



Nota illustrativa

Bando tipo n. 1/2023

Procedura aperta per l'affidamento di contratti pubblici di servizi e forniture nei settori ordinari di importo superiore alle soglie europee con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo

Premessa.....	3
1. Il bando tipo per l'affidamento di contratti di servizi e forniture: aspetti generali.....	4
2. La tassatività delle cause di esclusione e il soccorso istruttorio	4
3. Prescrizioni per la prevenzione dell'illegalità e della corruzione.....	5
4. Le premesse al Disciplinare tipo.....	6
5. La piattaforma telematica (articolo 1 Disciplinare)	8
6. Documentazione di gara, chiarimenti e comunicazioni (articolo 2 Disciplinare).....	8
7. Oggetto dell'appalto e indicazione del CCNL di riferimento.....	9
8. Importo dell'appalto e suddivisione in lotti (articolo 3 Disciplinare)	13
9. Durata dell'appalto, opzioni e rinnovo (articolo 3 Disciplinare).....	14
10. Soggetti ammessi in forma singola e associata e condizioni di partecipazione (articolo 4 Disciplinare).....	16
11. Requisiti generali (articolo 5 Disciplinare).....	17
12. Requisiti speciali e mezzi di prova (articolo 6 Disciplinare)	18
13. Avalimento (articolo 7 Disciplinare).....	20
14. Subappalto (articolo 8 Disciplinare).....	22
15. Clausola sociale e altre condizioni di partecipazione	22
16. Garanzia provvisoria (articolo 10 Disciplinare)	23
17. Pagamento in favore dell'Autorità (articolo 12 Disciplinare).....	24
18. Modalità di presentazione dell'offerta e sottoscrizione dei documenti di gara (articolo 13 Disciplinare).....	25
19. Soccorso istruttorio (articolo 14 Disciplinare).....	26
20. Domanda di partecipazione e documentazione amministrativa (articolo 15 Disciplinare)	26
21. Offerta tecnica (articolo 16 Disciplinare).....	28
22. Offerta economica (articolo 17 Disciplinare).....	29
23. Criterio di aggiudicazione (articolo 18 Disciplinare).....	29
24. Commissione giudicatrice (articolo 19 Disciplinare)	33
25. Svolgimento delle operazioni di gara (articolo 20 Disciplinare)	33
26. Verifica documentazione amministrativa (articolo 21 Disciplinare).	33
27. Valutazione delle offerte tecniche ed economiche (articolo 22 Disciplinare).....	34
28. Verifica di anomalia delle offerte (articolo 23 Disciplinare).....	35
29. Aggiudicazione dell'appalto e stipula del contratto (articolo 23 Disciplinare).....	35
30. Obblighi relativi alla tracciabilità dei flussi finanziari (articolo 24 Disciplinare)	36
31. Codice di comportamento (articolo 25 Disciplinare)	36
32. Accesso agli atti (articolo 26 Disciplinare)	36
33. Definizione delle controversie (articolo 27 Disciplinare).....	37
34. Trattamento dei dati personali (articolo 28 Disciplinare)	37

Premessa

Il Decreto legislativo 31 marzo 2023 (di seguito, Codice) dispone che l'ANAC, attraverso bandi-tipo, capitolati-tipo, contratti-tipo e altri atti amministrativi generali, garantisce la promozione dell'efficienza, della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti, cui fornisce supporto anche facilitando lo scambio di informazioni e la omogeneità dei procedimenti amministrativi e favorisce lo sviluppo delle migliori pratiche. (articolo 222, comma 2). Inoltre, prevede che successivamente all'adozione da parte dell'ANAC di bandi tipo, i bandi di gara sono redatti in conformità degli stessi e che le stazioni appaltanti, nella delibera a contrarre, motivano espressamente in ordine alle deroghe al bando-tipo. (articolo 83, comma 3).

In attuazione di tali disposizioni l'Autorità ha ritenuto opportuno adottare, contestualmente all'entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici, un bando tipo per procedura aperta, svolta totalmente con sistemi telematici, per l'affidamento di contratti pubblici di servizi e forniture nei settori ordinari di importo superiore alla soglia comunitaria con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo così perseguendo l'obiettivo di agevolare le stazioni appaltanti nella prima applicazione delle nuove disposizioni normative, nell'ottica di garantire efficienza, standard di qualità dell'azione amministrativa e omogeneità dei procedimenti.

L'atto adottato riveste la forma del Disciplinare. La scelta di adottare i Bandi - tipo, nella forma del disciplinare di gara, rappresenta ormai una prassi consolidata dell'ANAC, avallata dalla giurisprudenza anche recente (Consiglio di Stato, sent. N. 526 del 16/1/2023) e nasce dall'opportunità di fornire, alle stazioni appaltanti, indicazioni per l'affidamento dei contratti pubblici, più puntali e articolate rispetto a quelle riportate nei formulari resi disponibili dalla Commissione Europea. Tale insieme di regole è contenuto proprio nel disciplinare di gara – anche noto come “norme integrative del bando di gara”, 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.

Nel formulare le clausole del disciplinare, in molti casi è stato necessario operare delle scelte interpretative. In tali evenienze, l'Autorità è stata guidata dalle delucidazioni contenute nella Relazione illustrativa al Codice e dalle indicazioni ivi contenute in merito alla funzione ermeneutica affidata ai principi generali di cui agli articoli 1-11, oltre chiaramente alle osservazioni emerse dal Tavolo tecnico appositamente costituito per la predisposizione del bando tipo e da quelle risultanti dalla consultazione pubblica.

Il Disciplinare prende in considerazione la sola procedura aperta di cui all'articolo 71 del Codice, con applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità prezzo, di cui all'articolo 108 del Codice, svolta interamente con l'ausilio di sistemi informatici, per evidenti ragioni di semplificazione, di ricorrenza tipologica e per rispondere a esigenze di utilità pratica per le stazioni appaltanti. Nel caso in cui la stazione appaltante intenda utilizzare come criterio di aggiudicazione quello del prezzo più basso, potrà opportunamente adattare il modello proposto dall'Autorità, senza necessità di motivare le ragioni delle deroghe alle clausole ivi contenute. Allo stesso modo il Disciplinare potrà essere utilizzato anche dagli enti aggiudicatori che operano nei settori special, per i quali quest'ultimo non è vincolante, nei limiti di compatibilità con la disciplina dei suddetti settori, al fine di ottenere una maggiore standardizzazione dei bandi di gara. Inoltre, il disciplinare, con le opportune revisioni, potrà essere utilizzato anche per l'affidamento di lavori, fino a che l'Autorità non provvederà all'adozione del bando tipo specifico.

Il Disciplinare tiene conto delle novità introdotte dal nuovo Codice in materia di digitalizzazione dell'intero ciclo di vita dei contratti pubblici e delle modalità di acquisizione dei dati e delle informazioni necessarie alla verifica del possesso dei requisiti generali e speciali in fase di aggiudicazione e di esecuzione dei contratti pubblici, mediante il Fascicolo virtuale dell'operatore economico (FVOE).

Il Disciplinare è corredato sia dalla presente Nota illustrativa che fornisce istruzioni circa le modalità di compilazione e ne descrive le caratteristiche, con particolare riguardo alle parti vincolanti e a quelle facoltative, sia dalla Relazione AIR, che dà conto, in particolare, degli obiettivi perseguiti e delle ragioni delle scelte regolatorie effettuate dall'Autorità a seguito

delle osservazioni pervenute in fase di consultazione.

1. Il bando tipo per l'affidamento di contratti di servizi e forniture: aspetti generali

Il Bando tipo 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. 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.

Le clausole del Disciplinare tipo sono vincolanti per le stazioni appaltanti e per gli enti concedenti, fatte salve le parti appositamente indicate come "facoltative o alternative", per le quali è espressamente consentita dal modello stesso una flessibilità applicativa. Il modello proposto contempla, infatti, previsioni che – secondo la normativa vigente – devono essere obbligatoriamente presenti nella documentazione di gara, queste ultime rappresentano il contenuto necessario del Disciplinare tipo, ai sensi dell'articolo 83 del codice e del relativo Allegato II.6. Nei limitati casi in cui le stazioni appaltanti lo ritengano necessario, sono consentite eventuali deroghe alle clausole obbligatorie, purché le previsioni introdotte dalle stazioni appaltanti non siano in contrasto con la normativa vigente e siano adeguatamente motivate nella delibera a contrarre (articolo 83, comma 3).

Le clausole indicate nel Disciplinare come facoltative e/o alternative corrispondono alle diverse opzioni legittimamente ammesse dalla normativa: in questo caso, la scelta effettuata dalla stazione appaltante tra le diverse soluzioni non costituisce una deroga al modello e, quindi, non richiede specifica motivazione. Resta fermo che, una volta che la stazione appaltante o l'ente concedente abbia optato per una soluzione, tali prescrizioni vengono ad integrare il contenuto del disciplinare di gara e l'amministrazione è tenuta, nel corso della procedura, ad attenersi senza possibilità di discostarsene, pena la violazione del principio di certezza e imparzialità dell'azione amministrativa e della *par condicio* dei concorrenti.

Si precisa, ancora, che nel caso di sopravvenute modifiche o integrazioni normative che dovessero incidere su talune clausole del Disciplinare tipo, le stesse dovranno intendersi sostituite dalle nuove disposizioni nelle more dell'aggiornamento del Disciplinare medesimo. In tal caso, non è richiesta la motivazione nella determina a contrarre per la eventuale deroga. L'Autorità integrerà il bando tipo, per tener conto di dette modifiche, dando comunicazione al mercato.

2. La tassatività delle cause di esclusione e il soccorso istruttorio

Il Disciplinare contempla precise e tassative cause di esclusione sulla base di quanto previsto dal Codice e dalle leggi vigenti, anche in considerazione dell'elaborazione giurisprudenziale intervenuta nel tempo, ed evidenzia le stesse utilizzando l'espressa formula "*a pena di esclusione*". L'inserimento nei documenti di gara di ulteriori cause di esclusione, rispetto a quelle previste dal Codice e dalle leggi vigenti, è sanzionato dal Codice con la nullità della clausola stessa, senza che sia inficiato l'intero atto (articolo 10, comma 2, del codice). La norma da ultimo richiamata prevede, infatti, che «*Le cause di esclusione di cui agli articoli 94 e 95 sono tassative e integrano di diritto i bandi e le lettere di invito; le clausole che prevedono cause ulteriori di esclusione sono nulle e si considerano non apposte*».

Il Disciplinare di gara, inoltre, in conformità a quanto disposto dall'articolo 101 del Codice, regola l'istituto del soccorso istruttorio, al fine di evitare che irregolarità e carenze meramente formali della domanda possano pregiudicare gli operatori economici più meritevoli, anche nell'interesse della stazione appaltante, che potrebbe perdere l'opportunità di contrarre con l'offerente migliore per vizi emendabili. Nell'intento di fornire una guida quanto più possibile esente da incertezze, il Disciplinare promuove un'identificazione chiara delle clausole escludenti e della relativa sanabilità, alla luce del soccorso

istruttorio, fermo restando che le circostanze del caso concreto potrebbero comportare una differente declinazione delle fattispecie e dei rimedi connessi alle diverse carenze, irregolarità e omissioni.

La norma in esame è espressione dei principi di *favor participationis* e concorrenza, da un lato, e *par condicio* tra i concorrenti, dall'altro, e recepisce il Considerando n. 84 e l'articolo 56 della direttiva 24/2014/UE. Più esattamente la disposizione in parola prevede che le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio. Tale procedura può essere attivata in caso di mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del Documento di Gara Unico Europeo (in seguito, anche DGUE), previa verifica, da parte della stazione appaltante/ente concedente che, al momento della scadenza del termine per la presentazione dell'offerta, i pertinenti documenti, dati o informazioni non siano presenti nel Fascicolo virtuale dell'operatore economico. È escluso il ricorso al soccorso istruttorio, con riferimento alle carenze afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica. Costituiscono irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto dell'offerta e le omissioni, inesattezze e irregolarità che rendono assolutamente incerta l'identità del concorrente..

Sotto il profilo procedimentale, al fine di consentire al concorrente la regolarizzazione e/integrazione della propria documentazione, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine non inferiore a cinque giorni e non superiore a dieci giorni per provvedere, indicando cosa integrare e/o regolarizzare. Decorso tale termine, senza che il concorrente abbia provveduto, la stazione appaltante procede all'esclusione, ai sensi dell'articolo 101, comma 2, del Codice (sulla perentorietà del termine assegnato dalla stazione appaltante si veda Consiglio di Stato, Sezione V, 16.01.2020 n. 399 e 29.5.2019, n. 3592).

In considerazione del fatto che il concorrente potrebbe produrre dichiarazioni o documenti non perfettamente coerenti con la richiesta della stazione appaltante, il Disciplinare riconosce a quest'ultima la facoltà di richiedere ulteriori precisazioni o chiarimenti. Tale facoltà deve intendersi limitata alla documentazione presentata in fase di soccorso istruttorio.

Il comma 4 dell'articolo in esame prevede che, fino al giorno fissato per l'apertura delle offerte, l'operatore economico può richiedere la rettifica di un errore materiale contenuto nell'offerta tecnica o nell'offerta economica, di cui si sia avveduto dopo la scadenza del termine per la loro presentazione. Tale possibilità è stata esplicitata nel paragrafo 13, con indicazione della procedura da seguire. In particolare, è stato previsto che la richiesta avvenga tramite la Piattaforma digitale di approvvigionamento con le modalità che saranno indicate dalla stazione appaltante, nel rispetto della segretezza dell'offerta. È chiarito, altresì, che la rettifica non deve comportare la presentazione di una nuova offerta, né la sua modifica sostanziale.

3. Prescrizioni per la prevenzione dell'illegalità e della corruzione

Nel Disciplinare si ravvisano una serie di clausole funzionali ad aumentare il livello di trasparenza delle procedure e a prevenire fenomeni di illegalità e corruzione negli appalti pubblici. Il testo recepisce, infatti, tutte le principali istanze normative, così come gli sviluppi in via amministrativa degli indirizzi forniti dall'Autorità in detta materia. In questo senso, sono contemplati: i protocolli di legalità, le misure di incompatibilità per i dipendenti dopo la cessazione del rapporto di pubblico impiego, i controlli antimafia prima della stipula del contratto, l'istituto del rating di legalità, l'utilizzo delle *white list*, la tracciabilità dei flussi finanziari generati dal contratto.

Il Disciplinare, innanzitutto, contempla tra la documentazione di gara i patti di integrità/protocolli di legalità, ove redatti, e prevede che questi ultimi siano espressamente accettati ai fini della partecipazione alla procedura ai sensi dell'articolo 83-bis, comma 3, del decreto legislativo 159/11.

Una particolare disciplina è prevista nell'ipotesi di servizi o forniture rientranti in una delle attività a maggior rischio di infiltrazione mafiosa di cui all'articolo 1, comma 53, della legge n. 190/12. In tal caso per la partecipazione alle gare è stata

prevista l'iscrizione del concorrente nell'elenco dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori non soggetti a tentativo di infiltrazione mafiosa (cosiddetta white list), istituito presso la Prefettura della provincia in cui l'operatore economico ha la propria sede, oppure, in ossequio a quanto previsto nella circolare del Ministero dell'interno n. 11001/119/20(8), del 23 marzo 2016, l'intervenuta presentazione della domanda di iscrizione al predetto elenco presentata prima della scadenza del termine per la presentazione delle offerte. Secondo la richiamata circolare, infatti, *«allorché l'impresa che ha presentato domanda di iscrizione nelle white list sia interessata ad accedere ad un contratto o ad un subcontratto che si inserisce nel piano di realizzazione di un'opera pubblica, e non abbia ancora conseguito l'iscrizione in white list, si pone l'esigenza di evitare che la mancata conclusione della procedura di iscrizione finisca per determinare un pregiudizio patrimoniale all'impresa, per causa ad essa non imputabile, derivante dalla impossibilità di pervenire alla conclusione del contratto».*

Per la stipulazione del contratto occorre considerare che ai *sensi dell'articolo 83-bis* del decreto legislativo n. 159/2011, l'iscrizione nel predetto elenco nonché l'iscrizione nell'anagrafe antimafia degli esecutori istituita dall'articolo 30 del decreto-legge 17 ottobre 2016, n. 189, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 dicembre 2016, n. 229, equivale al rilascio dell'informazione antimafia.

Il Disciplinare recepisce, inoltre, la causa di esclusione nei confronti degli operatori economici che trattino con la pubblica amministrazione in violazione del divieto di cui all'articolo 53, comma 16-ter, del decreto legislativo n. 165/01, secondo cui *«(i) dipendenti che, negli ultimi tre anni di servizio, hanno esercitato poteri autoritativi o negoziali per conto delle pubbliche amministrazioni (...) non possono svolgere, nei tre anni successivi alla cessazione del rapporto di pubblico impiego, attività lavorativa o professionale presso i soggetti privati destinatari dell'attività della pubblica amministrazione svolta attraverso i medesimi poteri. I contratti conclusi e gli incarichi conferiti in violazione di quanto previsto dal presente comma sono nulli ed è fatto divieto ai soggetti privati che li hanno conclusi o conferiti di contrattare con le pubbliche amministrazioni per i successivi tre anni con obbligo di restituzione dei compensi eventualmente percepiti e accertati ad essi riferiti»* (cosiddetta clausola di pantouflage).

Il Disciplinare richiede, inoltre, all'aggiudicatario di uniformarsi nello svolgimento delle attività oggetto del contratto ai principi e doveri indicati nel codice di comportamento e nel Piano Triennale di Prevenzione della Corruzione e della trasparenza adottato ai sensi della legge 190/12 ovvero indicati Modello di organizzazione, gestione e controllo adottato dalla medesima ai sensi del decreto legislativo n. 231/01.

Il Disciplinare dedica, infine, particolare attenzione agli obblighi di tracciabilità dei flussi finanziari derivanti dall'esecuzione del contratto di cui dalla legge n. 136/10, al fine di rafforzare gli strumenti di prevenzione e contrasto alla criminalità organizzata. Questi ultimi si articolano essenzialmente in tre adempimenti principali:

- a) utilizzo di conti correnti bancari o postali dedicati alle commesse pubbliche, anche in via non esclusiva;
- b) effettuazione dei movimenti finanziari relativi alle commesse pubbliche esclusivamente mediante lo strumento del bonifico bancario o postale ovvero attraverso l'utilizzo di altri strumenti di pagamento idonei a consentire la piena tracciabilità delle operazioni;
- c) indicazione negli strumenti di pagamento relativi ad ogni transazione del codice identificativo di gara (CIG) e, ove obbligatorio ai sensi dell'articolo 11 della legge 16 gennaio 2003, n. 3, del codice unico di progetto (CUP).

Il Disciplinare indica gli adempimenti che l'aggiudicatario è tenuto a compiere e le sanzioni in caso di omissioni o di ritardi.

4. Le premesse al Disciplinare tipo

Le premesse al disciplinare forniscono alcune informazioni generali sulla procedura di affidamento e sull'appalto.

In questo paragrafo le stazioni appaltanti riportano le informazioni relative all'atto di indizione, alla piattaforma telematica,

al RUP e forniscono alcuni dati utili a identificare le caratteristiche e l'oggetto della gara (suddivisione in lotti, codici che identificano l'appalto a vari fini, applicabilità dei criteri ambientali minimi).

Le stazioni appaltanti devono indicare i riferimenti dell'atto con cui l'amministrazione ha adottato la decisione di contrarre, Si rammenta che in tale atto l'amministrazione deve anche dare conto di alcune scelte che eventualmente ritenga di adottare: ad esempio, se ritenesse necessario derogare al bando tipo o richiedere, in relazione all'avvalimento o al subappalto, l'esecuzione diretta di alcune prestazioni da parte di un determinato operatore, dovrebbe esplicitarne i motivi nell'atto che esprime la volontà di contrarre. (artt. 83, comma 3; 104 comma 11, 119 comma 2).

Tra le novità del codice vi è l'obbligo di indicare la durata del procedimento di gara, nel rispetto dei termini massimi imposti dalla norma (art, 83 comma 2; 17. comma 3, allegato I.3),

La durata del procedimento decorre dalla data di pubblicazione del bando e comprende, pertanto, il periodo assegnato agli operatori per presentare l'offerta. Di conseguenza le stazioni appaltanti, all'atto di individuare il termine di scadenza per la presentazione delle offerte, dovranno temperare l'esigenza di assegnare un tempo congruo in relazione alla complessità dell'appalto, con la necessità di garantire la definizione della procedura nei termini imposti dalla norma.

La durata da indicare non include il tempo richiesto per la verifica dell'anomalia dell'offerta. L'eventualità che si debba procedere con tale fase comporta una proroga massima di un mese, rispetto al termine inizialmente indicato.

Con riferimento all'indicazione del RUP si evidenzia che il codice ha ridisegnato tale figura. Il codice definisce il RUP non più come responsabile unico del procedimento ma come responsabile unico del progetto, ciò a significare che è la figura responsabile di tutto l'iter che conduce alla conclusione ed esecuzione di un contratto pubblico, iter composto non da un singolo procedimento ma da più fasi e, quindi, da una pluralità di procedimenti. Tenuto conto della complessità di tale iter il codice prevede la possibilità per le stazioni appaltanti di nominare un responsabile specifico per la fase di affidamento. Le stazioni appaltanti che procedano a tale nomina riporteranno i riferimenti di entrambi i soggetti.

Si richiamano le previsioni di all'articolo 57, comma 2, del codice, che sanciscono l'obbligo per le stazioni appaltanti di contribuire al conseguimento degli obiettivi ambientali previsti dal Piano d'azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della pubblica amministrazione (PAN GPP), adottato con decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze e con il Ministro dello sviluppo economico dell'11 aprile 2018, attraverso l'inserimento, nella documentazione progettuale e di gara, almeno delle specifiche tecniche e delle clausole contrattuali contenute nei criteri ambientali minimi adottati con decreto ministeriale. Il medesimo articolo prevede, altresì, che i criteri ambientali minimi, in particolare i criteri premianti, sono tenuti in considerazione anche ai fini della stesura dei documenti di gara per l'applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Sul sito del Ministero dell'Ambiente e della Sicurezza Energetica (all'indirizzo <https://gpp.mite.gov.it/Home/Cam>) sono liberamente consultabili i decreti vigenti per le diverse categorie merceologiche. "Tenuto conto di quanto stabilito dal citato articolo 57 del codice, le stazioni appaltanti, individuato il decreto CAM di riferimento, introducono nella documentazione di gara i criteri ambientali minimi di cui alle sezioni "Specifiche tecniche" e "Clausole contrattuali", definiti, in genere, come criteri di base e tengono in considerazione i "Criteri premianti" tra i criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa. I criteri di cui alla sezione "Selezione dei candidati" (o "Requisiti dei candidati") sono, invece, inseriti a discrezione della stazione appaltante".

In tali fattispecie, si raccomanda l'esigenza di prevedere criteri ambientali coerenti e perfettamente compatibili con la tipologia del servizio richiesto.

5. La piattaforma telematica (articolo 1 Disciplinare)

Le previsioni del bando tipo tengono conto delle nuove previsioni del codice in materia di digitalizzazione dell'intero ciclo di vita dei contratti pubblici e del conseguente obbligo, declinato all'articolo 25, comma 2 e posto in capo alle stazioni appaltanti, di utilizzare le piattaforme di approvvigionamento digitale per svolgere le procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici.

Il bando tipo detta una specifica disciplina in caso di malfunzionamento della piattaforma e individua la dotazione tecnica minima necessaria. A tal proposito, infatti, il codice impone alle stazioni appaltanti e agli enti concedenti, di assicurare la partecipazione alla gara anche in caso di comprovato malfunzionamento, pur se temporaneo, delle piattaforme, anche eventualmente disponendo la sospensione del termine per la ricezione delle offerte per il periodo necessario e la proroga dello stesso per una durata proporzionale alla gravità del malfunzionamento.

Per quanto attiene alle regole tecniche, si fa rimando al provvedimento adottato dall'AgID d'intesa con l'ANAC ai sensi dell'articolo 26, comma 1, del codice con cui sono definiti i requisiti tecnici delle piattaforme e le modalità per la certificazione delle stesse e per la conseguente iscrizione nell'apposito registro tenuto dall'ANAC.

Si evidenzia che, a decorrere dal 1° gennaio 2024, le piattaforme di approvvigionamento digitale dovranno interagire con la Banca dati nazionale dei contratti pubblici, e che mediante le stesse le stazioni appaltanti e gli enti concedenti dovranno:

1. svolgere digitalmente le attività e i procedimenti amministrativi connessi al ciclo di vita dei contratti pubblici;
2. assolvere agli obblighi in materia di pubblicità legale degli atti;
3. assolvere agli obblighi di comunicazione nei confronti dell'ANAC di cui all'articolo 222, comma 9, del codice;
4. assolvere agli obblighi in materia di trasparenza di cui al decreto legislativo n. 33/2013 da adempiere mediante comunicazione alla BDNCP secondo quanto previsto nel provvedimento ex art. 28, co. 4;
5. garantire l'accesso agli atti di cui all'articolo 35 del codice secondo quanto previsto nel provvedimento ex art. 28, co. 4;
6. inserire le notizie utili nel Casellario informatico di cui all'articolo 222, comma 10, del codice;
7. utilizzare il Fascicolo virtuale dell'operatore economico (FVOE) con le modalità individuate nel provvedimento di cui all'articolo 24 del codice.

6. Documentazione di gara, chiarimenti e comunicazioni (articolo 2 Disciplinare)

Il bando tipo individua due diversi regimi relativi alle comunicazioni, uno vigente fino al 31/12/2023 e l'altro applicabile a decorrere dal 1° gennaio 2024, quando acquisiranno efficacia le disposizioni in materia di digitalizzazione, ai sensi dell'articolo 225, comma 2, del codice.

A tal fine, in relazione al primo periodo è lasciata la facoltà alle stazioni appaltanti di prevedere, alternativamente, che le comunicazioni e gli scambi di informazioni siano eseguiti mediante l'utilizzo del domicilio digitale oppure mediante la Piattaforma. Con riferimento alle comunicazioni relative all'attivazione del soccorso istruttorio e del sub-procedimento di anomalia dell'offerta, alla richiesta di offerta migliorativa e allo svolgimento del sorteggio in caso di offerte con pari punteggio, considerato il contenzioso sviluppatosi sul punto, è stata mantenuta la specificazione dette comunicazioni possono essere effettuate o mediante utilizzo del domicilio digitale oppure tramite la Piattaforma.

In relazione al secondo periodo è invece previsto che le comunicazioni e gli scambi di informazioni tra stazione appaltante e operatori economici siano eseguiti in conformità con quanto disposto dal decreto legislativo n. 82/05, tramite le piattaforme di approvvigionamento digitale e, per quanto non previsto dalle stesse, mediante utilizzo del domicilio digitale estratto da uno degli indici di cui agli articoli 6-bis, 6-ter, 6-quater, del decreto legislativo n. 82/05 o, per gli operatori

economici transfrontalieri, attraverso un indirizzo di servizio elettronico di recapito certificato qualificato ai sensi del Regolamento eIDAS.

In caso di malfunzionamento della piattaforma, la stazione appaltante provvederà all'invio di qualsiasi comunicazione al domicilio digitale presente negli indici di cui ai richiamati articoli 6-bis, 6-ter, 6-quater del decreto legislativo n. 82/05.

7. Oggetto dell'appalto e indicazione del CCNL di riferimento.

L'oggetto dell'appalto deve necessariamente essere specificato mediante l'indicazione del Common Procurement Vocabulary (in seguito, CPV) più prossimo al servizio/fornitura da affidare. La corretta indicazione del codice CPV appare particolarmente rilevante anche in relazione alla necessità di individuare il CCNL applicabile ai lavoratori impegnati nell'appalto. A tal fine, si raccomanda alle stazioni appaltanti di seguire le indicazioni fornite con il Comunicato del Presidente del 9 maggio 2023.

Individuazione del CCNL di riferimento

Ai sensi dell'articolo 11, commi 1 e 2, del codice dei contratti pubblici, le stazioni appaltanti indicano nei bandi di gara il contratto collettivo nazionale applicabile al personale dipendente impiegato nell'appalto, individuandolo tra i contratti in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro, stipulato dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e quello il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto svolta dall'impresa anche in maniera prevalente.

L'articolo 57, comma 1 richiede l'applicazione dei CCNL di cui sopra agli affidamenti di contratti di lavori e servizi diversi da quelli aventi natura intellettuale. Sulla base del combinato disposto delle due norme, è stato ritenuto di poter aderire all'interpretazione che vede l'articolo 11 come enunciazione di un principio generale e l'articolo 57 come declinazione pratica di tale principio. È stato quindi ritenuto possibile perimetrare l'applicazione dei principi di cui all'articolo 11 all'ambito oggettivo individuato dall'articolo 57, escludendo i contratti di servizi aventi natura intellettuale. Inoltre, è stato ritenuto opportuno escludere le forniture senza posa in opera. Ciò anche in considerazione della difficoltà, individuare un CCNL di riferimento e dell'applicazione, per i servizi aventi natura intellettuale, del principio dell'equo compenso, come previsto dalla legge n. 49 del 2023. Inoltre, è stato ritenuto che l'articolo 102, nel prevedere che le stazioni appaltanti richiedano all'operatore economico l'assunzione degli impegni ivi previsti, debba essere letto in combinato disposto con l'articolo 57 e, quindi, detta richiesta debba essere limitata ai casi individuati in tale disposizione, con esclusione dei servizi avente natura intellettuale e delle forniture senza posa in opera.

L'Autorità ritiene necessario fornire indicazioni volte ad agevolare l'individuazione del contratto collettivo da indicare nei documenti di gara e lo svolgimento delle valutazioni di competenza in merito all'equivalenza delle tutele economiche e normative nel caso in cui l'operatore economico indichi l'applicazione di un differente contratto. Le indicazioni di seguito riportate sono state elaborate all'esito di un produttivo confronto con il Ministero del Lavoro, l'Ispettorato Nazionale del Lavoro, il CNEL, l'INPS, CGIL, CISL e UIL, nonché sulla base delle osservazioni pervenute in sede di consultazione. È intenzione di continuare l'approfondimento delle questioni sollevate anche al fine di pervenire alla predisposizione di una dichiarazione di equivalenza standard, nella quale la stazione appaltante può indicare gli elementi e i valori da porre a riferimento per garantire le stesse tutele. Ciò permetterebbe anche all'operatore economico di verificare, in sede di presentazione dell'offerta, quali tutele deve garantire e compiere le scelte conseguenti.

Individuazione del CCNL di riferimento

In merito all'individuazione dei CCNL stipulati dalle associazioni comparativamente più rappresentative, si ritiene che la prima operazione da compiere da parte delle SA sia l'individuazione del CCNL più attinente rispetto alle all'oggetto dell'appalto e alle attività da eseguire, anche in maniera prevalente e che gli operatori economici saranno chiamati a svolgere. In conformità a quanto indicato nella Relazione illustrativa al codice, deve ritenersi che "La norma dell'articolo

30, comma 4, ha cambiato il punto di riferimento per la scelta del CCNL applicabile: non più l'attività prevalente esercitata dall'impresa (come si è sempre sostenuto sulla base dell'art. 2070 del cod. civ.), ma le prestazioni strettamente connesse all'oggetto dell'appalto da eseguire".

A tal fine, occorre preventivamente identificare il settore di riferimento dell'attività o delle attività (in caso di suddivisione dell'appalto in più lotti) oggetto dell'appalto attraverso più passaggi. In primo luogo occorre considerare la prima lettera del codice ATECO – quale risultante dalla Struttura della classificazione reperibile sul sito internet istituzionale dell'Istat al link <https://www.istat.it/it/archivio/17888>. A tal proposito, si evidenzia che sono reperibili online tabelle di raffronto tra codice ATECO e codice CPV utilizzabili per correlare correttamente i due dati e che alcune piattaforme di approvvigionamento digitale mettono a disposizione una funzione che consente di individuare quali codici CPV corrispondono ad un certo codice ATECO-NACE e viceversa.

In secondo luogo, si può verificare sull'archivio contratti del CNEL quali sono i contratti collettivi applicabili all'attività oggetto dell'appalto come sopra identificata. Tra questi, ai sensi dell'articolo 11 del codice, vanno selezionati i contratti stipulati dalle organizzazioni comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, tra cui individuare il CCNL da applicare ai lavoratori impiegati nell'appalto o nella concessione. La fonte da prendere a riferimento sono i dati INPS/CNEL che attraverso il sistema del codice alfanumerico presente nei flussi UNIEMENS individua il numero dei lavoratori ai quali un determinato contratto collettivo di lavoro si applica. Questi sono aggiornati a dicembre 2022 ed è presente sul sito del CNEL un file excel consultabile (foglio CCNL vigenti 14 settori). Inoltre, si rappresenta che il CNEL ha recentemente operato un aggiornamento dell'Archivio, introducendo alla pagina <https://www.cnel.it/Archivio-Contratti>, la cartella excel "CCNL – settore privato" contenente il foglio "5. ATECO da 1° a 6° cifra". Tale foglio associa al campo di applicazione di ciascun CCNL i codici ATECO dalla prima alla sesta cifra, consentendo alle stazioni appaltanti la scelta del livello di classificazione ATECO strettamente connesso alle prestazioni oggetto del contratto.

Inoltre, le stazioni appaltanti possono prendere a riferimento anche i settori e sottosectori contrattuali con cui il CNEL classifica i contratti. Il relativo elenco è consultabile nella medesima cartella excel nel foglio "1. Settori e sottosectori". L'estrazione dei CCNL in ciascun settore e sottosectore si effettua per mezzo dei fogli "2. CCNL vigenti 14 settori" e "3. CCNL vigenti 96 sottosectori".

Il foglio "2. CCNL vigenti 14 settori" contiene l'elenco dei CCNL vigenti identificati con il codice CNEL, il titolo del CCNL, le organizzazioni firmatarie, il settore contrattuale, la mansione (CCNL esclusivamente per i dirigenti oppure no).

I settori contrattuali sono 14 e ciascun CCNL è classificato in un solo settore contrattuale sulla base del campo di applicazione.

Il foglio "3. CCNL vigenti 96 sottosectori" contiene l'elenco dei CCNL vigenti identificati con il codice CNEL, il titolo del CCNL, le organizzazioni firmatarie, il settore e il sottosectore contrattuale, la mansione (CCNL esclusivamente per i dirigenti oppure no), la data di primo deposito al Cnel.

I sottosectori contrattuali sono 96. Ciascun CCNL può essere classificato in più sottosectori contrattuali sulla base del campo di applicazione.

Altro suggerimento utile è quello di ricorrere a classificazioni omogenee tra codice CNEL e codice INPS (anche al fine di implementare modelli di verifica dell'incidenza della manodopera, quali il MoCOA utilizzato dall'Istituto previdenziale) e per cui vi sono esplicite norme di rafforzamento a tutela dei lavoratori.

Per quanto concerne l'individuazione delle organizzazioni comparativamente più rappresentative, è possibile fornire elementi utili per condurre tale valutazione. Al riguardo si ricorda che il Ministero del Lavoro, anche sulla base della giurisprudenza consolidata della Corte di Cassazione, con l'interpello n. 27 del 15 dicembre 2015 aveva individuato i seguenti indici sintomatici da tenere in considerazione per l'individuazione delle organizzazioni comparativamente più rappresentative:

- numero complessivo dei lavoratori occupati;
- numero complessivo delle imprese associate;
- diffusione territoriale (numero di sedi presenti sul territorio e ambiti settoriali);
- numero dei contratti collettivi nazionali sottoscritti.

Un ulteriore elemento valido può essere rappresentato dall'esistenza di tabelle del costo del lavoro elaborate dal Ministero del Lavoro e delle politiche sociali, dal momento che tale elaborazione avviene sulla base dei CCNL ritenuti maggiormente rappresentativi in quello specifico settore economico. Un'altra possibile fonte di informazione per le SA, in ordine alle organizzazioni comparativamente più rappresentative, potrebbe essere rappresentata dalla composizione del Consiglio del CNEL che, come è noto, viene periodicamente rinnovato nei suoi componenti all'esito di una attenta valutazione e comparazione dei dati raccolti sulle singole organizzazioni che chiedono di essere inserite in tale organismo. Tale parametro può essere utilizzato congiuntamente agli altri sopra individuati, quale conferma delle valutazioni effettuate, attesa la possibilità che vi siano vertenze in corso in ordine all'assegnazione dei posti nel Consiglio. Altri elementi utilizzabili per le valutazioni di competenza delle stazioni appaltanti possono essere agevolmente tratti dall'Archivio dei contratti del CNEL. In particolare, da tale archivio è possibile ricavare un indice numerico che rileva il numero di lavoratori a cui si applica ogni singolo contratto collettivo. Ciò avviene mediante collegamento tra il codice alfanumerico attribuito dal CNEL ai singoli CCNL e il codice Uniemens attribuito dall'INPS ai lavoratori, all'atto delle iscrizioni contributive. Le risultanze di questo incrocio di informazioni consentono di conoscere il numero di lavoratori cui viene applicato il singolo CCNL e il relativo "peso specifico" - ad esempio, prevalente o meno - in un preciso settore. A tal proposito, si comunica che il CNEL ha manifestato la sua disponibilità nel prestare assistenza alle stazioni appaltanti in merito all'utilizzo delle funzionalità dell'Archivio contratti.

Nei settori in cui sono presenti imprese di diversa natura (ad esempio, artigiani, cooperative, PMI e grandi imprese) con contrattazione separata si può ritenere esistere equivalenza nel caso di utilizzo di CCNL sottoscritti dalle medesime OO.SS. firmatarie, ma organizzazioni datoriali diverse in base alla dimensione o alla natura giuridica delle imprese, purché ovviamente ai lavoratori dell'operatore economico venga applicato il contratto corrispondente alla dimensione o natura giuridica.

L'Autorità, al fine di rendere più agevole le valutazioni di competenza delle stazioni appaltanti, si impegna a mettere a disposizione, nel tempo, attraverso la Banca dati nazionale dei contratti pubblici, le informazioni utili a:

- costruire una correlazione tra CPV e CCNL applicato in relazione ai vari affidamenti, in modo da individuare i contratti più applicati in relazione a ciascun CPV, attraverso l'utilizzo dei dati raccolti dalla BDNCP;
- individuare il contratto applicato dagli operatori che partecipano alle gare connotate da uno specifico CPV.

Utilizzo di un diverso CCNL

Ai sensi dell'articolo 11, commi 3 e 4, del codice dei contratti pubblici, gli OE che applicano un diverso CCNL lo indicano nella loro offerta, purché detto contratto garantisca ai dipendenti le stesse tutele economiche e normative di quello indicato dalla stazione appaltante. In tali casi, prima di procedere all'affidamento o all'aggiudicazione le stazioni appaltanti acquisiscono la dichiarazione con la quale l'operatore economico individuato si impegna ad applicare il CCNL indicato nell'esecuzione delle prestazioni oggetto del contratto per tutta la sua durata, ovvero la dichiarazione di equivalenza delle tutele. In quest'ultimo caso, la dichiarazione è verificata dalla stazione appaltante con le modalità di cui all'articolo 110, sia per la parte economica che normativa.

Ai sensi del comma 5, le stazioni appaltanti assicurano, in tutti i casi, che le medesime tutele normative ed economiche siano garantite ai lavoratori in subappalto. A tal fine, si raccomanda l'utilizzo del MoCOA che consente al committente di verificare il rispetto degli impegni assunti dagli appaltatori all'atto del conferimento dell'appalto in termini di manodopera regolarmente denunciata.

Per garantire l'effettività degli impegni assunti, l'operatore economico si dovrebbe impegnare a dimostrare, in caso di aggiudicazione, il loro rispetto attraverso la messa a disposizione dei dati relativi al trattamento giuridico ed economico dei lavoratori addetti all'affidamento. Ciò potrebbe avvenire, ad esempio, mediante il Documento di Congruità Occupazione Appalto (DoCOA).

Premesso che sono rari i casi in cui due contratti presentano esattamente lo stesso articolato, si ritiene che, la dichiarazione di equivalenza debba dimostrare che il diverso CCNL adottato, al di là del nomen iuris, garantisca tutele equiparabili.

Al riguardo, si ritiene che le stazioni appaltanti possano trarre utili elementi di riferimento dalle indicazioni fornite dall'Ispettorato Nazionale del Lavoro con la Circolare n. 2 del 28/7/2020.

La valutazione deve necessariamente avere ad oggetto sia le tutele economiche che quelle normative in quanto complesso inscindibile. Si suggerisce di effettuare dapprima la valutazione dell'equivalenza economica dei contratti, prendendo a riferimento le componenti fisse della retribuzione globale annua costituite dalle seguenti voci: retribuzione tabellare annuale; indennità di contingenza; Elemento Distinto della Retribuzione – EDR – a cui vanno sommate le eventuali mensilità aggiuntive (tredicesima e quattordicesima), nonché ulteriori indennità previste.

Quanto alla valutazione di equivalenza delle tutele normative sono presi a riferimento i parametri relativi a:

- la disciplina concernente il lavoro supplementare e le clausole elastiche nel part-time;
- la disciplina del lavoro straordinario, con particolare riferimento ai suoi limiti massimi, con l'avvertenza che solo il CCNL leader può individuare ore annuali di straordinario superiori alle 250. Lo stesso non possono fare i CCNL sottoscritti da soggetti privi del requisito della maggiore rappresentatività;
- la disciplina compensativa delle ex festività soppresse, che normalmente avviene attraverso il riconoscimento di permessi individuali;
- la durata del periodo di prova;
- la durata del periodo di preavviso;
- durata del periodo di comporto in caso di malattia e infortunio;
- malattia e infortunio, con particolare riferimento al riconoscimento di un'eventuale integrazione delle relative indennità;
- maternità ed eventuale riconoscimento di un'integrazione della relativa indennità per astensione obbligatoria e facoltativa;
- monte ore di permessi retribuiti;
- bilateralità;
- previdenza integrativa;
- sanità integrativa.

La stazione appaltante può ritenere sussistente l'equivalenza in caso di scostamenti marginali in un numero limitato di parametri. Sul punto, si evidenzia che la richiamata Circolare dell'INL individua un primo elenco di nove istituti sui quali effettuare la verifica di equivalenza dei trattamenti normativi, ritenendo ammissibile lo scostamento limitato ad un solo parametro. Pertanto, considerato che l'elenco su proposto è più ampio, si può ritenere ammissibile, di regola, uno scostamento limitato a soli due parametri.

Si chiarisce che l'articolo 11, del codice richiede la presentazione della dichiarazione di equivalenza all'aggiudicatario prima di procedere all'aggiudicazione. Tuttavia, le stazioni appaltanti sono sempre tenute, ai sensi dell'articolo 110 del codice, ad operare la verifica di congruità dell'offerta. A tal proposito, il comma 4, della disposizione in esame chiarisce che non sono ammesse giustificazioni in relazione a trattamenti salariali minimi inderogabili e agli oneri di sicurezza. Pertanto, gli

operatori economici, già in sede di verifica dell'anomalia, potrebbero essere chiamati a giustificare l'eventuale ribasso offerto sul costo della manodopera e che le relative giustificazioni potrebbero riguardare anche l'applicazione di un contratto collettivo diverso rispetto a quello individuato dalla stazione appaltante. In questo caso, quindi, necessariamente, la valutazione di equivalenza andrebbe anticipata rispetto al momento dell'aggiudicazione. A tal fine, come meglio precisato in seguito, nel disciplinare è stata richiesta la presentazione della dichiarazione di equivalenza nell'offerta tecnica.

8. Importo dell'appalto e suddivisione in lotti (articolo 3 Disciplinare)

La stazione appaltante cura le informazioni generali sull'importo dell'appalto. L'importo posto a base di gara per i servizi/forniture oggetto d'appalto deve essere calcolato per tutta la durata contrattuale, al netto dell'IVA. Nei documenti contrattuali, la stazione appaltante può, in caso di appalto di servizi o di forniture periodiche, specificare la periodicità dei pagamenti/canoni.

Ai sensi dell'articolo 14 del codice, ai fini del calcolo del valore del contratto e dell'eventuale superamento delle soglie, è necessario determinare il valore complessivo dell'appalto come somma dell'importo a base di gara (al netto dell'IVA) e delle eventuali opzioni o rinnovi, trattate all'articolo 3.2 del Disciplinare. In base a tale disposizione, è necessario che le stazioni appaltanti calcolino il valore complessivo dell'appalto sommando all'importo a base di gara gli importi connessi all'eventuale previsione di servizi analoghi e/o di rinnovi.

In presenza dei prezzi di riferimento per servizi e forniture elaborati dall'ANAC in taluni settori, così come previsto dall'articolo 9, comma 7, del decreto legge 24 aprile 2014 n. 66, si richiama l'obbligo di tener conto di tali prezzi, per la programmazione dell'attività contrattuale della pubblica amministrazione. In questo senso è altresì opportuno che la stazione appaltante tenga conto degli stessi nei documenti di gara, come ad esempio nel settore sanitario ai sensi dell'articolo 17 del decreto legge 6 luglio 2011 n. 98. Tali prezzi costituiscono il valore massimo di aggiudicazione, anche per le procedure di gara aggiudicate con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (articolo 9 del decreto legge n. 66/14) e i contratti stipulati in violazione di essi sono nulli. Gli enti non soggetti agli obblighi di cui al richiamato articolo 9 del decreto legge n. 66/14 potranno comunque considerare i prezzi di riferimento come utile parametro nella determinazione dell'importo a base di gara (si veda la Delibera ANAC numero 382 del 08 maggio 2019).

Si ritiene opportuno evidenziare che i prezzi di riferimento sono elaborati alle condizioni di maggiore efficienza di beni e di servizi, pertanto, è possibile che in caso di utilizzo degli stessi per la determinazione dell'importo a base di gara, i ribassi offerti dai concorrenti non abbiano significativi scostamenti sia rispetto al prezzo posto a base di gara sia rispetto alle offerte presentate da ciascun concorrente. In tali casi le stazioni appaltanti potrebbero valutare l'opportunità di diminuire l'importanza dell'elemento prezzo attraverso, ad esempio, la riduzione del peso della componente economica, di utilizzare formule per l'attribuzione del relativo punteggio diverse dall'interpolazione lineare (che, in situazioni quali quella descritte, rischia di premiare eccessivamente piccole variazioni di prezzo) oppure di utilizzare un criterio diverso da quello aggregativo-compensatore.

Con riferimento all'importo dell'appalto, è stato ricompreso nel valore posto a base di gara il costo della manodopera con la precisazione che tale costo non è ribassabile. Ciò in quanto l'articolo 41 comma 14 del codice, se da un lato dispone lo scorporo dei costi della manodopera dall'importo soggetto a ribasso, dall'altro fa salva la possibilità per l'operatore economico di dimostrare che il ribasso complessivo dell'importo deriva da una più efficiente organizzazione aziendale.

Al fine di facilitare le operazioni di valutazione della componente economica dell'offerta, è stato ritenuto più agevole applicare il ribasso ad un importo totale comprensivo dei costi di manodopera ribadendo che questi ultimi non sono soggetti a ribasso. Eventuali riduzioni del costo della manodopera proposto dall'operatore nell'offerta saranno, poi, oggetto di verifica. Ai sensi dell'articolo 110, comma 4, in tale sede non sono ammesse giustificazioni in relazione a trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge e agli oneri di sicurezza di cui

alla normativa vigente. L'operatore economico, quindi, potrà giustificare l'offerta di un costo del personale inferiore rispetto a quello individuato dalla stazione appaltante adducendo come motivazione una migliore organizzazione del lavoro o la possibilità di beneficiare di sgravi fiscali o contributivi.

Il Disciplinare, conformemente all'articolo 58, impone la suddivisione in lotti funzionali, prestazionali o quantitativi per garantire la effettiva partecipazione delle micro, delle piccole e delle medie imprese, anche di prossimità, richiedendo la motivazione della mancata suddivisione in lotti. Come ben esplicitato nella Relazione illustrativa al codice, si chiarisce che il favor per le imprese di prossimità, contenuto nella lettera d) della legge delega ed espresso al comma 1 dell'articolo in esame, va inteso – anche per evitare problemi di compatibilità con il diritto dell'U.E. – come tendenza "di sistema", da valorizzare con riferimento, in special modo, agli appalti sottosoglia.

È stata espressamente prevista l'indicazione dei criteri di natura qualitativa o quantitativa concretamente seguiti nella suddivisione in lotti, avuto riguardo ai parametri indicati dalla norma.

Sono state inserite specifiche clausole per le ipotesi di limitazione dell'aggiudicazione e/o della partecipazione ad un numero massimo di lotti, con richiesta di indicare le ragioni della scelta che, per espressa previsione dell'articolo 58 devono attenersi alle caratteristiche della gara, all'efficienza della prestazione oppure al mercato di riferimento. La limitazione del numero di lotti per cui è possibile partecipare può essere prevista dalla stazione appaltanti soltanto al ricorrere delle condizioni di cui sopra e ove sia previsto un numero elevato di concorrenti attesi, sulla base, ad esempio, dell'esperienza passata.

Tali limiti - se ben calibrati tenendo opportunamente conto del numero, della natura e della dimensione dei lotti, nonché dei potenziali concorrenti per ciascun lotto – possono favorire lo sviluppo della concorrenza, incoraggiando la partecipazione di imprese medio-piccole e più giovani, che avrebbero ridotte possibilità di ottenere l'assegnazione dell'intero appalto.

Nel caso in cui la stazione appaltante intenda ricorrere a tali vincoli, la stessa deve preventivamente indicare il criterio che intende adottare per individuare i lotti ai quali riferire la domanda di partecipazione, qualora il concorrente presenti domanda per un numero di lotti superiore a quello consentito. Si pone, inoltre, il problema di quali lotti assegnare a ciascun concorrente risultato primo in graduatoria su un numero di lotti superiore al limite predeterminato, anche in questo caso la stazione appaltante deve stabilire ex ante il criterio di attribuzione dei lotti ed attenersi ad esso. In entrambi i casi la stazione appaltante potrebbe scegliere, ad esempio, quello del maggiore importo.

Il comma 4 dell'articolo 58 prevede la possibilità di limitare il numero di lotti aggiudicabili a più concorrenti che versino in situazioni di controllo o collegamento ai sensi dell'articolo 2359 del codice.

9. Durata dell'appalto, opzioni e rinnovo (articolo 3 Disciplinare)

Le Stazioni appaltanti, oltre a stabilire la durata del contratto, indicano le opzioni ed i rinnovi che incidono sul medesimo.

Il Disciplinare prevede diverse clausole a recepimento facoltativo, tra cui quella che contempla la facoltà di ricorrere alla cosiddetta "ripetizione di servizi analoghi". Come ricordato dall'Autorità la nozione di «servizi analoghi» non può essere assimilata a quella di «servizi identici», pertanto deve ritenersi che un servizio possa considerarsi analogo a quello posto a gara se rientrante nel medesimo settore imprenditoriale o professionale cui afferisce l'appalto in contestazione (Delibera 5 settembre 2018 n. 758; Sentenza del Consiglio di Stato, Sezione V, 18 dicembre 2017 n. 5944). La facoltà può essere esercitata, mediante attivazione di una procedura negoziata ai sensi dell'articolo 76, comma 6, solo se la stessa sia stata espressamente indicata nel bando di gara e purché il valore previsto per la prestazione dei servizi analoghi sia stato computato ai fini della determinazione del valore globale dell'appalto (cfr. ANAC, delibera del 24 febbraio 2021 n. 175). L'esercizio di tale facoltà postula, inoltre, che il contratto originario non sia ancora scaduto, disciplinando la norma in esame

il caso di affidamenti paralleli e non in sequenza tra di loro. Ciò è reso evidente dal termine entro il quale i servizi analoghi possono essere affidati, ossia entro il triennio decorrente dal momento di stipulazione del contratto iniziale, termine che implica fisiologicamente una concomitanza dei rapporti contrattuali piuttosto che una successione dei medesimi. Ne deriva che, per assicurare un corretto esercizio della facoltà di cui all'articolo 76, comma 6, del codice l'affidamento dei servizi analoghi deve essere disposto entro il termine di scadenza del contratto originario e, comunque, entro il termine di tre anni dalla sottoscrizione del contratto originario.

Carattere facoltativo ha anche la clausola che prevede la possibilità di ricorrere alla cosiddetta "proroga tecnica" di cui all'articolo 120, comma 11, del codice. Quest'ultima costituisce uno strumento di carattere eccezionale e temporaneo, poiché disattende i principi comunitari di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza. Tale facoltà è esercitabile in casi eccezionali, quando risultino oggettivi e insuperabili ritardi nella conclusione della procedura di affidamento, per il tempo strettamente necessario alla conclusione della procedura. Si evidenzia che, rispetto alla disciplina previgente, sono state inserite condizioni più stringenti per l'accesso a tale possibilità, prevedendo che il ricorso alla proroga è consentito soltanto nel caso in cui l'interruzione delle prestazioni possa determinare situazioni di pericolo per persone, animali, cose oppure per l'igiene pubblica oppure un grave danno all'interesse pubblico.

Tale facoltà, quindi, è giustificata dal principio di continuità dell'azione amministrativa nei soli limitati ed eccezionali casi previsti dalla norma in cui (per ragioni obiettivamente non dipendenti dall'Amministrazione) vi sia l'effettiva necessità di assicurare il regolare svolgimento del servizio nelle more del reperimento di un nuovo contraente, per evitare le situazioni di pericolo sopra illustrate. Stante la natura eccezionale della proroga tecnica e le limitazioni alle quali la stessa è assoggettata, le stazioni appaltanti devono adeguatamente programmare le proprie attività, in modo tale da concludere la procedura di scelta di un nuovo contraente in tempo utile rispetto alla scadenza originaria del contratto ed evitare il ricorso alla proroga tecnica.

Rimane, in ogni caso precluso il rinnovo tacito del contratto. La vis espansiva del divieto di cui all'articolo 23 della legge 18 aprile 2005, n. 62 è stata, infatti, rintracciata nella circostanza che tale divieto esprime un principio generale, attuativo di un vincolo comunitario discendente dal Trattato UE che, in quanto tale, opera per la generalità dei contratti pubblici (TAR Lombardia, Brescia, Sezione II, 7 aprile 2015 n. 490). Tuttavia, ad avviso del Consiglio di Stato né l'articolo 23 della legge n. 62/05 (legge comunitaria 2004), né il pregresso articolo 57 decreto legislativo n. 163/06, 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, sia ab origine prevista negli atti di gara e sia esercitata in modo espresso e con adeguata motivazione. Occorre sottolineare che il Consiglio di Stato con il parere n. 855 del 1 aprile 2016 ha chiarito che «In base al diritto europeo il rinnovo del contratto è consentito solo se rimane immutato il suo contenuto (e ciò perché sin ab origine, cioè sin dalla indizione della gara originaria, gli operatori economici devono essere in grado di valutare la convenienza della partecipazione e delle previsioni contrattuali). In altri termini, se vi è la modifica del contenuto del contratto vi è un nuovo contratto: e ciò comporta la necessità di una specifica gara. Non si può dunque prevedere che sia modificato il contratto 'rinnovato': vanno conseguentemente soppressi tutti i richiami alla possibilità di modificare il contenuto del contratto rinnovato)». Si dà atto, tuttavia, che secondo la giurisprudenza il rinnovo può concludersi con l'integrale conferma delle precedenti condizioni o con la modifica di alcune di esse in quanto non più attuali (Tar Campania, Sezione V, 2 aprile 2020 n. 1312; TAR Lazio, 10 settembre 2018 n. 9212), individuando in ciò la differenza con la proroga, che ha invece come solo effetto il differimento del termine finale del rapporto, il quale rimane per il resto regolato dal contratto originario.

Nel bando tipo è stata inserita la clausola di revisione dei prezzi, da attivare qualora, nel corso di esecuzione del contratto, al verificarsi di particolari condizioni di natura oggettiva, si determini una variazione, in aumento o in diminuzione, del costo del servizio o dei beni oggetto del contratto in misura superiore al cinque per cento dell'importo complessivo. È stato specificato che, in tal caso, i prezzi sono aggiornati nella misura dell'ottanta per cento della variazione, in relazione alle prestazioni da eseguire. La stazione appaltante dovrà indicare nel bando di gara quale indice o quale combinazione di indici

tra quelli indicati all'articolo 60, comma 3, lettera b) del Codice intende utilizzare per determinare la variazione dei costi e dei prezzi.

Rispetto alle precedenti versioni del bando tipo e alle indicazioni fornite sul punto dall'Autorità con il Comunicato del Presidente del 23/3/2021, è stata adottata una diversa interpretazione dell'articolo 120, comma 11, del codice, sulla base delle considerazioni offerte nella Relazione illustrativa. In tale documento, infatti, è stata evidenziata la necessità di prevedere il c.d. quinto d'obbligo sin nei documenti di gara iniziali, per rendere la previsione compatibile con le fattispecie di modifica consentite dalla direttiva, con ciò qualificando la fattispecie come ipotesi di modifica. Sulla base di tale indicazione, la fattispecie è stata considerata come esemplificazione delle ipotesi di cui al comma 1, lettera a) dell'articolo 120 ed inserita nel calcolo del valore complessivo dell'appalto.

10. *Soggetti ammessi in forma singola e associata e condizioni di partecipazione (articolo 4 Disciplinare)*

Il Disciplinare contiene il riferimento ai soggetti individuati nel Libro I, Parte del codice. Si rammenta che tale indicazione non è da considerarsi esaustiva in quanto, ai fini dell'ammissione, occorre far riferimento alla nozione di operatore economico, così come individuato dalla giurisprudenza europea e nazionale.

Tra i soggetti indicati è prevista anche la figura dell'aggregazione di imprese di rete; in relazione ad essa sono disciplinate le modalità di partecipazione, che gli operatori economici aderenti al contratto di rete devono osservare, ai fini dell'ammissione alla gara, secondo le indicazioni già fornite dall'Autorità nella Determinazione 23 aprile 2013, n. 3.

Con riferimento alla figura del raggruppamento temporaneo di imprese, appare opportuno rammentare che in generale è consentita la possibilità di costituire raggruppamenti temporanei, anche di tipo sovrabbondante, e che in tal caso l'esclusione dalla gara non potrà mai essere automatica. Quindi, ad essere vietato non è, ex se, il sovradimensionamento del raggruppamento, ma solo l'utilizzo di tale strumento giuridico per finalità anticoncorrenziali (ex multis, Cons. Stato, Sez. VI, n. 5067/2012; TAR Emilia Romagna – Bologna, Sez. II, n. 518/2018; TAR Lazio 1255 del 2/2/2022). Vale, inoltre, ricordare, che la valutazione in ordine all'eventuale sussistenza di profili anticoncorrenziali di un raggruppamento è demandata alla stazione appaltante ed è tesa ad appurare, nel caso concreto, se il raggruppamento sia macroscopicamente anticoncorrenziale e, dunque, in contrasto con il divieto sancito dall'art. 101 TFUE e/o dall'art. 2 della legge n. 287/1990. Qualora la stazione appaltante ravvisi possibili profili anticoncorrenziali nella formazione del raggruppamento sovrabbondante, dovrà valutare la sussistenza di rischi concreti e attuali di collusione delle imprese partecipanti alla gara in raggruppamento, ai sensi del 95, comma 1, lett. c) del codice. A tal fine, dovrà valutare in concreto la situazione di fatto, richiedendo ai concorrenti le relative giustificazioni, che potranno basarsi non solo su elementi legati ad eventuali stati di necessità, in termini di attuale capacità produttiva, ma su ogni altro fattore rientrante nelle libere scelte imprenditoriali degli operatori economici, come l'opportunità ovvero la convenienza di partecipare in raggruppamento alla luce del valore, della dimensione o della tipologia del contratto (si veda la Sentenza del Consiglio di Stato, Sezione VI, 30 giugno 2016 n. 2947). Nell'ambito della valutazione di tali elementi, la stazione appaltante dovrà, quindi, accertare se la formazione del raggruppamento ha avuto per oggetto o per effetto quello di falsare o restringere la concorrenza, e solo in caso di esito positivo potrà essere disposta l'esclusione dalla gara. Si ricorda che eventuali casi dubbi circa le effettive finalità di raggruppamenti di imprese considerati sovrabbondanti potranno sempre costituire oggetto di segnalazione all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (si veda il Vademecum per le stazioni appaltanti. Individuazione di criticità concorrenziali nel settore degli appalti pubblici) o all'ANAC.

Inoltre, si evidenzia che in casi particolari, laddove sia possibile stimare la partecipazione di un numero ridotto di concorrenti in base all'esperienza pregressa o alle caratteristiche del mercato di riferimento, la stazione appaltante potrà valutare l'opportunità di vietare la partecipazione ai raggruppamenti sovrabbondanti, dandone adeguata motivazione nel disciplinare.

11. *Requisiti generali (articolo 5 Disciplinare)*

Le disposizioni contenute nell'articolo rubricato "Requisiti generali" richiamano le cause di esclusione previste dagli articoli 94, 95 e 98 del codice e dalla normativa vigente in tema di divieto a contrarre con la pubblica amministrazione.

Il bando tipo precisa che le stazioni appaltanti utilizzano il FVOE per la verifica dei requisiti generali e speciali, in conformità alle disposizioni del codice in materia di digitalizzazione dell'intero ciclo di vita dei contratti pubblici. Su tale punto, si evidenzia che, fino al 31/12/2023, si applica la delibera n. 464/2022 e le indicazioni fornite con la FAQ A12 consultabile sul sito dell'Autorità, nella sezione dedicata alle FAQ sul FVOE, con conseguente esenzione dall'uso del FVOE, in prima applicazione, per le stazioni appaltanti che utilizzano elenchi di operatori economici.

Si precisa, altresì, che fino al 31/12/2023 dovrà essere utilizzato il PASSOE per procedere all'identificazione dei concorrenti e attivare il FVOE. Al fine di evitare problematiche nella verifica dei requisiti in caso di inversione procedimentale, è consentita l'acquisizione del PASSOE in qualsiasi momento, indipendentemente dalla fase della procedura. Il FVOE diviene accessibile all'esito dell'acquisizione del PASSOE.

La formulazione dell'articolato è volutamente sintetica tenuto conto dell'esistenza del DGUE e del suo specifico richiamo nel Disciplinare nella parte relativa alla Domanda di Partecipazione. Si informa che l'Autorità procederà all'elaborazione di uno schema tipo di domanda di partecipazione, con finalità di standardizzazione e semplificazione che terrà conto delle nuove indicazioni fornite dal Ministero delle Infrastrutture sul DGUE.

Si evidenzia che l'articolo 94, comma 3, prevede che l'esclusione di cui ai commi 1 e 2 è disposta nei confronti "dell'operatore economico ai sensi e nei termini di cui al decreto legislativo n. 231/2001". A tal proposito si chiarisce che ai sensi del citato decreto, i reati sono imputati all'ente (operatore economico) se commessi nel suo interesse o a suo vantaggio dai seguenti soggetti: soggetti in posizione apicale, con funzioni di rappresentanza, direzione, amministrazione, gestione e controllo, anche di fatto, dell'ente (amministratori, direttori generali, liquidatori, socio unico, socio tiranno, amministratore di fatto), o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale (istitutori, direttori di stabilimento o ramo aziendale, responsabili di filiale). Tali soggetti devono essere in concreto investiti di funzioni gestorie e di controllo, il che esclude la rilevanza dei reati posti ad esempio in essere dai revisori, dagli addetti all'internal auditing e sindaci; soggetti sottoposti a direzione o vigilanza dei soggetti apicali (c.d. soggetti sottoposti: dipendenti, collaboratori, agenti, franchisees, concessionari di vendita, ecc.) in quanto non rappresentano l'ente, o comunque le relative scelte non determinano la politica aziendale, essendo esse stesse espressione ed attuazione di decisioni prese da un gruppo di comando dal quale sono esclusi.

Tra le condizioni ostative alla partecipazione, oggetto poi di specifica dichiarazione da parte dei concorrenti, è incluso anche il divieto *ope legis* di cui all'articolo 53, comma 16-ter, del decreto legislativo, n. 165/01, introdotto dall'articolo 1, comma 42, lettera l), della legge 6 novembre 2012, n. 190 (si veda sul punto anche il paragrafo sulle prescrizioni per la prevenzione dell'illegalità e della corruzione). Per i servizi o forniture rientranti in una delle attività a maggior rischio di infiltrazione mafiosa di cui al comma 53, dell'articolo 1, della legge 6 novembre 2012, n. 190 costituisce causa ostativa alla partecipazione la mancata iscrizione nell'elenco dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori non soggetti a tentativo di infiltrazione mafiosa (cosiddetta white list) istituita presso la Prefettura della Provincia in cui l'operatore economico ha la propria sede ovvero, secondo l'indicazione fornita dalla circolare del Ministero dell'Interno protocollo n. 25954 del 23 marzo 2016 e decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 18 aprile 2013 come aggiornato dal decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 24 novembre 2016). In altri termini, come già sottolineato, l'iscrizione nelle white list rientra tra i requisiti soggettivi e la sua carenza determina l'incapacità di contrarre con la pubblica amministrazione (ANAC, delibera 29 maggio 2019, n. 48). Sul punto l'Autorità ha chiarito che la mancata allegazione in sede di presentazione dell'offerta dell'iscrizione in parola, richiesta dal bando di gara e, comunque, debitamente menzionata nel DGUE firmato

digitalmente, non determina l'esclusione automatica del concorrente, ma impone la preventiva attivazione del soccorso istruttorio ((ANAC, delibera 4 settembre 2019, n. 763).

Si richiama l'attenzione sulle indicazioni fornite con il Comunicato del Presidente del 27/1/2023, secondo cui l'iscrizione alla white list deve essere posseduta soltanto dal soggetto che effettivamente svolgerà la prestazione rientrante nell'elenco di quelle a rischio infiltrazione: potrà essere l'appaltatore, un'impresa del raggruppamento temporaneo verticale, il subappaltatore o il subaffidatario.

Il Disciplinare riporta, la causa di esclusione prevista dall'articolo 3, comma 7, del decreto legge n. 76/2020 convertito in legge n. 120/2020, secondo cui «il mancato rispetto dei protocolli di legalità costituisce causa di esclusione dalla gara o di risoluzione del contratto».

Il Disciplinare, in relazione alle procedure afferenti gli investimenti pubblici finanziati, in tutto o in parte, con le risorse previste dal Regolamento (UE) 2021/240 del Parlamento europeo e del Consiglio del 10 febbraio 2021 e dal Regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021 (PNRR), dal Piano nazionale per gli investimenti complementari al PNRR, di cui all'articolo 1 del decreto-legge 6 maggio 2021, n. 59 (PNC), riporta gli obblighi previsti dall'articolo 47 del decreto legge n. 77/21.

Sulla base delle previsioni dell'articolo 61 del codice e dell'allegato II.3, tali indicazioni sono state estese anche agli affidamenti riservati ai soggetti di cui al comma 1 dell'articolo citato. Si evidenzia che in merito all'interpretazione di tali disposizioni, l'Autorità ha inoltrato una richiesta di parere agli organi chiamati ad adottare le linee guida attuative ai sensi dell'articolo 1, comma 8, dell'allegato II.3, segnalando alcune criticità applicative.

Si segnala, infine, che alcune criticità sono emerse anche in relazione ai mezzi di prova dei gravi illeciti professionali di cui all'articolo 98, comma 6, lettere g) ed f) e alla rilevanza ostativa delle sentenze di patteggiamento riferite ai reati di cui agli articoli 94 e 98. In particolare, è emerso un difetto di coordinamento tra le cause ostative previste all'articolo 98, comma 3, lettere g) e h) e i relativi mezzi di prova individuati al comma 6, lettere g) e h) del medesimo articolo. Inoltre, è emerso un difetto di coordinamento tra l'articolo 445, comma 1-bis, del codice di procedura penale e le previsioni del codice in materia di rilevanza ostativa della sentenza di patteggiamento. La disposizione su richiamata, infatti, prevede l'equiparazione della sentenza di patteggiamento alla sentenza di condanna nel caso in cui siano previste pene accessorie, mentre il codice prevede la rilevanza, in ogni caso, di detta sentenza come grave illecito professionale, nel caso in cui sia non irrevocabile, mentre ne esclude la rilevanza, sempre in ogni caso, nell'ipotesi di sentenza irrevocabile.

Nel bando tipo sono inserite le ipotesi di self cleaning differenziando i casi in cui l'illecito professionale si sia configurato prima o dopo rispetto alla presentazione della domanda di partecipazione.

12. *Requisiti speciali e mezzi di prova (articolo 6 Disciplinare)*

Il Disciplinare contiene indicazioni in ordine ai requisiti speciali di partecipazione alla gara e alle modalità con cui gli stessi possono essere richiesti e comprovati. Si è tenuto conto della previsione contenuta nell'articolo 100, comma 12, secondo cui, salvo quanto previsto dall'articolo 102 o da leggi speciali, le stazioni appaltanti richiedono esclusivamente i requisiti di partecipazione previsti nel medesimo articolo 100. In conformità a tale previsione è stata quindi prevista la possibilità di richiedere esclusivamente l'iscrizione alla Camera di Commercio, un fatturato globale non superiore al doppio del valore stimato dell'appalto, maturato nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara e i servizi analoghi maturati nel medesimo periodo.

Con riferimento ai servizi analoghi si raccomanda la necessità di richiedere servizi proporzionati al valore dell'appalto e assimilabili alle prestazioni richieste sia nell'oggetto che nell'importo. Si chiarisce che le indicazioni contenute nel Disciplinare rivestono natura meramente esemplificativa e pertanto resta ferma la discrezionalità delle Stazioni appaltanti nella declinazione del requisito anche in ragione dello specifico settore merceologico di riferimento.

In relazione ai mezzi di prova, si evidenzia che sono stati indicati i bilanci approvati alla data di scadenza del termine di presentazione dell'offerta. Ciò al fine di considerare il disallineamento temporale esistente tra l'anno di solare di riferimento e il termine fissato per l'approvazione del bilancio ad esso riferito. In tal modo, fermo restando la necessità di far riferimento al triennio precedente la data di pubblicazione del bando, l'operatore economico potrà comprovare il requisito anche presentando un bilancio che sia stato approvato successivamente alla data di pubblicazione del bando.

Il codice ha riformulato le disposizioni sulla partecipazione dei raggruppamenti temporanei di concorrenti in conformità alle statuizioni della sentenza della Corte di Giustizia 28/4/2022, resa nella Causa C-642/2020. In tale ottica, sono state formulate le opportune clausole volte a specificare le modalità di dimostrazione dei requisiti generali e speciali ad opera dei raggruppamenti temporanei e dei consorzi. In particolare, è stata inserita la clausola che consente alle stazioni appaltanti di richiedere ai raggruppamenti condizioni per l'esecuzione diverse da quelle imposte ai singoli partecipanti purché siano proporzionate e giustificate da ragioni oggettive.

In relazione alla disciplina sulla partecipazione e sulla dimostrazione dei requisiti da parte dei consorzi, sono emersi alcuni dubbi interpretativi. In particolare, con riferimento ad alcune previsioni, il codice sembra introdurre un regime parzialmente differenziato per i consorzi stabili e i consorzi di cooperative e artigiani e sembra introdurre un regime più restrittivo in materia di dimostrazione dei requisiti. Ci si riferisce, in particolare, all'obbligo di indicare le consorziate per le quali il consorzio partecipa alla gara, anche in caso di "consorzio a cascata" (limitato ai soli consorzi stabili) e al regime delle cause di esclusione previsto dall'articolo 97, comma 3 (escluso per i consorzi artigiani) e, ancora, alla previsione della possibilità di cumulare i requisiti delle consorziate in capo al consorzio solo con riferimento ai mezzi.

Tuttavia, dalla lettura della relazione illustrativa, è emersa la volontà del legislatore di confermare gli arresti della giurisprudenza in materia e di semplificare le indicazioni normative, eliminando le previsioni che possono considerarsi sottintese in quanto ricavabili dalla disciplina specifica di tali organismi.

Le clausole del bando tipo sono state quindi elaborate tenendo conto di tali considerazioni, con la finalità di esplicitare chiaramente la disciplina applicabile ai consorzi. A tal fine, è stato previsto, sia per i consorzi stabili che per i consorzi di cooperative e artigiani, l'obbligo di indicare per quali consorziate il consorzio concorre. Tale previsione è giustificata dalla necessità di mettere le stazioni appaltanti in condizione di verificare il possesso dei requisiti generali in capo alle imprese esecutrici, scongiurando la possibilità che l'aggregazione di imprese sia utilizzata come strumento per eludere l'applicazione delle cause di esclusione a carico dei singoli partecipanti. Le indicazioni fornite valgono anche nell'ipotesi di "consorzio a cascata" cioè nel caso in cui un consorzio indichi, quale impresa esecutrice, un altro consorzio. Anche in questo caso, il consorzio indicato come esecutore dovrà individuare le imprese che saranno chiamate ad eseguire le prestazioni oggetto dell'appalto.

Nella stessa ottica, è stata estesa a tutti i consorzi, la possibilità prevista dall'articolo 97, comma 3, che consente agli stessi di evitare l'esclusione dalla gara al verificarsi di particolari condizioni.

Con riferimento ai consorzi di cooperative e ai consorzi di imprese artigiane, si evidenzia che l'articolo 67, comma 5, prevede la possibilità di cumulo dei "mezzi" nella disponibilità delle consorziate che li costituiscono. Al riguardo, la norma sembra adottare una formulazione testuale più restrittiva rispetto alla corrispondente previsione recata dall'articolo 47 del decreto legislativo n. 50/2016. Tale ultima previsione faceva riferimento, infatti, alla possibilità di cumulare i requisiti riferiti alla disponibilità delle "attrezzature e dei mezzi d'opera, nonché all'organico medio annuo". Sul punto, anche in questo caso con il conforto della Relazione illustrativa, l'Autorità ha ritenuto di poter accedere ad una definizione ampia di "mezzi" che ricomprenda, oltre ai mezzi d'opera, anche le attrezzature e l'organico medio. Diversamente opinando, infatti, si comprometterebbe ingiustificatamente la finalità mutualistica del consorzio, senza peraltro che di tale volontà sia fatta menzione alcuna nella Relazione illustrativa che, invece, al contrario richiama sul punto l'orientamento giurisprudenziale affermatosi in vigenza del vecchio codice. A sostegno di tale ricostruzione, si evidenzia che la norma fa riferimento al generico concetto di mezzi, senza riprendere la locuzione utilizzata nella precedente norma che si riferiva ai mezzi d'opera. Può quindi ragionevolmente concludersi per la possibilità di cumulare in capo al consorzio le attrezzature, i mezzi d'opera

e l'organico medio annuo, con obbligo per i consorzi di cui all'articolo 65, lettere c) e d) di possedere in proprio gli altri requisiti, quali ad esempio, i requisiti di idoneità professionale.

Sempre con riferimento ai consorzi, nel bando tipo sono state chiarite le modalità per la dimostrazione del requisito della certificazione di qualità per il conseguimento della riduzione della garanzia provvisoria. Dette modalità devono considerarsi valide in via generale, nel caso in cui, compatibilmente con la previsione dell'articolo 100, comma 12, siano richieste agli operatori economici il possesso di attestazioni o certificazioni previste da leggi speciali.

13. *Avvalimento (articolo 7 Disciplinare)*

Ai sensi dell'articolo 104 del codice l'operatore economico, singolo o associato può avvalersi di dotazioni tecniche e risorse umane e strumentali messe a disposizione da una o più imprese ausiliarie per dimostrare il possesso dei requisiti richiesti per partecipare ad una procedura di affidamento.

Rispetto alla precedente disciplina, il comma 3 della disposizione in esame consente l'avvalimento delle autorizzazioni e dei titoli abilitativi, dei titoli di studio e professionali necessari per l'esecuzione dell'appalto (ad eccezione del requisito relativo all'iscrizione nell'Albo dei gestori ambientali) a condizione che le correlate prestazioni siano svolte direttamente dall'impresa ausiliaria che agisce in qualità di subappaltatrice.

L'avvalimento può essere prestato per dimostrare un requisito di partecipazione, per migliorare l'offerta oppure per entrambe le finalità.

Si richiama l'attenzione delle stazioni appaltanti sulla previsione di cui al comma 12 dell'articolo 104, a mente del quale è vietata la partecipazione alla stessa gara dell'impresa ausiliaria e dell'impresa ausiliata, pena l'esclusione di entrambe, nel solo caso di avvalimento premiale.

Il Codice non disciplina le condizioni per ricorrere all'avvalimento delle certificazioni di qualità. Conformemente alla giurisprudenza amministrativa il Disciplinare prevede simile avvalimento a condizione che la misura dell'impegno concreto assunto dall'ausiliaria si estenda a comprendere l'organizzazione che ha espresso la certificazione, con la conseguenza che l'impresa ausiliaria deve assumere l'obbligazione di mettere a disposizione dell'impresa ausiliata, in relazione all'esecuzione dell'appalto, l'intera organizzazione aziendale, comprensiva di tutti i fattori di produzione e di tutte le risorse, che, complessivamente considerata, giustifica l'attribuzione del requisito (Sentenze Consiglio di Stato, Sezione V, sentenza 27 luglio 2017, n. 3710; Consiglio di Stato, Sezione V, 23 febbraio 2017, n. 852; Consiglio di Stato, Sezione V, 12 maggio 2017, n. 2225, con considerazioni riferite al prestito dell'attestazione S.O.A., che valgono a maggior ragione per il prestito della certificazione di qualità).

Circa i requisiti di capacità economico-finanziaria correlati all'esperienza, alla pratica e alla maturità professionale dell'operatore economico occorre tenere presente che essi vanno intesi quale espressione della capacità tecnica e professionale del concorrente in quanto rappresentano di fatto la sua esperienza nel settore dell'appalto, all'infuori del fatturato globale che, invece, è espressione della solidità economico-finanziaria del concorrente. Conseguentemente l'avvalimento di tali specifici requisiti va inquadrato nell'ambito del cosiddetto "avvalimento tecnico o operativo", il che comporta la necessità da parte dell'ausiliaria di una concreta e adeguata messa a disposizione di risorse determinate affinché il suo impegno possa ritenersi effettivo (Consiglio di Stato, Sezione V, 16 giugno 2021, n. 4651, e 12 febbraio 2020, n. 1120), con l'indicazione precisa nel contratto di avvalimento dei mezzi aziendali messi a disposizione dell'ausiliata per eseguire l'appalto (Consiglio di Stato, Sezione IV, 7 ottobre 2021 n. 6711).

Si rammenta che il comma 9 dell'articolo in esame obbliga la stazione appaltante ad effettuare verifiche sostanziali in corso di esecuzione al fine di accertare l'effettivo possesso dei requisiti e delle risorse oggetto di avvalimento in capo all'ausiliaria e l'effettivo impiego delle risorse nell'esecuzione dell'appalto, imponendo al RUP di accertare che le prestazioni oggetto

dell'appalto siano eseguite direttamente dalle risorse umane dell'impresa ausiliaria e con impiego dei mezzi oggetto di avvalimento.

Per quanto concerne il cosiddetto avvalimento di garanzia, si evidenzia che, come ben chiarito dal TAR Toscana, Sez. II, 19/12/2022, n. 1463, "ricorre l'avvalimento di garanzia laddove l'ausiliaria mette a disposizione dell'ausiliata la sua solidità economica e finanziaria, fungendo da garante nei confronti della stazione appaltante in ordine alle sue capacità di fare fronte agli impegni economici conseguenti al contratto d'appalto, anche in caso di inadempimento. In tale ipotesi, l'avvalimento ha ad oggetto, in particolare, il fatturato. L'avvalimento, invece, è qualificabile come operativo quando l'ausiliaria si impegna a mettere a disposizione dell'ausiliata le risorse tecnico-organizzative indispensabili per l'esecuzione del contratto di appalto, avendo così ad oggetto i requisiti di capacità tecnica e professionale" (C.d.S. V, 14 gennaio 2022 n. 257). La linea di confine tra i due fenomeni può essere individuata nel seguente discrimine. L'avvalimento di garanzia può essere utilizzato per dimostrare che l'impresa concorrente presenti sufficiente "spessore" sotto il profilo economico, finanziario o tecnico. Per la comprova di tali requisiti occorre quindi guardare al passato dell'impresa ausiliaria, indagando sulla sua solidità finanziaria e sulla relativa capacità tecnica (requisiti di fatturato o di esperienza, ad esempio, aver svolto determinati servizi/forniture in passato e quindi avere un determinato posizionamento sul mercato). L'avvalimento operativo, invece, può essere utilizzato per comprovare il possesso di determinate risorse richieste per l'esecuzione dell'appalto, per la cui dimostrazione occorre guardare al futuro, indagando sulla capacità del concorrente di dare attuazione al programma negoziale e quindi sul possesso di adeguate risorse umane e strumentali.

Da ciò deriva che, per l'avvalimento di garanzia, al fine della validità del relativo contratto, è sufficiente che dallo stesso emerga l'impegno dell'impresa ausiliaria a mettere a disposizione il suo valore aggiunto in termini di solidità, senza che la dichiarazione negoziale costitutiva dell'impegno contrattuale si riferisca a specifici beni patrimoniali, essendo invece sufficiente che da essa emerga l'impegno contrattuale a prestare e a mettere a disposizione dell'ausiliata la complessiva solidità finanziaria e il patrimonio esperienziale (C.d.S. V, 2 settembre 2019 n. 6066). È stato infatti statuito che "l'avvalimento di garanzia non richiede di essere riferito a beni capitali descritti e individuati con precisione, mirando esclusivamente ad asseverare (mediante il formale impegno dell'ausiliaria di messa a disposizione della propria solidità finanziaria e professionale) la generale capacità dell'offerente di onorare gli obblighi contrattuali, di contro quello operativo impone l'individuazione specifica dei mezzi, giacché concerne (recte, condiziona) la stessa esecuzione della prestazione" (C.d.S. IV, 7 ottobre 2021 n. 6711). La stazione appaltante, in tal caso, dovrà verificare, in capo all'impresa ausiliaria, a seconda della declinazione del relativo impegno, il possesso dei requisiti di solidità economico-finanziaria e/o dei requisiti di esperienza e capacità tecnica (posizionamento sul mercato) e valutarne l'idoneità nel caso concreto.

Nel disciplinare sono indicati i documenti che devono essere presentati dal concorrente che intende utilizzare l'istituto in esame: la dichiarazione di avvalimento e il contratto di avvalimento. È stato specificato che il contratto di avvalimento deve essere nativo digitale e firmato digitalmente dalle parti.

Sono state fornite indicazioni anche in materia di soccorso istruttorio, specificando che sono sanabili la mancata produzione delle dichiarazioni dell'ausiliario e la mancata produzione del contratto di avvalimento a condizione che lo stesso sia stato stipulato prima del termine di presentazione dell'offerta e che tale circostanza sia comprovabile con data certa.

La mancata indicazione delle risorse messe a disposizione dell'ausiliaria è causa di nullità del contratto di avvalimento. Tale carenza, quindi, non è sanabile mediante soccorso istruttorio.

Nel disciplinare è stato specificato che, nel caso di avvalimento migliorativo, il contratto di avvalimento e la dichiarazione dell'impresa ausiliaria devono essere allegati nell'offerta tecnica, al fine di evitare l'anticipazione di elementi dell'offerta nella domanda.

14. Subappalto (articolo 8 Disciplinare)

Con riferimento al subappalto, nel disciplinare sono state inserite le clausole utili alle stazioni appaltanti per operare le scelte facoltative consentite dalla norma. In particolare, è stato precisato che non può essere affidata in subappalto l'integrale esecuzione del contratto ed è stato evidenziato l'obbligo di riservare all'affidatario la prevalente esecuzione del contratto nel caso di servizi ad alta intensità di manodopera. Inoltre, è stata specificata la possibilità di riservare, previa motivazione nella decisione a contrarre, una o più prestazioni all'affidatario in ragione delle caratteristiche delle prestazioni oggetto dell'appalto, dell'esigenza di garantire una più intensa tutela delle condizioni di lavoro e della salute e sicurezza sul lavoro ovvero di prevenire il rischio di infiltrazioni mafiose ed è stata evidenziata l'esigenza di indicare le prestazioni che devono essere eseguite direttamente dall'affidatario e gli obiettivi che si intendono perseguire con tale scelta.

È stata prevista, altresì, la clausola facoltativa che consente il divieto di subappalto a cascata con riferimento a determinate prestazioni, indicando le specifiche ragioni tra quelle previste dalla norma.

15. Clausola sociale e altre condizioni di partecipazione

In conformità all'articolo 57 del Codice, la stazione appaltante, per gli affidamenti di servizi diversi da quelli aventi natura intellettuale e per quelli aventi ad oggetto forniture senza posa in opera, è tenuta ad inserire nel bando di gara specifiche clausole sociali con le quali sono richieste, come requisiti necessari dell'offerta, misure orientate, tra l'altro a garantire le pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate, la stabilità occupazionale del personale impiegato, nonché l'applicazione dei contratti collettivi nazionali e territoriali di settore. Con riferimento ai CCNL la norma prevede che la stazione appaltante tenga conto dei contratti stipulati dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e di quelli il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente, nonché a garantire le stesse tutele economiche e normative per i lavoratori in subappalto rispetto ai dipendenti dell'appaltatore e contro il lavoro irregolare. Sull'argomento, si rinvia alle indicazioni contenute al punto 7.

Si evidenzia che le clausole sociali vanno formulate nel rispetto dei principi dell'Unione europea e, in particolare, i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità, tenuto conto della tipologia di intervento. Le stesse sono utilizzate, in particolare, per gli affidamenti relativi al settore dei beni culturali e del paesaggio. La previsione normativa lascia ampio margine di discrezionalità alle stazioni appaltanti in merito all'individuazione delle misure da adottare per realizzare le pari opportunità e l'inclusione lavorativa delle persone svantaggiate, individuando gli elementi da tenere presenti per effettuare le specifiche scelte nel caso concreto (la tipologia di prestazioni) e indicando, quale ambito di elezione per l'applicazione di tali misure, il settore dei beni culturali e del paesaggio.

In attuazione dell'articolo 57, l'articolo 108, comma 7, del codice, impone alle stazioni appaltanti di prevedere nei bandi di gara criteri premiali che attribuiscono un maggior punteggio alle imprese in possesso della certificazione sulla parità di genere. Inoltre, parallelamente, l'articolo 102 del codice, per quanto qui di interesse, prevede che le stazioni appaltanti richiedono agli operatori economici di assumere l'impegno di garantire le pari opportunità generazionali e di genere e l'inclusione lavorativa dei soggetti disabili o svantaggiati. Per le argomentazioni già esposte, la previsione non si applica ai servizi aventi natura intellettuale e alle forniture senza posa in opera.

Oltre a tali disposizioni, il legislatore ha inserito nel codice l'ulteriore previsione di cui all'articolo 61, comma 2. Detta norma ripropone il portato dell'articolo 57 prevedendo l'obbligo delle stazioni appaltanti di inserire nei bandi di gara - questa volta come requisiti necessari o come ulteriori requisiti premiali dell'offerta - meccanismi e strumenti idonei a realizzare le pari opportunità e l'inclusione lavorativa dei soggetti svantaggiati. La norma è stata inserita nell'ambito dell'articolo 61 che disciplina i contratti riservati agli operatori economici che siano stati costituiti oppure che operino al fine di favorire l'inclusione lavorativa dei soggetti disabili o svantaggiati.

Il comma 4 del medesimo articolo demanda all'Allegato II.3 la previsione dei meccanismi e degli strumenti premiali di cui sopra. Detto allegato è stato predisposto mediante trasposizione dell'articolo 47 del decreto legge n. 77/2021, che era

riferito esclusivamente ai contratti PNRR e PNC. Per tale motivo, le relative previsioni appaiono non perfettamente coordinate con le disposizioni del codice. Ed invero, l'articolo 1, comma 4, del suddetto Allegato impone alle stazioni appaltanti di prevedere nei bandi di gara specifiche clausole dirette all'inserimento, come requisiti necessari e come ulteriori requisiti premiali dell'offerta (quindi in via cumulativa anziché alternativa), di criteri orientati a promuovere l'imprenditoria giovanile, l'inclusione lavorativa dei disabili e la parità di genere e generazionale, l'assunzione di giovani con età inferiore a trentasei anni e di donne. Inoltre, la norma individua, come requisiti necessari dell'offerta, l'aver assolto agli obblighi di cui alla legge n. 68/99 e l'assunzione dell'obbligo di assicurare, in caso di aggiudicazione del contratto, una quota pari ad almeno il 30 per cento delle assunzioni necessarie per l'esecuzione del contratto sia all'occupazione giovanile, sia all'occupazione femminile.

Il quadro normativo così delineato sembra porre problemi di coordinamento e di compatibilità tra le diverse disposizioni volte a favorire le pari opportunità e l'inclusione lavorativa dei soggetti svantaggiati, con il rischio di pregiudicarne la corretta e proficua applicazione.

Per tali ragioni, l'Autorità ha segnalato la problematica ai competenti organi, chiedendo un intervento chiarificatore in materia.

16. Garanzia provvisoria (articolo 10 Disciplinare)

La clausola "Garanzia provvisoria", riporta le modalità di presentazione delle garanzie a corredo delle offerte con particolare riguardo alla forma e al contenuto della cauzione provvisoria.

In primo luogo si evidenzia che, per espressa previsione del primo comma dell'articolo 106, la cauzione deve essere calcolata sull'importo complessivo della procedura.

Inoltre, si richiama l'attenzione delle stazioni appaltanti sulla necessità di tener conto di due diversi regimi temporali, in conseguenza del differimento di efficacia dell'articolo 106, comma 3, ultimo periodo disposta dall'articolo 225, comma 2, del codice. Per l'effetto, nel disciplinare, è stato previsto che, a decorrere dal 1° gennaio 2024, le garanzie fideiussorie devono essere emesse e firmate digitalmente da un soggetto in possesso dei poteri necessari per impegnare il garante e sono indicate le modalità che devono essere seguite per prestare la garanzia, distinguendo tra il caso in cui la stazione appaltante sia abilitata ad effettuare le verifiche di veridicità sulle garanzie fideiussorie gestite tramite ricorso a piattaforme operanti con tecnologie basate su registri distribuiti ai sensi dell'articolo 8-ter, comma 1, del decreto-legge 14 dicembre 2018, n. 135, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 febbraio 2019, n. 12, e il caso in cui tale abilitazione non sussista. Nella prima ipotesi, è stato previsto che l'operatore economico possa, alternativamente, presentare una garanzia fideiussoria gestita mediante ricorso a una delle piattaforme cui la stazione appaltante è abilitata (da indicare nel bando di gara) oppure presentare una garanzia fideiussoria verificabile telematicamente presso l'emittente. In tal caso, l'operatore economico dovrà indicare, nella domanda di partecipazione, il sito internet presso il quale è possibile verificare la garanzia.

Nel caso, invece, in cui la stazione appaltante non sia abilitata ad effettuare verifiche di veridicità sulle garanzie fideiussorie gestite tramite piattaforme telematiche, l'unica opzione consentita consiste nella presentazione, da parte dell'operatore economico, di una garanzia fideiussoria verificabile telematicamente presso l'emittente, indicando nella domanda il sito internet presso il quale è possibile verificare la garanzia.

Nel disciplinare, sono state inoltre indicate diverse opzioni per la presentazione della garanzia per il caso in cui l'operatore economico partecipi a più lotti, prevedendo che lo stesso, a sua scelta, possa decidere alternativamente di prestare tante garanzie distinte e autonome quanti sono i lotti cui si intende partecipare oppure prestare un'unica garanzia di importo pari alla somma degli importi stabiliti per i lotti cui intende partecipare. In quest'ultimo caso, nella garanzia dovranno essere indicati espressamente i singoli lotti per i quali la stessa viene prestata, nonché gli importi di dettaglio delle singole cauzioni riferite a ciascun lotto.

In alternativa, è stata prevista la facoltà, per la stazione appaltante, di scegliere una sola delle due opzioni suindicate, al fine di tener conto di esigenze particolari legate alla natura delle prestazioni.

Con riferimento alla cauzione provvisoria prestata in forma di fideiussione, l'articolo 106, comma 5, del Codice prevede che la garanzia debba avere validità per almeno 180 giorni dalla data di presentazione dell'offerta. La medesima norma lascia poi alla stazione appaltante la possibilità di richiedere una garanzia con termine di validità maggiore o minore in relazione alla durata presumibile del procedimento. È fatta salva, in ogni caso, in conformità con quanto disposto dal citato articolo 93 del Codice, la facoltà delle stazioni appaltanti di stabilire un termine diverso, ovvero di prevedere che l'offerta sia corredata dall'impegno del garante a rinnovare la garanzia qualora, alla scadenza, non sia ancora intervenuta l'aggiudicazione.

Nel disciplinare sono state conservate le indicazioni volte ad evitare il rilascio di garanzie da parte di intermediari non abilitati, da prendere in considerazione soprattutto nelle more della completa digitalizzazione della procedura di rilascio.

Per la riduzione dell'importo della garanzia provvisoria, il Disciplinare rinvia all'articolo 106, comma 8, del Codice, richiamando le singole ipotesi di riduzione. Tra queste, è stata inserita la riduzione del 10 per cento per il caso di presentazione di fideiussione gestita tramite piattaforme.

Si richiama l'attenzione delle stazioni appaltanti sulla formulazione dell'articolo 106, comma 6, del codice, secondo cui la garanzia copre la mancata aggiudicazione dopo la proposta di aggiudicazione e la mancata sottoscrizione del contratto imputabili a ogni fatto riconducibile all'affidatario. Dalle Relazione illustrativa al codice risulta come tale formulazione sia stata adottata al fine di adeguarla alla decisione dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 7/2022, secondo cui «il comma 6 dell'art. 93 d.lgs. 50/2016 – nel prevedere che la “garanzia provvisoria” a corredo dell'offerta copre la mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione dovuta ad ogni fatto riconducibile all'affidatario – delinea un sistema di garanzie che si riferisce al solo periodo compreso tra l'aggiudicazione ed il contratto e non anche al periodo compreso tra la “proposta di aggiudicazione” e l'aggiudicazione». Da tali considerazioni emerge quindi che la garanzia può essere escussa soltanto per fatti riconducibili all'aggiudicatario posti in essere dopo la proposta di aggiudicazione.

Con riferimento alla soccorribilità della garanzia, l'articolo 101, comma 1, lettera a), del codice, prevede espressamente che la mancata presentazione della garanzia provvisoria è sanabile mediante documenti aventi data certa anteriore al termine fissato per la presentazione delle offerte. È onere dell'operatore economico dimostrare la data certa anteriore (ad esempio in caso di documento digitale mediante marcatura temporale apposta allo stesso). Con riferimento alla possibilità di ricorrere al soccorso istruttorio per sanare irregolarità derivanti dalla presentazione di una garanzia di importo insufficiente, si richiama il parere di precontenzioso reso con Delibera n. 43 del 2/2/2022 che ammette tale possibilità nel caso in cui la garanzia originaria sia stata costituita antecedentemente rispetto al termine di scadenza delle offerte.

Si ricorda, infine, che l'incameramento è conseguenza automatica del provvedimento di esclusione, e, come tale, non suscettibile di valutazioni discrezionali da parte dell'amministrazione in relazione ai singoli casi concreti: in particolare, è insensibile ad eventuali valutazioni volte ad evidenziare la non imputabilità a colpa della violazione che abbia dato causa all'esclusione (Consiglio di Stato, Sezione V, 6 aprile 2020 n. 2264; Consiglio di Stato, Sezione V, 24 gennaio 2019, n. 589; Consiglio di Stato, Adunanza plenaria 29 febbraio 2016, n. 5; Consiglio di Stato, Sezione V, 13 giugno 2016, n. 2531).

17. *Pagamento in favore dell'Autorità (articolo 12 Disciplinare)*

I concorrenti effettuano il pagamento del contributo previsto dalla legge in favore dell'Autorità secondo le istruzioni per il calcolo dell'importo e le modalità di versamento indicate annualmente dall'Autorità con apposita delibera pubblicata sul sito istituzionale e consultabile dell'ANAC. Con una previsione innovativa e conforme agli ultimi arresti della giurisprudenza (Consiglio di Stato, Sez. III, 03/02/2023, n. 1175), nel disciplinare è chiarito che il pagamento del contributo è condizione

di ammissibilità dell'offerta, così come previsto dall'articolo 1, comma 67, della legge n. 266/2005. È specificato, altresì, che l'avvenuto pagamento è verificato mediante il FVOE e che il mancato pagamento è sanabile mediante soccorso istruttorio. In caso di mancata regolarizzazione nel termine assegnato, l'offerta è dichiarata inammissibile.

Se il pagamento non è dovuto, si ricorda che è necessario seguire le istruzioni per l'esonero indicate dall'Autorità nel proprio sito istituzionale.

18. *Modalità di presentazione dell'offerta e sottoscrizione dei documenti di gara (articolo 13 Disciplinare)*

Il Disciplinare presta particolare attenzione alla clausola "Modalità di presentazione dell'offerta e sottoscrizione dei documenti di gara" in considerazione delle osservazioni raccolte dall'Autorità in occasione dello svolgimento della VIR sull'utilizzo del Bando tipo n. 1. Queste ultime, infatti, hanno mostrato l'esigenza di precisare meglio il contenuto della clausola in esame.

A tal fine, il Disciplinare, innanzitutto, dispone o che la domanda di partecipazione e tutta la documentazione relativa deve essere presentata esclusivamente attraverso il sistema telematico scelto dalla stazione appaltante. Le operazioni di inserimento sulla Piattaforma di tutta la documentazione richiesta, nonché di trasmissione e conferma sono a carico del concorrente, è pertanto opportuno svolgere tali attività per tempo, anche in considerazione dei dispositivi informatici di cui ciascun operatore dispone, onde evitare la non completa e quindi mancata trasmissione della domanda entro il termine previsto dal bando.

In secondo luogo, tenendo presenti le peculiarità di una procedura svolta completamente su supporto informatico rispetto a quella svolta su supporto cartaceo, si precisa che la domanda e la documentazione devono essere sottoscritte con firma digitale o altra firma elettronica qualificata o firma elettronica avanzata. Non sono considerate valide le offerte presentate attraverso modalità diverse. A tal fine il legale rappresentante del concorrente (o suo procuratore speciale) deve preventivamente essere dotato di un certificato di firma digitale, in corso di validità, rilasciato da un organismo incluso nell'elenco pubblico dei certificatori tenuto dall'AgID, previsto dall'articolo 29, comma 1 del decreto legislativo 82/05. Si rinvia al riguardo alle Linee guida dell'AgID ed in particolare alle Linee guida contenenti regole tecniche per la sottoscrizione elettronica di documenti ai sensi dell'articolo 20 del citato decreto, consultabili al seguente link <https://www.agid.gov.it/it/linee-guida>).

Al fine di ridurre contenziosi sul punto, prevenire eventuali richieste di chiarimenti al riguardo, e garantire il rispetto della par condicio dei concorrenti, la stazione appaltante indica preventivamente i formati dei file accettati e la dimensione massima consentita per ciascun file.

La stazione appaltante può chiedere agli offerenti il differimento del termine di validità dell'offerta, nel caso in cui le operazioni di gara siano ancora in corso alla scadenza prevista nella lex specialis. È noto al riguardo che la limitazione temporale degli obblighi contenuti nell'offerta è disposta nell'interesse dell'offerente, il quale non può essere vincolato *ad libitum* all'offerta presentata. D'altra parte, la giurisprudenza ha chiarito che la perdita di validità dell'offerta non può essere intesa come decadenza della stessa e ritiro dalla gara, ma come mera inefficacia temporanea. In tal senso, la conferma della validità dell'offerta deve essere considerata come una condizione di procedibilità ai fini dell'aggiudicazione definitiva, in quanto non sarebbe utile individuare un contraente senza prima verificare se quest'ultimo si consideri ancora vincolato alla propria offerta.

Pertanto, ferma restando la facoltà dei concorrenti di non confermare la propria offerta, laddove volessero prorogare la validità della stessa, sono tenuti a farlo in tempo utile per consentire la sollecita conclusione della gara. Si è ritenuto, quindi, opportuno prevedere che nel caso in cui alla data di scadenza della validità delle offerte le operazioni di gara siano ancora in corso, la stazione appaltante richieda agli offerenti di confermare la validità dell'offerta sino alla data indicata dalla

medesima stazione appaltante e di produrre un apposito documento attestante la validità della garanzia prestata in sede di gara fino alla medesima data.

Nel disciplinare è stato affermato che il concorrente è tenuto a confermare la propria offerta in tempo utile per consentire la celere prosecuzione delle operazioni di gara, ciò anche in considerazione dei termini fissati per la conclusione della procedura. Sul punto, si chiarisce che la conferma che intervenga oltre il termine fissato dall'amministrazione ma comunque in tempo utile, non può condurre all'esclusione del concorrente. Si evidenzia, infatti, che il Consiglio di Stato, nella sentenza 27/2022, in un caso analogo, ha affermato l'illegittimità dell'esclusione di un concorrente che aveva riscontrato una richiesta di soccorso istruttorio con 52 minuti di ritardo, affermando che si trattava di un ritardo, da un lato irrilevante, dall'altro lato scusabile. In particolare, ha chiarito che la disciplina della procedura di gara non deve essere concepita come una sorta di corsa ad ostacoli fra adempimenti formali imposti agli operatori economici e all'amministrazione aggiudicatrice, ma deve mirare ad appurare, in modo efficiente, quale sia l'offerta migliore, nel rispetto delle regole di concorrenza, verificando la sussistenza dei requisiti tecnici, economici, morali e professionali dell'aggiudicatario; in questo senso, dunque, l'istituto del soccorso istruttorio tende ad evitare che irregolarità e inadempimenti meramente estrinseci possano pregiudicare gli operatori economici più meritevoli, anche nell'interesse del seggio di gara, che potrebbe perdere l'opportunità di selezionare il concorrente migliore, per vizi procedurali facilmente emendabili (tra le altre, Consiglio di Stato sez. V, 10 aprile 2018, n. 2180).

19. *Soccorso istruttorio (articolo 14 Disciplinare)*

Nell'articolo 14 del Disciplinare sono presentate le modalità di attivazione e di conduzione del soccorso istruttorio, che devono essere lette congiuntamente alle osservazioni già presentate nel paragrafo 2.

Sono state, altresì, inserite clausole che specificano i casi in cui è possibile il ricorso al soccorso istruttorio per le procedure riservate di cui all'articolo 61 del codice e per quelle afferenti agli investimenti pubblici finanziati, in tutto o in parte, con le risorse del Piano nazionale di ripresa e resilienza, di cui al Regolamento (UE) 2021/240 del Parlamento europeo e del Consiglio del 10 febbraio 2021 e dal Regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021 (PNRR), nonché dal Piano nazionale per gli investimenti complementari al PNRR, di cui all'articolo 1 del decreto-legge 6 maggio 2021, n. 59 (PNC), senza introdurre nuove fattispecie. Con riferimento all'omessa presentazione di copia dell'ultimo rapporto periodico sulla situazione del personale maschile e femminile, redatto ai sensi dell'articolo 46 decreto legislativo n. 198 del 2006, è stato specificato che la mancata allegazione è sanabile, purché il rapporto sia stato redatto e trasmesso in data anteriore alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte.

20. *Domanda di partecipazione e documentazione amministrativa (articolo 15 Disciplinare)*

Il primo paragrafo dell'articolo 15 del Disciplinare è dedicato alla domanda di partecipazione e prevede che quest'ultima sia redatta in conformità al modello predisposto dalla stazione appaltante, al fine di eliminare o, quantomeno, ridurre possibili errori o omissioni.

Il Disciplinare richiede all'operatore economico di indicare nella domanda di partecipazione il CCNL che applica comprensivo del relativo codice alfanumerico unico attribuito dal Consiglio Nazionale dell'economia e del lavoro (CNEL).

In un'ottica di semplificazione e concentrazione, il Disciplinare prevede che la domanda di partecipazione contenga direttamente una serie di dichiarazioni rese dal concorrente ai sensi degli articoli 46 e 47 del decreto del Presidente della Repubblica n. 445/2000. In tal modo si intende ridurre il numero di dichiarazioni integrative e/o aggiuntive che quest'ultimo deve presentare e il rischio di dover ricorrere all'istituto del soccorso istruttorio in caso di mancata o non regolare sottoscrizione delle stesse.

Il Disciplinare modula le informazioni che il concorrente deve inserire in considerazione della partecipazione in forma singola ovvero associata.

Il secondo paragrafo dell'articolo 15 è dedicato al documento di gara unico europeo (DGUE). Si segnala che il Ministero delle Infrastrutture e dei trasporti ha adottato un Comunicato contenente indicazioni per la compilazione del DGUE con atto del 30 giugno 2023, n. 6212, aggiornate al nuovo codice. Si segnala, altresì, che la compilazione del DGUE deve essere effettuata avendo a riferimento la nuova tassonomia aggiornata da AgID con determina 164/2023.

Gli ulteriori paragrafi dell'articolato disciplinano la documentazione che deve essere presentata: a) dagli operatori economici ammessi al concordato (articolo 15.3); b) in caso di avvalimento (articolo 15.4); c) dai soggetti che partecipano in forma associata.

Con riferimento all'imposta di bollo, sono state mantenute le indicazioni previgenti, in attesa di ulteriori istruzioni dell'Agenzia delle Entrate. Si evidenzia, infatti, che, in ottemperanza a quanto previsto dall'Allegato I.4 del codice, il Direttore Generale dell'Agenzia delle Entrate, ha adottato il provvedimento del 28/6/2023 recante " Individuazione delle modalità telematiche di versamento dell'imposta di bollo, di cui all'articolo 18, comma 10, del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36, che l'appaltatore assolve al momento della stipula del contratto". Non sono state emanate, invece, nuove indicazioni sulle modalità di assolvimento dell'imposta di bollo sulla domanda di partecipazione, né sono stati forniti chiarimenti in merito alle modalità di applicazione della disposizione dell'articolo 2 del richiamato allegato, secondo cui il pagamento dell'imposta di bollo all'atto della stipula del contratto ha natura sostitutiva dell'imposta di bollo dovuta per tutti gli atti e documenti riguardanti la procedura di selezione e l'esecuzione dell'appalto, fatta eccezione per le fatture, note e simili di cui all'articolo 13, punto 1, della Tariffa, Parte I, allegata al decreto del Presidente della Repubblica 26 ottobre 1972, n. 642.

Per le procedure riservate ai sensi dell'articolo 61 del codice e per quelle afferenti gli investimenti pubblici finanziati, in tutto o in parte, con le risorse del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) nonché dal Piano nazionale per gli investimenti complementari al PNRR (PNC), è stata inserita la clausola che prevede come documento ulteriore, in relazione alla specificità dell'affidamento, per gli operatori economici che occupano oltre cinquanta dipendenti, copia dell'ultimo rapporto sulla situazione del personale (ai sensi dell'articolo 46, comma 2, decreto legislativo n. 198/2006), con attestazione della sua conformità a quello eventualmente già trasmesso alle rappresentanze sindacali aziendali e ai consiglieri regionali di parità, ovvero, in caso d'inosservanza dei termini (di cui all'articolo 46, comma 1, decreto legislativo n. 198/ 2006), con attestazione della sua contestuale trasmissione alle rappresentanze sindacali aziendali e alla consigliera e al consigliere regionale di parità (ai sensi dell'articolo 47, comma 2, decreto legge n. 77/2021), da inserire sulla Piattaforma a cura dell'operatore economico.

In relazione alla medesima categoria di contratti di cui all'articolo 47 del decreto legge n. 77/2021, nel primo paragrafo dell'articolo 14 del Disciplinare è stata inserita la clausola che prevede l'inserimento nella domanda di partecipazione di specifiche dichiarazioni in relazione a:

- Numero di dipendenti impiegati al momento della presentazione della domanda di partecipazione;
- aver assolto agli obblighi di cui alla legge n. 68/1999;
- assunzione dell'obbligo, in caso di aggiudicazione del contratto, di assicurare all'occupazione giovanile una quota pari o superiore al 30% ovvero quella inferiore in caso di deroga, e a quella femminile una quota pari o superiore al 30% ovvero quella inferiore in caso di deroga, delle nuove assunzioni necessarie per l'esecuzione del contratto o per la realizzazione di attività ad esso connesse o strumentali;
- nel caso di gli operatori economici che occupano un numero di dipendenti pari o superiore a quindici e non superiore a cinquanta: dichiarazione di non essere incorsi, nei dodici mesi precedenti alla presentazione della domanda, nell'inadempimento dell'obbligo di produrre alla stazione appaltante di un precedente contratto d'appalto, finanziato in tutto o in parte con i fondi del PNRR o del PNC, la relazione di cui all'articolo 47, comma 3 del decreto legge n. 77 del 2021.

Con riferimento all'assunzione dell'obbligo di assicurare le quote previste dalla legge all'occupazione giovanile e femminile,

è stata rimessa alle stazioni appaltanti la scelta se richiedere la stessa nella domanda di partecipazione oppure nell'offerta tecnica, proponendo due clausole tra loro alternative. Ciò in quanto, sebbene il dato normativo qualifichi il requisito come elemento essenziale dell'offerta, potrebbe essere più conveniente richiedere la relativa dichiarazione nella domanda amministrativa, per consentire la verifica unitamente agli altri requisiti di carattere generale e attivare in tale fase il soccorso istruttorio.

21. Offerta tecnica (articolo 16 Disciplinare)

Il Disciplinare riporta il contenuto dell'offerta tecnica, prevedendo che quest'ultima deve contenere 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, sempre a pena di esclusione, le caratteristiche minime stabilite nel progetto posto a base di gara secondo i criteri di equivalenza di cui all'articolo 68 del Codice. Si suggerisce alle stazioni appaltanti di indicare che la relazione tecnica sia contenuta entro un ragionevole e sintetico numero di battute e/o cartelle, valorizzando in tal senso un principio di concentrazione. Occorre, tuttavia, precisare che tale limitazione rappresenta una mera indicazione ai concorrenti e non può costituire causa di esclusione dalla gara.

Nel disciplinare è stata inserita una clausola relativa all'avvalimento premiale, ora ammesso dal nuovo Codice degli appalti. In particolare viene richiesto che, nel caso in cui il concorrente intenda avvalersi delle prestazioni di un altro soggetto per acquisire un maggior punteggio, il contratto di avvalimento con le prestazioni offerte debba essere inserito nell'offerta tecnica. Ciò al fine di evitare che l'apertura del contratto prima dell'analisi dell'offerta tecnica possa permettere alla commissione giudicatrice di conoscere preventivamente elementi dell'offerta.

Il Disciplinare contempla poi alcune clausole facoltative.

Innanzitutto, in attuazione dell'articolo 65, comma 3, del Codice, la stazione appaltante può individuare le prestazioni in relazione alle quali, viste le loro peculiarità, ritiene necessario conoscere ex ante il nominativo e le qualifiche delle persone fisiche incaricate di svolgere quelle determinate prestazioni; la terza rimette alla stazione appaltante la valutazione della fondatezza delle ragioni di riservatezza di parte dell'offerta eventualmente indicate dall'operatore economico.

Vi sono poi una serie di clausole relative all'applicazione dei criteri sociali. Innanzitutto, si è scelto di inserire in sede di offerta tecnica la richiesta all'operatore economico, che adotta un diverso CCNL rispetto a quello (o quelli) individuato dalla stazione appaltante all'articolo 3, di presentare la dichiarazione di equivalenza delle tutele e l'eventuale documentazione a supporto. Come per gli altri elementi idonei a dimostrare la congruità dell'offerta si è scelto di anticipare in questa fase la richiesta di dimostrare l'equivalenza delle tutele garantite ai dipendenti dell'aggiudicatario. Al riguardo, si ricorda che l'articolo 11 del Codice richiede la verifica dell'equivalenza delle garanzie solo sull'operatore individuato prima dell'aggiudicazione, utilizzando anche le modalità prevista per la congruità. Pertanto, la mancata allegazione della dichiarazione di equivalenza delle tutele non può costituire causa di esclusione, ma la sua richiesta si giustifica con l'esigenza di accelerare i tempi di affidamento. La stazione appaltante, nel caso di mancata presentazione della dichiarazione, dovrà procedere con la formale richiesta, assegnando un congruo tempo per la relativa produzione. La dichiarazione deve contenere tutti gli elementi necessari per la stazione appaltante per accertare che l'operatore economico garantisca almeno le stesse tutele ai propri dipendenti in merito alle tutele normative ed economiche del CCNL di riferimento, così come indicate nella presente Relazione in merito all'articolo 3 del bando tipo.

Una seconda clausola sociale riguarda la richiesta al concorrente di allegare un progetto di assorbimento, che illustra le modalità con cui intende dare concreta attuazione alla previsione circa la stabilità occupazionale, secondo le indicazioni fornite all'articolo 9 del bando tipo. Si ricorda che la mancata presentazione del progetto equivale a mancata accettazione della clausola sociale con conseguente esclusione dalla gara. Nell'ottica di consentire la più ampia partecipazione è possibile in generale attivare il soccorso istruttorio nel caso in cui all'offerta presentata non risulti allegato il progetto di

riassorbimento. Si segnala, che la stazione appaltante potrebbe valutare di "inserire tra i criteri di valutazione dell'offerta quello relativo alla valutazione del piano di compatibilità, assegnando tendenzialmente un punteggio maggiore, per tale profilo, all'offerta che maggiormente realizzi i fini cui la clausola tende" (Consiglio di Stato, Sezione V, 02.11.2020 n. 6761). In tal caso si raccomanda alla stazione appaltante di non attribuire un punteggio elevato alla valutazione del progetto di assorbimento e si ricorda che quest'ultimo, in quanto oggetto di valutazione, diviene parte integrante e sostanziale dell'offerta tecnica e come tale non potrà essere oggetto di soccorso istruttorio.

È stata inserita nell'offerta tecnica, qualora non già presentata nella domanda di partecipazione, l'indicazione circa l'impegno a rispettare le clausole sociali relative all'occupazione giovanile e femminile. Al riguardo, valgono le considerazioni già espresse per la stabilità occupazionale. Nel caso in cui tali clausole rivestano il ruolo di impegno ad adottare le indicazioni indicate dalla stazione appaltante nel bando è attivabile il soccorso istruttorio, nel caso invece si presentino come criteri premianti, le clausole generazionali e di genere diventano elementi caratterizzanti l'offerta sottratti alla possibilità di soccorso istruttorio.

22. Offerta economica (articolo 17Disciplinare)

L'offerta economica deve essere inserita nel sistema telematico nell'apposita sezione e predisposta preferibilmente secondo il modello messo a disposizione dalla stazione appaltante.

Si rammenta che, ai sensi dell'articolo 41, comma 14 del Codice, per i contratti di servizi (esclusi quindi quelli che prevedono la sola fornitura) i costi per la manodopera e quelli per la sicurezza sono scorporati dall'importo assoggettato al ribasso. L'operatore economico può dimostrare che il ribasso complessivo sia imputabile a una migliore organizzazione produttiva. Nel bando tipo si è indicata anche la presenza di sgravi contributivi che non comportano penalizzazioni per la manodopera, in linea con quanto statuito dalla Corte di Giustizia per le sovvenzioni pubbliche (si veda ad esempio, la Sentenza del 18 dicembre 2014, causa C-568/13).

23. Criterio di aggiudicazione (articolo 18 Disciplinare)

L'appalto è aggiudicato sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa secondo il miglior rapporto qualità/prezzo.

Si ricorda che l'articolo 108, comma 4, del Codice prevede che quando i beni e servizi informatici oggetto di appalto sono impiegati in un contesto connesso alla tutela degli interessi nazionali strategici, la stazione appaltante stabilisce un tetto massimo per il punteggio economico entro il limite del 10 per cento. Per i contratti ad alta intensità di manodopera, la stazione appaltante stabilisce un tetto massimo per il punteggio economico entro il limite del 30 per cento. Con particolare riferimento alla seconda previsione, la norma è volta a tutelare i lavoratori impiegati nell'appalto per il timore che una concorrenza eccessiva sui prezzi possa avvenire a scapito delle tutele dei lavoratori. La norma, quindi, si va ad aggiungere a quella relativa all'obbligo del rispetto del CCNL di riferimento e al divieto di ribassi sui costi della manodopera. Per non svilire l'intento del legislatore si richiama la necessità di stabilire requisiti tecnici che siano effettivamente in grado di premiare le differenze qualitative dell'offerta. In altri termini attribuire un punteggio per un requisito qualitativo che non discrimina tra i concorrenti (perché la generalità degli operatori economici possiede quel requisito in modo massimo o, al contrario, non è posseduto da nessuno) equivale a non attribuirlo. Pertanto, su quel requisito non vi sarà concorrenza tra gli operatori economici e il peso effettivo della componente economica sarà maggiore da quello indicato nei documenti di gara. Estremizzando, vi è il rischio che, pur in presenza di un punteggio ritenuto contenuto per la componente economica, la gara si trasformi di fatto in una gara al prezzo più basso.

Per quanto riguarda i criteri tecnici, si possono attribuire “punteggi tabellari” e “punteggi discrezionali”. I punteggi tabellari presentano l’indubbio vantaggio di poter essere calcolati immediatamente, anche direttamente dalla piattaforma, accelerando sensibilmente i tempi di valutazione delle offerte.. Presentano però alcuni rischi connessi all’individuazione corretta dei criteri tabellari, la corretta attribuzione dei punteggi (dovendosi di regola adottare formule discrete), la necessità di poter verificare quanto effettivamente dichiarato in sede di offerta.

I criteri discrezionali per la valutazione dell’offerta tecnica devono essere puntuali ed indicare gli elementi che verranno presi in considerazione per la valutazione, precisando i parametri in base ai quali un’offerta è ritenuta migliore di un’altra, in modo da instradare il percorso valutativo rimesso alla discrezionalità della commissione, così da renderlo ricostruibile ex post e come tale verificabile e sindacabile in ogni suo aspetto.

Come indicato al comma 7 dell’articolo 108 del Codice, è opportuno, specie qualora il criterio sia caratterizzato da più aspetti da valutare separatamente l’uno dall’altro, che lo stesso sia diviso in più sub criteri, ciascuno con il proprio sub punteggio.

Tabella 1 Esempio:

N°	CRITERI DI VALUTAZIONE	PUNTI MAX		SUB-CRITERI DI VALUTAZIONE	PUNTI D MAX	PUNTI Q MAX	PUNTI T MAX
1	Qualità delle risorse hardware e software impiegate per la gestione del servizio		1.1	efficienza degli strumenti proposti per velocizzare la risoluzione dei malfunzionamenti			
			1.2	facilità di utilizzo dell’interfaccia			
			1.3	riduzione del tempo di presa in carico delle attività dell’appaltatore uscente. Sono attribuiti 5 punti (on/off) se viene garantito un periodo massimo di 30 giorni solari per la presa in carico del servizio			
2	Piano dei trasporti della fornitura pasti		2.1	adeguatezza del numero proposto di mezzi impiegati per il trasporto della fornitura pasti			
			2.2	efficienza del sistema di consegna pasti proposto			
	Totale	100					

Se la ponderazione dei criteri non è possibile per ragioni oggettive, la stazione appaltante indica l’ordine decrescente di importanza degli stessi.

La stazione appaltante resta libera di determinare il criterio di attribuzione dei punteggi per i criteri di natura qualitativa (con la condizione implicita che tale criterio rispetti i principi di proporzionalità, trasparenza e che abbia basi scientifiche), tuttavia nella prassi applicativa si ricorre a due gruppi di sistemi alternativi:

- a) l'attribuzione discrezionale di un coefficiente (da moltiplicare poi per il punteggio massimo attribuibile in relazione al criterio), variabile tra zero e uno, da parte di ciascun commissario di gara;
- b) il confronto a coppie tra le offerte presentate, da parte di ciascun commissario di gara.

Sulla base del primo criterio, ciascun commissario attribuisce un punteggio a ciascuna offerta. Le ragioni di tale attribuzione devono essere adeguatamente motivate e la motivazione deve essere collegata ai criteri presenti nel bando.

In relazione a ciascun criterio o subcriterio di valutazione la stazione appaltante deve indicare gli specifici profili oggetto di valutazione, in maniera analitica e concreta. Con riferimento a ciascun criterio o subcriterio devono essere indicati i relativi descrittori che consentono di definire i livelli qualitativi attesi e di correlare agli stessi un determinato punteggio, assicurando la trasparenza e la coerenza delle valutazioni.

Il confronto a coppie per l'attribuzione del punteggio relativo agli elementi qualitativi è particolarmente adatto alle gare con la presenza di numerose offerte, in quanto riduce la necessità di attribuire più punteggi discrezionali (e relative motivazionali), tuttavia il numero di confronti da effettuare cresce notevolmente all'aumentare del numero di offerte. Infatti, per ciascun criterio (o sottocriterio) il numero di confronti da effettuare è pari a $n*(n-1)/2$, dove n è il numero di concorrenti. Ad esempio se si hanno 4 concorrenti occorre effettuare 6 confronti, se il numero cresce a 10 il numero di confronti è pari a 45, se si arrivasse a 100 concorrenti i confronti dovrebbero essere 4.950.

La stazione appaltante stabilisce i criteri di aggiudicazione dell'offerta, pertinenti alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche del contratto, secondo quanto previsto all'articolo 108, comma 6 del Codice. In particolare, individua l'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base di criteri oggettivi, quali gli aspetti qualitativi, ambientali e sociali, ai sensi dell'articolo 57 del Codice. I criteri premiali di natura ambientale sono individuati dai decreti del Ministero dell'ambiente e della sicurezza energetica. Per l'acquisto di prodotti e servizi nei settori della ristorazione collettiva e fornitura di derrate alimentari, anche a quanto specificamente previsto dall'articolo 130. Si ricorda che l'articolo 108, comma 7, del Codice, come modificato dall'articolo 2, comma 1, del decreto legge n. 57 del 2023, prevede che: «Al fine di promuovere la parità di genere, le stazioni appaltanti prevedono nei bandi di gara, negli avvisi e negli inviti, il maggior punteggio da attribuire alle imprese per l'adozione di politiche tese al raggiungimento della parità di genere comprovata dal possesso della certificazione della parità di genere di cui all'articolo 46-bis del codice delle pari opportunità tra uomo e donna, di cui al decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198.»

In virtù della lettura in combinato disposto degli articoli 47 e 48 del decreto legge n. 77/21, in relazione alle procedure afferenti gli investimenti pubblici finanziati, in tutto o in parte, con le risorse previste dal Regolamento (UE) 2021/240 del Parlamento europeo e del Consiglio del 10 febbraio 2021 e dal Regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021, dal Piano nazionale per gli investimenti complementari al PNRR, di cui all'articolo 1 del decreto-legge 6 maggio 2021, n. 59, le stazioni appaltanti prevedono nei bandi di gara come requisiti necessari e ulteriori requisiti premiali dell'offerta, criteri orientati a promuovere l'imprenditoria giovanile, l'inclusione lavorativa delle persone disabili, la parità di genere e l'assunzione di giovani, con età inferiore a trentasei anni, e donne, secondo le modalità e i criteri applicativi definiti dalle linee guida, di cui al Decreto della Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento delle pari opportunità del 7 dicembre 2021.

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 può valutare l'opportunità di procedere alla cosiddetta "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. Il Consiglio di Stato ha precisato al riguardo che la riparametrazione non è un obbligo che possa farsi discendere da nessuna norma ma deve essere prevista negli atti di gara, quale frutto di una valutazione discrezionale dell'amministrazione (si veda da ultimo, Consiglio di Stato, Sentenza 8326 del 27 settembre 2022). 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 può essere utilizzata anche per i criteri di natura quantitativa.

Per quanto riguarda la valutazione dei criteri di natura quantitativa, compreso il prezzo, il Disciplinare indica alcuni dei metodi di assegnazione dei coefficienti, lasciando comunque la stazione appaltante libera nella scelta.

Al fine di orientare la scelta delle stazioni appaltanti, occorre evidenziare che la formula bilineare ha la caratteristica di comprimere i coefficienti assegnati all'elemento prezzo per le offerte superiori alla media dei ribassi proposti al di sopra di un coefficiente X fissato dalla stazione appaltante, individuabile in 0,80 o 0,85 o 0,90. Per diminuire l'importanza dell'elemento prezzo è necessario utilizzare un coefficiente X elevato (0,85 o 0,90). Simili risultati possono essere ottenute con curve concave verso il basso che possono essere ottenute con formule non lineari quali quelle illustrate nelle citate Linee guida.

In generale, si ritiene che formule bilineari o concave siano particolarmente indicate per alcuni servizi (o forniture) nei casi in cui si voglia evitare un'eccessiva competizione sul prezzo, ovvero quando esistono già prezzi di riferimento che determinano offerte con ribassi molto contenuti. In questi casi, una formula lineare potrebbe determinare differenze di punteggio per l'offerta economica molto marcate, pur a fronte di prezzi sostanzialmente allineati.

La formula lineare, infatti, basandosi sui ribassi percentuali presenta il rischio concreto di attribuire differenze di punteggio elevate anche a fronte di minimi scostamenti di prezzo e di incentivare ribassi molto elevati, incoraggiando offerte aggressive. In tal modo si potrebbe privilegiare eccessivamente la componente economica a discapito di quella tecnica, pertanto è consigliabile in caso di utilizzo della predetta formula che le stazioni appaltanti diano un adeguato peso alla componente tecnica, al fine di evitare che venga di fatto annullato il confronto sugli elementi qualitativi dell'offerta.

Nel bando tipo si è anche evidenziato che nel caso di ribassi tutti concentrati intorno alla media si potrebbe determinare un premio eccessivo per il ribasso maggiore, con un risultato opposto rispetto a quello desiderato con l'utilizzo della formula bilineare. La stazione appaltante dovrebbe valutare ciò nella predisposizione della documentazione di gara, favorendo per quei possibili casi formule alternative, quali la formula quadratica con un coefficiente $\alpha < 1$. Per $\alpha = 1$ si ha la formula lineare, per α prossimo a 0 tutte le offerte tendono ad essere schiacciate verso il massimo, tendendo quindi ad andare ad un'aggiudicazione di tipo al prezzo fisso.

Si ritiene poco adatta per la valutazione delle offerte quella cosiddetta lineare inversa; ciò principalmente per due ragioni. La prima è che tale formula ha un andamento convesso e, quindi, tende ad incentivare la ricerca di ribassi più elevati; la seconda è con tale formula si assegna un punteggio (elevato) anche in presenza di ribassi marginali, rendendo la formula poco trasparente. Si ritiene preferibile, allora, invece di ricorrere alla formula lineare inversa, ridurre il punteggio per la componente economica ed utilizzare una formula concava più trasparente.

Le stazioni appaltanti particolarmente qualificate possono ricorrere anche a formule indipendenti. Come per il caso del prezzo fisso, infatti, l'adozione di formule indipendenti impone un'elevata conoscenza del mercato da parte della stazione appaltante, soprattutto, quando si sceglie un criterio di aggiudicazione di tipo bilineare. In questo caso, sebbene la scelta del punto di flesso sia sottratta al rischio di manipolazioni da parte del mercato, mediante la presentazione di offerte di comodo, non si possono escludere altri rischi di coordinamento tra i concorrenti, facilitati dalla maggiore trasparenza nelle procedure di gara, o tra la stazione appaltante e uno o più operatori, per la determinazione del punto di flesso ad un livello idoneo a favorire questi ultimi. Indipendentemente dai rischi corruttivi o collusivi, la conoscenza ex-ante del punto di flesso incentiva l'allineamento delle offerte verso quel valore. Pertanto, qualora la stazione appaltante decida di ricorrere a formule di attribuzione del punteggio indipendenti è necessaria un'adeguata motivazione in ordine alle ragioni della scelta e ai criteri utilizzati per la definizione del prezzo a base di gara, della formula utilizzata e dell'eventuale punto di flesso.

Sotto un diverso profilo, considerato che le formule indipendenti, di regola, non attribuiscono un punteggio massimo alla migliore offerta, si pone il problema dell'eventuale riparametrazione anche dell'offerta economica. Si deve, tuttavia, rilevare che nel caso di formule indipendenti non è possibile il ricorso alla riparametrazione, altrimenti (attribuendo un

coefficiente pari a 1 al concorrente che offre il maggior ribasso) si trasformerebbe la formula indipendente in una interdipendente, in quanto si farebbe dipendere il punteggio economico di ciascun concorrente dalla miglior offerta. Non attribuendo il punteggio massimo all'offerta economica viene meno, quindi, l'esigenza di riparametrazione dell'offerta tecnica, non ponendosi la necessità di ripristinare l'equilibrio tra le due componenti.

Si evidenzia, inoltre, la possibilità di fissare una soglia minima di punteggio che i concorrenti devono raggiungere su uno o più criteri di valutazione ovvero sul punteggio tecnico complessivo (articolo 95, comma 8). Ciò consente alla stazione appaltante di selezionare solo i concorrenti che hanno offerto soluzioni progettuali che soddisfano determinati standard di qualità. Particolare attenzione deve essere posta nella determinazione della soglia: un valore troppo basso, infatti, potrebbe vanificarne gli effetti, mentre un valore troppo alto potrebbe portare all'esclusione di offerte tecniche comunque adeguate.

24. *Commissione giudicatrice (articolo 19 Disciplinare)*

Le attività concernenti la valutazione delle offerte configurano un sub procedimento interno all'affidamento, caratterizzato da autonomia propria e destinato a concludersi con la proposta di aggiudicazione.

La Commissione giudicatrice è un organo straordinario e temporaneo dell'amministrazione, istituito con atto ad hoc per lo svolgimento della funzione, di natura tecnica, di esame e valutazione delle offerte formulate dai concorrenti nell'ambito della gara di appalto da affidare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. La nomina della commissione spetta all'organo della stazione appaltante competente a effettuare la scelta dell'affidatario del contratto, nel rispetto di regole di competenza e trasparenza preventivamente individuate dalla amministrazione nonché di assenza di conflitto di interessi.

Si ricorda che l'articolo 93, comma 4 impone alla commissione di operare tramite le piattaforme di approvvigionamento digitale per la valutazione delle offerte.

25. *Svolgimento delle operazioni di gara (articolo 20 Disciplinare)*

Nel disciplinare sono descritte le operazioni di gara avendo a riguardo lo svolgimento con modalità telematica. Sono state eliminati, quindi, tutti i riferimenti alle sedute e alla relativa pubblicità, ritenendo che la pubblicità sia garantita dallo stesso svolgimento telematico della procedura che ne consente il completo e tempestivo tracciamento, oltre all'inviolabilità delle offerte. Con riferimento alla successione delle operazioni, la formulazione delle clausole tiene conto del possibile ricorso delle stazioni appaltanti all'istituto dell'inversione procedimentale, chiarendo che la stazione appaltante può indicare, già nel bando di gara l'intenzione di avvalersi di tale facoltà oppure riservarsi di decidere dopo la scadenza del termine per la presentazione delle offerte. In tale ultima ipotesi è richiesto alle stazioni appaltanti di indicare i casi in cui si ricorrerà a tale scelta, ad esempio se le offerte pervenute siano superiori ad un certo numero. Inoltre, sono indicate alcune possibilità alternative di collocazione temporale delle operazioni di gara e di individuazione dei soggetti da sottoporre a verifica della documentazione amministrativa.

In caso di ricorso all'inversione procedimentale, il Disciplinare suggerisce alla stazione appaltante di valutare la possibilità di sottoporre a verifica della documentazione amministrativa anche il concorrente secondo in graduatoria cosicché, nell'ipotesi di esclusione del primo, la stessa potrebbe proseguire l'iter di aggiudicazione con quest'ultimo. Simile eventuale scelta appare del tutto coerente con la finalità acceleratoria sottesa al principio del risultato.

26. *Verifica documentazione amministrativa (articolo 21 Disciplinare)*

Il Disciplinare, in conformità a quanto previsto dal codice, indica che l'accesso alla documentazione amministrativa è demandato, a scelta al RUP, al responsabile di fase o ad apposito ufficio o servizio a ciò deputato, sulla base delle

disposizioni organizzative proprie della stazione appaltante, al fine di controllare la completezza della documentazione amministrativa presentata; verificare la conformità della documentazione amministrativa a quanto richiesto nel presente disciplinare; attivare la procedura di soccorso istruttorio di cui al precedente punto 14.

È previsto, altresì, che il RUP oppure la commissione giudicatrice si occupino dell'apertura delle offerte e che la commissione giudicatrice proceda all'esame e valutazione delle offerte presentate dai concorrenti e all'assegnazione dei relativi punteggi applicando i criteri e le formule indicati nel bando e nel presente disciplinare.

Sebbene il momento in cui procedere alla nomina della commissione sia fissato dal Codice alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte (articolo 93, comma 1), in un'ottica di accelerazione e concentrazione del procedimento, si ritiene possibile che il RUP proceda alle attività relative alla verifica della documentazione amministrativa e alla nomina della commissione anche sincronicamente.

Una volta terminata la verifica della documentazione amministrativa e disposte le eventuali esclusioni il RUP ne dà comunicazione alla Commissione giudicatrice, al fine di consentirle lo svolgimento delle operazioni di propria competenza (valutazione delle offerte tecniche ed economiche).

27. *Valutazione delle offerte tecniche ed economiche (articolo 22 Disciplinare)*

In Disciplinare indica le operazioni che la commissione svolge. Quest'ultima accede alle offerte tecniche e procede all'esame e valutazione delle stesse in applicazione dei criteri di aggiudicazione prescelti dalla stazione appaltante. Se la stazione appaltante si è avvalsa dell'inversione procedimentale, la commissione valuta tutte le offerte presentate entro il termine di scadenza indicato dal bando di gara; se la stazione appaltante non si è avvalsa della predetta facoltà, la commissione esamina tutte le offerte che abbiano superato la fase di valutazione della documentazione amministrativa.

Nel caso in cui le offerte di due o più concorrenti ottengano lo stesso punteggio complessivo, ma punteggi differenti per il prezzo e per tutti gli altri elementi di valutazione, è rimessa alla stazione appaltante la scelta se preferire il concorrente che abbia ottenuto il miglior punteggio sul prezzo o sull'offerta tecnica, indicando nel bando di gara l'opzione prescelta.

Nel caso in cui le offerte di due o più concorrenti ottengano lo stesso punteggio complessivo e gli stessi punteggi parziali per il prezzo e per l'offerta tecnica, il Disciplinare, innovando rispetto al precedente orientamento dell'Autorità, prevede ai sensi dell'articolo 77 del Regio decreto n. 827/1924 che la stazione appaltante inviti i predetti concorrenti a presentare un'offerta migliorativa e, ove permanga l'ex aequo, che la commissione proceda mediante sorteggio ad individuare il concorrente da collocare primo nella graduatoria. Per costante giurisprudenza tale disposizione si applica anche nel contesto di una procedura fondata sul criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ed anche se non richiamata dalla lex specialis, in virtù di un automatico meccanismo eterointegrativo (Sentenze, TAR Veneto, Sezione I, 7 aprile 2017, n. 337; TAR Sicilia Catania, 16 giugno 2017, n. 1454; TAR Puglia Lecce, Sezione II, 1 agosto 2014 n.2073; TAR Campania, Sezione VIII, 24 marzo 2016 n. 1560; ANAC parere n.102/2012). I concorrenti possono partecipare al sorteggio da remoto mediante collegamento alla Piattaforma. La stazione appaltante comunica il giorno e l'ora del sorteggio, secondo le modalità previste all'articolo 2.3 del Disciplinare.

Le ultime operazioni riguardano la verifica di anomalia dell'offerta, la formazione della graduatoria di gara e la proposta di aggiudicazione, con la quale la Commissione giudicatrice rimette alla stazione appaltante l'esito della valutazione tecnica delle offerte, fermo restando il potere di riesame in autotutela del procedimento già espletato (TAR Lazio, Sezione II-ter, 10 maggio 2017, n. 5613).

Disposta l'aggiudicazione, la commissione rende disponibili sulla piattaforma i punteggi attribuiti e le eventuali esclusioni dalla gara e procede nella medesima seduta o in altra successiva, all'accesso alle offerte economiche dei concorrenti ammessi e all'attribuzione del relativo punteggio.

28. *Verifica di anomalia delle offerte (articolo 23 Disciplinare)*

Al ricorrere dei presupposti indicati dall'articolo 110, il Disciplinare detta le regole del procedimento di verifica della congruità delle offerte, tenuto conto delle disposizioni del Codice. Si evidenzia che il legislatore, come confermato dalla Relazione illustrativa al codice, ha inteso rimettere alla discrezionalità della stazione appaltante (alla luce dei risultati di gara, del mercato di riferimento e di ogni altro elemento che possa essere ritenuto utile) l'individuazione delle offerte che prima facie appaiono anomale e che quindi andranno sottoposte a verifica, con un conclusivo epilogo dotato di motivazione adeguata (eliminando dunque le soglie fissate ex lege). La scelta è stata ritenuta coerente con la ratio di restituire alle stazioni appaltanti la propria discrezionalità amministrativa e tecnica, conferendo pertanto alle stesse il potere e il dovere di compiere le scelte amministrative di loro pertinenza, in coerenza con i principi del risultato di cui all'articolo 1, della fiducia di cui all'articolo 2 e di buona fede e affidamento di cui all'articolo 5. Inoltre, è stato ritenuto che il regime di qualificazione delle stazioni appaltanti, per le procedure sopra soglia, sia idoneo a consentire alle stazioni appaltanti di gestire in modo adeguato e completo le soglie di anomalia e predeterminare, adattandoli al caso concreto, i criteri e i parametri della relativa valutazione, compatibilmente con le previsioni di legge.

Sulla scorta di tali indicazioni, il disciplinare prevede che le stazioni appaltanti individuino nel bando di gara gli elementi specifici in base ai quali sottoporre a valutazione di anomalia una data offerta. Inoltre, è stata mantenuta la facoltà per le stazioni appaltanti, di sottoporre a verifica un'offerta che, in base anche ad elementi diversi rispetto a quelli predeterminati, ivi inclusi i costi della manodopera, appaia anormalmente bassa.

Si evidenzia che ai sensi dell'articolo 41, comma 14, del codice, i costi della manodopera e della sicurezza sono scorporati dall'importo assoggettato al ribasso. Tuttavia, è fatta salva la possibilità per l'operatore economico di dimostrare che il ribasso complessivo dell'importo derivi da una più efficiente organizzazione aziendale. Tali giustificazioni potranno essere richieste dalla stazione appaltante in occasione della verifica di anomalia, fermo restando il divieto di giustificazioni in relazione ai trattamenti salariali minimi inderogabili e agli oneri di sicurezza.

La stazione appaltante può disporre ulteriori richieste istruttorie rispetto a quanto specificamente previsto dall'articolo 110, comma 5, del Codice. Tale facoltà è funzionale a garantire che quest'ultima assuma le proprie decisioni disponendo di un set di informazioni completo e chiaro e non deve rallentare eccessivamente la conclusione del procedimento. Conseguentemente si ritiene che le ulteriori richieste vadano riferite agli elementi presentati dal concorrente in risposta all'attivazione del subprocedimento di verifica dell'anomalia.

Al fine di accelerare il sub-procedimento di verifica dell'anomalia, il Disciplinare riconosce ai concorrenti la facoltà di presentare i giustificativi dell'offerta economica insieme all'offerta stessa. Nella stessa ottica, nel disciplinare è previsto che i concorrenti allegghino all'offerta tecnica la relazione di equivalenza delle tutele in caso di adozione di un CCNL diverso da quello indicato dalla stazione appaltante, nonostante la norma preveda che tale dichiarazione sia richiesta soltanto all'aggiudicatario.

29. *Aggiudicazione dell'appalto e stipula del contratto (articolo 23 Disciplinare)*

Il Disciplinare regola gli adempimenti necessari ai fini dell'aggiudicazione dell'appalto e della successiva stipulazione del contratto.

Si evidenzia al riguardo che in un'ottica acceleratoria l'articolo 18, comma 2, prevede che, divenuta efficace l'aggiudicazione e fatto salvo l'esercizio dei poteri di autotutela, la stipula del contratto avviene entro i sessanta giorni successivi, anche in pendenza di contenzioso, o nel diverso termine previsto nel bando. Il termine per la stipula può essere

differito in accordo con l'aggiudicatario in base all'interesse della stazione appaltante, compatibilmente con l'interesse generale alla sollecita esecuzione del contratto.

Si invita la stazione appaltante a rispettare il predetto termine in quanto, ai sensi del comma 7 del medesimo articolo, la mancata osservanza dello stesso costituisce violazione del dovere di buona fede.

Si evidenzia, infine, che il comma 9 dell'articolo in esame prevede la facoltà per le stazioni appaltanti di stipulare contratti di assicurazione per la responsabilità civile derivante dalla conclusione del contratto e dalla prosecuzione o sospensione della sua esecuzione.

30. *Obblighi relativi alla tracciabilità dei flussi finanziari (articolo 24 Disciplinare)*

Nel Disciplinare vengono richiamati gli obblighi che gravano sull'affidatario in materia di tracciabilità dei flussi finanziari. Per le fattispecie soggette a tali obblighi e per le relative modalità di adempimento si rimanda a quanto contenuto nella delibera n. 371 del 27/7/2022 e alle FAQ pubblicate sul sito istituzionale dell'Autorità al seguente link: <https://www.anticorruzione.it/-/tracciabilità-dei-flussi-finanziari>.

31. *Codice di comportamento (articolo 25 Disciplinare)*

L'articolo 25 del Disciplinare tiene conto di quanto previsto dal Decreto del Presidente della Repubblica 16 aprile 2013 n. 62, che, da un lato definisce i doveri minimi di diligenza, lealtà, imparzialità e buona condotta per i dipendenti pubblici (articolo 1, comma 1) e, dall'altro, prevede che le disposizioni ivi contenute siano integrate e specificate dai codici di comportamento adottati dalle singole amministrazioni (articolo 1, comma 2). In particolare, il citato decreto prevede che "Le pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165 del 2001 estendono, per quanto compatibili, gli obblighi di condotta previsti dal presente codice a tutti i collaboratori o consulenti, con qualsiasi tipologia di contratto o incarico e a qualsiasi titolo, ai titolari di organi e di incarichi negli uffici di diretta collaborazione delle autorità politiche, nonché nei confronti dei collaboratori a qualsiasi titolo di imprese fornitrici di beni o servizi e che realizzano opere in favore dell'amministrazione. A tale fine, negli atti di incarico o nei contratti di acquisizioni delle collaborazioni, delle consulenze o dei servizi, le amministrazioni inseriscono apposite disposizioni o clausole di risoluzione o decadenza del rapporto in caso di violazione degli obblighi derivanti dal presente codice".

L'Autorità con delibera n. 177 del 19 febbraio 2020 ha adottato le "Linee guida in materia di Codici di comportamento delle amministrazioni pubbliche", al fine di promuovere un sostanziale rilancio dei codici di comportamento per il valore che essi hanno sia per orientare le condotte di chi lavora nell'amministrazione e per l'amministrazione verso il miglior perseguimento dell'interesse pubblico, sia per prevenire fenomeni di corruzione. Considerando che le predette Linee guida già individuano sia le amministrazioni e gli enti tenuti all'adozione dei codici e dei doveri di comportamento, sia il personale su cui grava l'obbligo di rispettarli, si ritiene opportuno rinviare ad esse per una corretta applicazione della disciplina in parola.

32. *Accesso agli atti (articolo 26 Disciplinare)*

Le clausole del disciplinare sono state adeguate alle disposizioni in materia di digitalizzazione dell'intero ciclo di vita dei contratti pubblici e tengono conto del differimento dell'efficacia degli articoli 35 e 36 del codice previsto dall'articolo 225, comma 2. A tal fine, sono stati previsti due regimi differenziati, uno valido in via transitoria fino al 31 dicembre 2023, che prevede l'applicazione delle disposizioni dell'articolo 53 del decreto legislativo n. 50/2016 e l'altro a decorrere dal 1°

gennaio 2024, che prevede l'accesso agli atti della procedura in modalità digitale mediante acquisizione diretta dei dati e delle informazioni inseriti nelle piattaforme di e-procurement.

33. *Definizione delle controversie (articolo 27 Disciplinare)*

Il Disciplinare prevede la possibilità di prevedere il deferimento ad arbitri delle eventuali controversie relative a diritti soggettivi derivanti dall'esecuzione del contratto. A tal fine, l'articolo 213, comma 2, del codice ha previsto che la stazione appaltante possa indicare direttamente nel bando di gara se il contratto conterrà o meno la clausola compromissoria. Se prevista nel bando, la clausola compromissoria potrà essere rifiutata dall'aggiudicatario entro venti giorni dalla conoscenza dell'aggiudicazione. L'inserimento della clausola compromissoria è subordinato, a pena di nullità, all'autorizzazione motivata dell'organo di governo dell'amministrazione aggiudicatrice.

Il disciplinare contiene, altresì, la clausola relativa alla costituzione del collegio arbitrale. Tale clausola è prevista come obbligatoria per servizi e forniture superiori al milione di euro e come facoltativa negli altri casi. Al fine di assicurare la presentazione di un'offerta consapevole da parte dei concorrenti, nella clausola è precisato che i costi sono ripartiti tra le parti ed è indicato il numero di membri del collegio.

34. *Trattamento dei dati personali (articolo 28 Disciplinare)*

La clausola in questione indica le informazioni che la stazione appaltante in conformità alla normativa eurounitaria e nazionale deve rendere sul trattamento dei dati personali raccolti in occasione dello svolgimento della specifica procedura di gara. Per adempiere al predetto obbligo informativo, la stazione appaltante può o inserire di volta in volta nella documentazione di gara le informazioni richieste completando la clausola del disciplinare di gara in base agli indirizzi adottati al proprio interno per l'attuazione della normativa sulla privacy o predisporre un'apposita e autonoma scheda informativa che inserisce tra la documentazione di gara.