in funzione di codeterminazione, poiché il socio che ha il potere di interdire l'adozione di una decisione è anche quello che deve concorrere perché sia adottata».

Pertanto, secondo l'Adunanza Plenaria questa situazione si riscontra nel caso di due soci al 50% «poiché nessuna decisione può essere presa se uno dei due è contrario mentre entrambi devono concordare su ciascuna decisione». Nella situazione di una società con tre soci, l'Adunanza Plenaria evidenzia che la conclusione è diversa a seconda che nessuno dei tre soci partecipi al 50% ovvero ve ne sia uno titolare di tale partecipazione.

Nel primo caso, la percentuale della partecipazione di ciascun socio è variabile secondo le diverse situazioni concrete inclusa l'ipotesi che un socio sia titolare del 49% e gli altri due concorrano, con la propria partecipazione, a raggiungere il restante 51%. Ne consegue che «nessun socio ha potere determinante poiché ognuno può essere sostituito da uno degli altri due per raggiungere la maggioranza decisionale; ciascun socio può perciò concorrere ad adottare la decisione ma non è mai esclusivamente e sempre da solo determinante, poiché se uno dei tre soci è contrario a una decisione questa può essere comunque assunta per accordo tra gli altri due, potendo ogni socio accordarsi con ciascuno degli altri in quanto non costretto a consentire con uno solo di essi data la ripartizione del capitale sociale. Nessuno dei soci ha perciò l'obbligo delle dichiarazioni poiché nessuno esercita un potere decisionale condizionante in quanto imprescindibile, tale perciò da farne qualificare la relativa posizione sostanziale come quella di un socio di maggioranza; il concorso alle decisioni di volta in volta possibile da parte di ciascun socio non autorizza, infatti, la conclusione che ognuno di essi debba rendere le previste dichiarazioni, poiché la latitudine interpretativa consentita dalla norma, che comunque si riferisce al "socio di maggioranza", non è tale da giustificare l'obbligo delle dichiarazioni per il socio che non sia di maggioranza neanche nel significato sostanziale di cui si è detto».

Il caso della società con tre soci in cui uno sia partecipante al 50%, variando le partecipazioni degli altri due a concorrenza del restante 50%, risulta diverso. «Il socio al 50% condiziona infatti, da solo, le decisioni sociali poiché in nessun caso possono essere adottate senza il suo consenso, che è quindi sempre necessario e imprescindibile mentre egli può accordarsi con l'uno o l'altro dei due restanti soci senza l'obbligo di farlo con uno solo di essi, nessuno dei quali esercita perciò un potere determinante. Ne consegue che nel caso in esame obbligato a rendere le previste dichiarazioni è soltanto il socio al 50% in quanto titolare di potere condizionante le decisioni della società»

1.7 Servizio di punta

Sono pervenute, da parte di alcuni operatori, richieste e osservazioni in ordine alla questione del servizio di punta. In particolare, alcuni hanno ritenuto che, in analogia a quanto previsto per il fatturato, anche il requisito del servizio di punta dovrebbe essere posseduto dal raggruppamento nel suo complesso e riferirsi alle classi e categorie esposte da ciascun raggruppato. Inoltre, altri soggetti hanno ritenuto non corretta l'affermazione, contenuta nel modello di disciplinare, secondo cui il servizio/fornitura di punta debba essere posseduto interamente dalla mandataria, potendo lo stesso essere dimostrato interamente anche dalla mandante del RTI.

In merito alle osservazioni pervenute si ribadisce che il requisito del cd. servizio di punta non è frazionabile in caso di raggruppamento temporaneo. Diversamente opinando si finirebbe per frustrare la finalità stessa perseguita attraverso la richiesta del requisito in parola. Pertanto, si ritiene di confermare che il servizio di punta dovrà essere svolto interamente da uno dei soggetti facenti parte del

raggruppamento. Tuttavia, si ritiene necessario evidenziare che la non frazionabilità del requisito dei servizi di punta non può essere interpretata nel senso che ciascun componente del raggruppamento debba possedere il requisito per intero, in quanto tale conclusione si porrebbe in contrasto con la logica del raggruppamento stesso, diretta a garantire la massima partecipazione alla gara (v. TAR Bari, 24 gennaio 2013, n. 81, parere AVCP n. 107 del 21 maggio 2014). Pertanto, la previsione contenuta nello schema di disciplinare è stata modificata prevedendo che il requisito possa essere posseduto per intero da uno dei componenti del raggruppamento (mandante o mandataria).

1.8 Subappalto qualificante

In tema di subappalto necessario o qualificante, che ricorre nell'ipotesi in cui il concorrente che non abbia autonomo possesso dei necessari requisiti di qualificazione, dimostra il possesso dei requisiti mancanti attraverso i requisiti posseduti dal soggetto a cui intende subappaltare una parte del servizio, alcuni operatori hanno richiamato l'orientamento giurisprudenziale secondo cui l'art. 118, co. 2, del D.Lgs. n. 163 del 2006 va interpretato nel senso che la dichiarazione di subappalto deve contenere anche l'indicazione nominativa del subappaltatore unitamente alla dimostrazione del possesso, in capo a costui, dei requisiti di qualificazione, non potendosi limitare alla mera indicazione della volontà di concludere un subappalto. La *ratio* di tale orientamento giurisprudenziale risiede nell'esigenza che la stazione appaltante sia posta in condizione di valutare sin dall'inizio l'idoneità di un'impresa, la quale dimostri di possedere in proprio, o attraverso l'apporto altrui, le qualificazioni necessarie per l'aggiudicazione del contratto, mentre non potrebbe ammettersi che l'aggiudicazione venga disposta «al buio» in favore di un soggetto pacificamente sprovvisto dei necessari requisiti di qualificazione, al quale dovrebbe accordarsi la possibilità non soltanto di dimostrare, ma addirittura di acquisire i requisiti medesimi a gara conclusa, in violazione del principio della *par condicio* e con il rischio per l'amministrazione procedente che l'appaltatore così designato non onori l'impegno assunto, rendendo necessaria la ripetizione della gara (v. Cons. Stato, Sez. IV, sentenza 13 marzo 2014, n. 1224 e Cons. Stato, Sez. V, sentenza 21 novembre 2012, n. 5900).

In accoglimento di tale osservazione è stata inserita la previsione della possibilità per il concorrente di provvedere alla dimostrazione delle capacità tecniche mediante «indicazione della quota di appalto che il concorrente intenda, eventualmente, subappaltare» secondo quanto previsto dall'art. 42, comma 1, lett. i) del Codice, con la precisazione che detta possibilità risulta limitata ai requisiti di capacità tecnica (con esclusione, quindi, dei requisiti di capacità economico-professionali) e consentita nel rispetto dei limiti quantitativi previsti dall'art. 118, comma 2, del Codice, previa espressa previsione nel bando di gara e indicazione, già in sede di presentazione dell'offerta, del nominativo del subappaltatore. Riguardo a tale ultima previsione, è stato evidenziato che, sebbene l'obbligo in parola non sia espressamente previsto dal citato art. 42, si è ritenuto di aderire all'orientamento espresso dalla giurisprudenza (Cons. di Stato n. 5900/2012) e già adottato anche dall'Autorità (v. parere sulla normativa n. 1/2015) secondo cui, in caso di subappalto qualificante, la dichiarazione ex art. 118, co. 1, p. 2, del Codice è necessaria anche con riferimento al nominativo del subappaltatore e al requisito dallo stesso posseduto. Pertanto, nel modello di disciplinare, è stato previsto che, in caso di subappalto qualificante, ai sensi dell'articolo 42, comma 1, lett. i) del Codice, il concorrente dovrà allegare alla domanda le medesime dichiarazioni sostitutive previste per il caso di avvalimento, oltre all'originale o copia autentica del contratto di subappalto.

1.9 La “riparametrazione”

In merito all'individuazione della fase di gara nella quale la Commissione deve procedere alla “riparametrazione” dei punteggi tecnici, il Comune di Casoli ha evidenziato che nella determinazione n. 7/2011 l'Autorità aveva ritenuto tale attività utile anche ai fini della valutazione di anomalia delle offerte, mentre nel modello proposto la riparametrazione è posta dopo la verifica di anomalia. Al riguardo, si ritiene che si debba confermare tale soluzione, prevedendo che la commissione «cristallizzi» il punteggio tecnico attribuito ai concorrenti prima di procedere con le successive operazioni di gara (esclusione delle imprese che non hanno superato la soglia per il punteggio tecnico e/o valutazione di anomalia delle offerte) e che provveda, solo alla fine, alla riparametrazione e alla redazione della graduatoria finale. In tal modo, le verifiche del superamento della soglia di sbarramento e di quella di anomalia sono ancorate entrambe al punteggio attribuito dalla commissione all'offerta tecnica e non al punteggio «riparametrato», che costituisce conseguenza di un artificio necessario per rendere comparabili i punteggi per la parte tecnica e per la parte economica. Ciò, da un lato, garantisce la finalità perseguita attraverso l'introduzione della soglia di sbarramento, ossia ottenere un servizio/fornitura con *standard* di qualità minimi, ritenuti accettabili dalla stazione appaltante (obiettivo che, invece, sarebbe eluso laddove il punteggio minimo fosse raggiunto solo in forza dell'artificioso aumento del punteggio derivante dalla riparametrazione); dall'altro, evita di considerare anomale offerte che superano la soglia di anomalia solo per effetto dell'incremento del punteggio tecnico derivante dalla riparametrazione, fermo restando che la stazione appaltante ha sempre facoltà, ai sensi dell'art. 86, comma 3, del Codice, di valutare la congruità di ogni offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa.

2. Integrazioni alla nota illustrativa e al disciplinare di gara

2.1 Suddivisione dell'appalto in lotti funzionali

Al fine di agevolare le stazioni appaltanti nella predisposizione dei bandi in caso di suddivisioni dell'appalto in lotti funzionali, lo schema di disciplinare è stato integrato con le clausole opzionali che disciplinano gli aspetti della procedura sui quali influisce la suddivisione in lotti (oggetto, importo a base di gara, offerta economica, contributo all'Autorità, CIG, ecc.). In particolare, si evidenzia che è stata introdotta la facoltà per la stazione appaltante di limitare il numero dei lotti assegnabili ai concorrenti risultati vincitori ed è stata richiesta la preventiva indicazione del criterio sulla base del quale individuare i lotti oggetto di assegnazione, sia per il caso in cui il concorrente risulti aggiudicatario di un numero di lotti eccedente quello massimo previsto nel bando di gara, sia per il caso in cui l'aggiudicatario non possenga i requisiti richiesti per tutti i lotti per i quali è risultato vincitore.

2.2 Prezzi di riferimento

Un'altra integrazione del modello ha riguardato i prezzi di riferimento. Si è tenuto, infatti, in considerazione che l'Autorità ha già pubblicato alcuni prezzi di riferimento per servizi e forniture nel settore sanitario ai sensi dell'art. 17 del decreto-legge 6 luglio 2011 n. 98 (“Disposizioni urgenti per la stabilizzazione finanziaria”), convertito con modificazioni dalla legge 15 luglio 2011 n. 111, che verranno progressivamente integrati anche per altri settori così come previsto dall'art. 9, comma 7, del decreto-legge 24 aprile 2014 n. 66 (“Misure urgenti per la competitività e la giustizia sociale”), convertito con modificazioni dalla legge 23 giugno 2014, n. 89. Pertanto, nel modello di disciplinare è stato previsto l'obbligo, per le stazioni appaltanti, di tener conto dei prezzi di riferimento, ove esistenti,

ai fini della determinazione dell'importo a base di gara ed è stata prevista l'ammissibilità solo delle offerte economiche non superiori ai prezzi pubblicati. Al riguardo, si evidenzia che l'art. 9, comma 7 del D.L. 66/2014 stabilisce che i prezzi di riferimento elaborati dall'Autorità «costituiscono prezzo massimo di aggiudicazione, anche per le procedure di gara aggiudicate all'offerta più vantaggiosa». Secondo un'interpretazione strettamente letterale della norma sembrerebbe che il rispetto del prezzo di riferimento sia condizione indispensabile per l'aggiudicazione del contratto e non per l'ammissibilità dell'offerta economica. Tuttavia, si ritiene che detta opzione ermeneutica comporterebbe l'inammissibile conseguenza che – ad esempio, nei casi in cui il criterio di aggiudicazione preveda l'utilizzo di formule interdipendenti, per mezzo delle quali la valutazione di ciascuna offerta dipende dalla valutazione delle restanti - il concorrente che ha presentato un'offerta economica superiore al prezzo di riferimento finirebbe per condizionare la procedura di valutazione pur non potendo mai risultare aggiudicatario. Pertanto, si è ritenuto di aderire ad un'interpretazione logico-sistematica della disposizione in esame prevedendo espressamente l'inammissibilità dell'offerta economica che presenti un prezzo superiore a quello di riferimento. Al fine di agevolare l'attività di verifica delle stazioni appaltanti, è stato, altresì, previsto che l'operatore indichi nel modello di offerta economica il prezzo di riferimento utilizzato e le relative modalità di calcolo.

2.3 Cause interdittive

Nel modello di disciplinare di gara si fa riferimento anche a quanto prescritto dall'art. 35 del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90 «Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari» convertito con modificazioni dalla legge 11 agosto 2014, n. 114, secondo cui: «1. Al fine di assicurare la trasparenza e la legalità nell'attività amministrativa e contrattuale delle pubbliche amministrazioni, fino al recepimento delle direttive del Parlamento europeo e del Consiglio n. 2014/23/UE, n. 2014/24/UE e n. 2014/25/UE del 26 febbraio 2014, è vietata ogni operazione economica o finanziaria tra le pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 e società o enti esteri, per i quali, in virtù della legislazione dello Stato in cui hanno sede, non è possibile l'identificazione dei soggetti che detengono quote di proprietà del capitale o comunque il controllo. Rimane ferma la possibilità della stazione appaltante di richiedere documentazione e chiarimenti alle imprese concorrenti nelle procedure di evidenza pubblica. 2. La disposizione del comma 1 non si applica qualora siano osservati gli obblighi di adeguata verifica del titolare effettivo della società o dell'ente di cui al medesimo comma 1 in conformità alle disposizioni del decreto legislativo 21 novembre 2007, n. 231». Pertanto, è stata inserita nel modello di disciplinare di gara la dichiarazione del concorrente in ordine all'assenza della suddetta causa interdittiva oppure all'osservanza degli obblighi di adeguata verifica prescritti dal d.lgs. n. 231/2007.

2.4 Verifica dei requisiti di carattere generale e white list

Il modello di disciplinare è stato adeguato in tema di verifica dei requisiti di carattere generale e speciale con quanto previsto nella deliberazione n. 111/2012 che ha individuato la documentazione e/o i dati a comprova del possesso dei suddetti requisiti che, ai sensi dell'articolo 6-bis, comma 4, del Codice, sono acquisiti dalla BDNCP e messi a disposizione attraverso il Sistema AVCPASS (artt. 5 e 6). Con particolare riferimento al requisito relativo ai servizi/forniture analoghi, per il quale occorre attestare le prestazioni con l'indicazione degli importi, delle date e dei destinatari, pubblici o privati, dei

servizi/forniture, si evidenzia che nella citata deliberazione n. 111/2012 sono annoverati anche i certificati attestanti l'avvenuta esecuzione di servizi e forniture prestati a favore di amministrazioni o enti pubblici (art. 6, comma 3, lett. c). È altresì previsto all'art. 6, comma 4, che la documentazione a comprova del possesso dei requisiti di carattere tecnico-organizzativo ed economico-finanziario, non inclusa nei commi 2 e 3 del medesimo art. 6, è inserita nel sistema dagli operatori economici, conformemente a quanto segnalato dal Responsabile del Procedimento in ordine alle specificità di gara. Infine, in via transitoria, l'Autorità ha stabilito che per i servizi/forniture prestati a favore di amministrazioni o enti pubblici, i certificati attestanti l'avvenuta esecuzione di servizi e forniture sono inseriti dagli operatori economici nel sistema AVCPASS. In mancanza di detti certificati, gli operatori economici possono inserire nel sistema le fatture relative alla suddetta avvenuta esecuzione indicando, ove disponibile, il CIG del contratto cui si riferiscono, l'oggetto del contratto stesso e il relativo importo, il nominativo del contraente pubblico e la data di stipula del contratto stesso (v. art. 9, comma 2). Resta ferma per la Stazione Appaltante/ente aggiudicatore la facoltà di verificare la veridicità e l'autenticità delle attestazioni prodotte dagli operatori economici.

Pertanto, nel disciplinare di gara, ai fini della dimostrazione del possesso del requisito relativo ai servizi/forniture analoghi, sono state inserite le modalità descritte nella suddetta delibera.

Per il requisito relativo al fatturato globale o specifico si è indicato che la dimostrazione avviene mediante i bilanci delle società di capitali oppure mediante il fatturato globale e gli ammortamenti risultanti dal Modello Unico o dalla Dichiarazione IVA degli operatori economici costituiti in forma d'impresa individuale ovvero società di persone, anch'essi acquisiti dalla BDNCP.

Sempre in tema di modalità di verifica dei requisiti, è stato previsto l'inserimento nella Busta A – Documentazione amministrativa anche del "PASSOE" rilasciato al subappaltatore, in caso di subappalto qualificante ai sensi dell'art. 42, comma 1, lett. i) del Codice, e di quello rilasciato all'impresa ausiliaria in caso di avvalimento ex art. 49 del Codice. Si tratta, infatti, dell'unico strumento utilizzabile dalle stazioni appaltanti per la verifica dei requisiti generali e speciali che dovrà riguardare, naturalmente, anche i predetti soggetti.

È stato specificato, altresì, nella nota illustrativa, che la mancata inclusione del PASSOE nella busta A non costituisce causa di esclusione dell'operatore economico in sede di presentazione dell'offerta. Tuttavia, le stazioni appaltanti saranno tenute a verificare, nella prima seduta di gara, la produzione del PASSOE e, laddove ne riscontrino la carenza, dovranno richiedere all'operatore economico interessato di acquisirlo e trasmetterlo in tempo utile a consentire la verifica dei requisiti, avvertendolo espressamente che in mancanza si procederà all'esclusione dalla gara e alla conseguente segnalazione all'Autorità ai fini dell'applicazione delle sanzioni di cui all'art. 6, comma 11, del Codice, essendo il PASSOE l'unico strumento utilizzabile dalla stazione appaltante per procedere alle prescritte verifiche. Nello schema di disciplinare è stata inserita, altresì, la previsione secondo cui, per i servizi e le forniture ad alto rischio di tentativo di infiltrazione mafiosa di cui al comma 53 dell'art. 1 della legge 6 novembre 2012, n. 190 (Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione), le verifiche in ordine al possesso dei requisiti di partecipazione di cui all'art. 38, comma 1, lett. b) del Codice (assenza di misure di prevenzione o di cause ostative di cui agli artt. 6 e 67 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159) sono effettuate mediante consultazione degli appositi elenchi istituiti presso le Procure (c.d. *white list*). Pertanto, i concorrenti dovranno dichiarare l'iscrizione nell'elenco istituito presso la Prefettura della provincia in cui hanno la propria sede, oppure, limitatamente al periodo transitorio di cui al comma 2 dell'art. 29, del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90 (Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari), l'avvenuta presentazione della domanda di iscrizione al predetto elenco. Ciò in quanto, ai

sensi del comma 52 dell'art. 1 della legge n. 190/2012, per l'approvvigionamento di quelle attività che consistono esclusivamente in servizi e forniture e sono oggetto di specifici bandi (es. smaltimento di rifiuti per conto di terzi; autotrasporti per conto di terzi; guardiania dei cantieri) la comunicazione e l'informazione antimafia liberatoria sono obbligatoriamente acquisite dai soggetti di cui all'articolo 83, commi 1 e 2, del d.lgs. n. 159/2011, attraverso la consultazione, anche in via telematica, dell'apposito elenco di fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori non soggetti a tentativi di infiltrazione mafiosa operanti nei medesimi settori.

2.5 Escussione della cauzione provvisoria

Nella nota illustrativa è stata richiamata la sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato del 10 dicembre 2014 n. 34 nella quale - fornendo una lettura evolutiva dell'art. 75 del Codice, anche alla luce della nuova disciplina del soccorso istruttorio - si è ritenuta «legittima la clausola, contenuta in atti di indizione di procedure di affidamento di appalti pubblici, che preveda l'escussione della cauzione provvisoria anche nei confronti di imprese non risultate aggiudicatrici, ma solo concorrenti, in caso di riscontrata assenza del possesso dei requisiti di carattere generale di cui all'art. 38 del codice dei contratti pubblici». In tal caso, l'escussione della cauzione provvisoria si profila come garanzia del rispetto dell'ampio patto di integrità cui si vincola chi partecipa ad una gara pubblica e la sua finalità è quella di responsabilizzare i partecipanti in ordine alle dichiarazioni rese e di garantire la serietà e l'affidabilità dell'offerta. Al riguardo, nella Determinazione n. 1/2015 l'Autorità ha chiarito che «in caso di mancata regolarizzazione degli elementi essenziali carenti la stazione appaltante procederà all'esclusione del concorrente dalla gara. Per tale ipotesi la stazione appaltante dovrà espressamente prevedere nel bando che si proceda, altresì, all'incameramento della cauzione esclusivamente nell'ipotesi in cui la mancata integrazione dipenda da una carenza del requisito dichiarato. All'incameramento, in ogni caso, non si dovrà procedere per il caso in cui il concorrente decida semplicemente di non avvalersi del soccorso istruttorio». Per tutti gli altri casi di mancata integrazione, a seguito di richiesta della stazione appaltante, che non dipendano da una carenza del requisito, l'amministrazione aggiudicatrice provvederà a segnalare il fatto all'Autorità che gestirà la comunicazione quale notizia utile ai sensi dell'art. 8, comma 2, lett. dd) del d.p.r. 5 ottobre 2010, n. 207.

Pertanto, nel modello di disciplinare di gara è stata data facoltà alle stazioni appaltanti di prevedere l'espressa estensione della garanzia in parola anche al possesso dei requisiti di carattere generale dichiarati dai concorrenti.

2.6 Rating di legalità

Nel modello di disciplinare è stata riconosciuta alle stazioni appaltanti la facoltà, per gli appalti di maggiori dimensioni, di attribuire un punteggio aggiuntivo in sede di valutazione dell'offerta, secondo criteri di proporzionalità, alle imprese in possesso del *rating* di legalità rilasciato dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato ai sensi dell'art. 5-ter del decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1 (Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività), convertito con modificazioni dalla legge 24 marzo 2012, n. 27, o di certificazioni equivalenti rilasciati alle imprese straniere da altri organismi o autorità pubbliche. Tale scelta è stata dettata dall'orientamento affermatosi recentemente in giurisprudenza (*cf.* Cons. Stato, Sez. V, 19 febbraio 2013, n. 2282; Cons. Stato, Sez. V, 3 ottobre 2012, n. 5197; Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza 15 dicembre 2010, n. 8933, T.A.R. Toscana Firenze Sez. II, sentenza 29 gennaio 2009, n. 151; T.A.R. Liguria Genova, Sez. II, 5 gennaio

2015, n. 2) e in alcune pronunce dell'Autorità (determinazione n. 7/2012, Pareri di precontenzioso n. 5/2010 e n. 1/2011) secondo cui il principio della netta separazione tra criteri soggettivi di prequalificazione e criteri di aggiudicazione della gara può essere attenuato consentendo alle stazioni appaltanti di prevedere, nel bando di gara, anche elementi di valutazione dell'offerta tecnica di tipo "soggettivo", quando questi concernono aspetti organizzativi che si sostanziano in indici d'affidabilità e serietà dell'offerta in termini di logica presumibilità di una migliore esecuzione della prestazione richiesta. Dette condizioni si verificano con maggior forza negli appalti aventi ad oggetto prestazioni di servizi in quanto l'offerta si sostanzia in un *facere* e, pertanto, può essere valutata anche sotto il profilo dell'organizzazione dell'impresa (cfr. Cons. Stato, sezione IV, 25 novembre 2008 n. 5808).

L'attribuzione di un punteggio ulteriore al concorrente che sia in possesso del *rating* di legalità, potrebbe giustificarsi, quindi, in considerazione del fatto che il *rating* è rilasciato in presenza di requisiti che attengono in modo specifico all'organizzazione aziendale o derivano direttamente dall'adozione di prassi operative improntate alla legalità, alla moralità ed alla correttezza e, quindi, si rivelano astrattamente idonei ad incidere sulle modalità esecutive della specifica prestazione. Si pensi, in via esemplificativa, ai requisiti attinenti all'assenza di condanne penali o procedimenti pendenti per l'applicazione di misure di prevenzione e/o cautelari nei confronti dell'imprenditore o di altri soggetti rilevanti, all'assenza di provvedimenti sanzionatori dell'Anac o di provvedimenti di condanna per illeciti antitrust gravi, per violazioni del codice del consumo o per mancato rispetto delle norme a tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro, all'assenza di annotazioni pregiudizievoli nel casellario informatico delle imprese di cui all'art. 8 del d.p.r. 207/2010, oppure ai requisiti "ulteriori" riferiti all'adozione «di una funzione o struttura organizzativa che effettui il controllo di conformità delle attività aziendali a disposizioni normative applicabili all'impresa» o di «un modello organizzativo ai sensi del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231», oppure « di processi volti a garantire forme di *Corporate Social Responsibility*».

A giustificazione della previsione, si richiama, altresì, la possibilità, riconosciuta dalla determinazione n.7 del 24.11.2011, di attribuire rilievo, nella valutazione dell'offerta, a «elementi oggettivi legati alla realizzazione di particolari obiettivi di valenza non economica, tra quali i criteri sociali e ambientali» in cui potrebbe rientrare l'obiettivo di prevenire l'illegalità e la corruzione negli appalti pubblici. Si consideri, infatti, che il *rating* di legalità rientra nel più ampio contesto delle misure volte a contrastare i comportamenti illegali delle imprese e il fenomeno della corruzione negli appalti pubblici, nonché le interferenze delle organizzazioni criminali con l'attività di impresa che possono ostacolare non solo il corretto operare dei meccanismi del mercato, ma anche lo svolgimento della prestazione.

Sul punto, giova precisare altresì che la giurisprudenza (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 25 gennaio 2012, n. 328; Cons. Stato, Sez. V, 23 gennaio 2012, n. 266; Cons. Stato, Sez. V, 2 ottobre 2009, n. 6002) ammette la possibilità di applicare in maniera "attenuata" il divieto generale, di derivazione comunitaria, di commistione tra le caratteristiche oggettive dell'offerta e i requisiti soggettivi dell'impresa concorrente a condizione che: a) gli aspetti soggettivi oggetto di valutazione si riverberino effettivamente sulla qualità dell'offerta; b) lo specifico punteggio assegnato al requisito soggettivo non incida in maniera rilevante sulla determinazione del punteggio complessivo. Inoltre, si chiarisce che il rischio di commistione tra requisiti soggettivi del concorrente e requisiti oggettivi dell'offerta debba essere valutato in concreto e non enfatizzato sulla base di formulazioni astratte (cfr. Consiglio di Stato, sezione V, 12 giugno 2009, n. 3716).

Nell'applicazione di tale criterio, si suggerisce di prevedere l'assegnazione di un punteggio contenuto nel rispetto del principio di proporzionalità. Inoltre, si evidenzia che poiché il *rating* di legalità può essere richiesto esclusivamente dalle imprese italiane con un fatturato superiore ai due milioni di euro,

tale criterio di valutazione potrà essere utilizzato esclusivamente per gli appalti per i quali il fatturato minimo di partecipazione, anche per gli operatori concorrenti con identità plurisoggettiva, sia superiore a tale soglia.

Si evidenzia che è stata valutata anche la possibilità di considerare il possesso del *rating* di legalità come requisito di partecipazione richiesto a pena di esclusione, in quanto le condizioni che ne consentono il rilascio sono, in parte, assimilabili ai requisiti previsti dall'art. 38, comma 1, del Codice ed, in parte, coincidenti con quelli previsti per il rilascio delle certificazioni etiche, in particolare per la certificazione SA 8000, mentre altre ancora presentano dei connotati di novità (es: rispetto del codice del consumo, assenza di illeciti antitrust o di provvedimenti di revoca di finanziamenti pubblici, ecc.). Con riferimento specifico al possesso della Certificazione SA 8000, la giurisprudenza ne ha espressamente riconosciuto la natura di requisito soggettivo delle imprese ai fini della partecipazione alle gare, ritenendo che “le nuove dinamiche economiche globali non possono non tenere conto di temi fondamentali come il rispetto dei diritti umani, il rispetto dei diritti dei lavoratori, la tutela contro lo sfruttamento dei minori, le garanzie di sicurezza e salubrità sul posto di lavoro” (Tar Palermo – sentenza 26 febbraio 2009, n. 394). Naturalmente, come le certificazioni etiche, il *rating* di legalità potrebbe essere richiesto come criterio facoltativo di ammissione per gli appalti di importo superiore a 2 mln di euro con il rispetto del limite della logicità, della ragionevolezza e della pertinenza e congruità rispetto all'oggetto del contratto (cfr. parere 112/2013, n. 32/2014, delib. 28/2011). In tal caso, al fine di favorire la massima partecipazione, bisognerebbe prevedere un meccanismo correttivo con riferimento alle imprese costituite da meno di due anni (che non possono ottenere il *rating*) e per le imprese straniere, prevedendo la possibilità di produrre certificazioni etiche equivalenti.

Tuttavia, al fine di evitare una eccessiva restrizione del mercato conseguente alla valutazione del *rating* di legalità come requisito di partecipazione, si è ritenuto preferibile la valutazione dello stesso come criterio di valutazione dell'offerta, alle condizioni e nei limiti sopra esposti.