

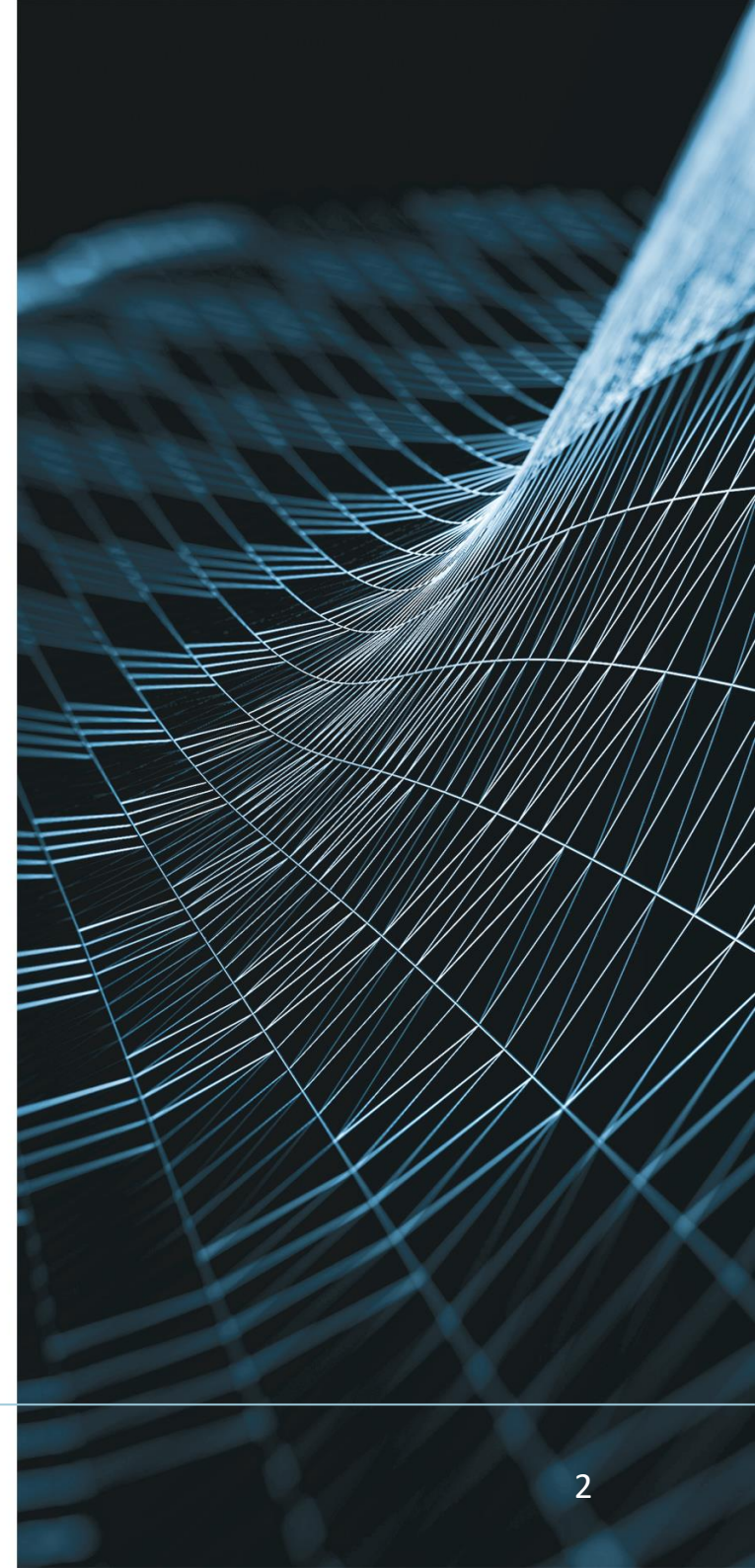
Il Nuovo Codice dei Contratti Pubblici.

Avv. Alessio Cicchinelli

**PISELLI
& PARTNERS**

**INNOVATIVE
LAW FIRM**

La partecipazione plurima nelle forme aggregative



Art. 17 (Fasi delle procedure di affidamento)

4. **Ogni concorrente può presentare una sola offerta**, che è vincolante per il periodo indicato nel bando o nell'invito e, in caso di mancata indicazione, per centottanta giorni dalla scadenza del termine per la sua presentazione. La stazione appaltante e l'ente concedente, con atto motivato, possono chiedere agli offerenti il differimento del termine.



Art. 68 (Raggruppamenti temporanei e consorzi ordinari di operatori economici)

14. La partecipazione alla gara dei concorrenti in più di un raggruppamento o consorzio ordinario, ovvero in forma individuale qualora abbiano partecipato alla gara medesima in raggruppamento o consorzio ordinario, determina l'esclusione dei medesimi se sono integrati i presupposti di cui all'articolo 95, comma 1, lettera d), sempre che l'operatore economico non dimostri che la circostanza non ha influito sulla gara, né è idonea a incidere sulla capacità di rispettare gli obblighi contrattuali.

Art. 67 (Consorzi non necessari)

4. La partecipazione alla gara in qualsiasi altra forma da parte del consorziato designato dal consorzio offerente determina l'esclusione del medesimo se sono integrati i presupposti di cui all'articolo 95, comma 1, lettera d), sempre che l'operatore economico non dimostri che la circostanza non ha influito sulla gara, né è idonea a incidere sulla capacità di rispettare gli obblighi contrattuali, fatta salva la facoltà di cui all'articolo 97.

Art. 104 (Avvalimento)

12. Nei soli casi in cui l'avvalimento sia finalizzato a migliorare l'offerta, non è consentito che partecipino alla medesima gara l'impresa ausiliaria e quella che si avvale delle risorse da essa messe a disposizione.



La partecipazione plurima

La procedura d'infrazione 2018/2273 ha avuto ad oggetto il comma 7 dell'art. 89 del decreto legislativo n. 50 del 2016, che dispone che non è consentito, a pena di esclusione, che della stessa impresa ausiliaria si avvalga più di un concorrente, ovvero che partecipino alla medesima gara sia l'impresa ausiliaria che quella che si avvale dei requisiti, oltre altre disposizioni che impediscono la partecipazione plurima.

Nella lettera di infrazione si afferma che la disposizione è incompatibile con il principio di proporzionalità in quanto non consente all'operatore economico di dimostrare che la circostanza non ha influito sul loro comportamento nell'ambito di tale procedura di gara né incide sulla loro capacità di rispettare gli obblighi contrattuali.

Si rileva che la partecipazione plurima:

- non può incidere sull'esecuzione degli obblighi contrattuali in quanto risulta aggiudicataria solo una delle offerte presentate;*
- potrebbe incidere sul collegamento fra offerte quale causa di esclusione facoltativa ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. m), del decreto legislativo n. 50 del 2016, (che è stata "conservata", seppur con formulazione modificata, sub art. 95, comma 1, lett. d) integrando una causa di esclusione facoltativa, in conformità all'art. 57 della direttiva) oltre che sulla segretezza delle offerte.*

La Corte di giustizia ha affermato che "i raggruppamenti di imprese possono presentare forme e obiettivi variabili, e non escludono necessariamente che le imprese controllate godano di una certa autonomia nella gestione della loro politica commerciale e delle loro attività economiche, in particolare nel settore della partecipazione a pubblici incanti" (Corte di giustizia, sez. IV, 19 maggio 2009, in causa C-538/07, oltre che, con riferimento specifico ai consorzi stabili, 23 dicembre 2009, in causa C-376/08).



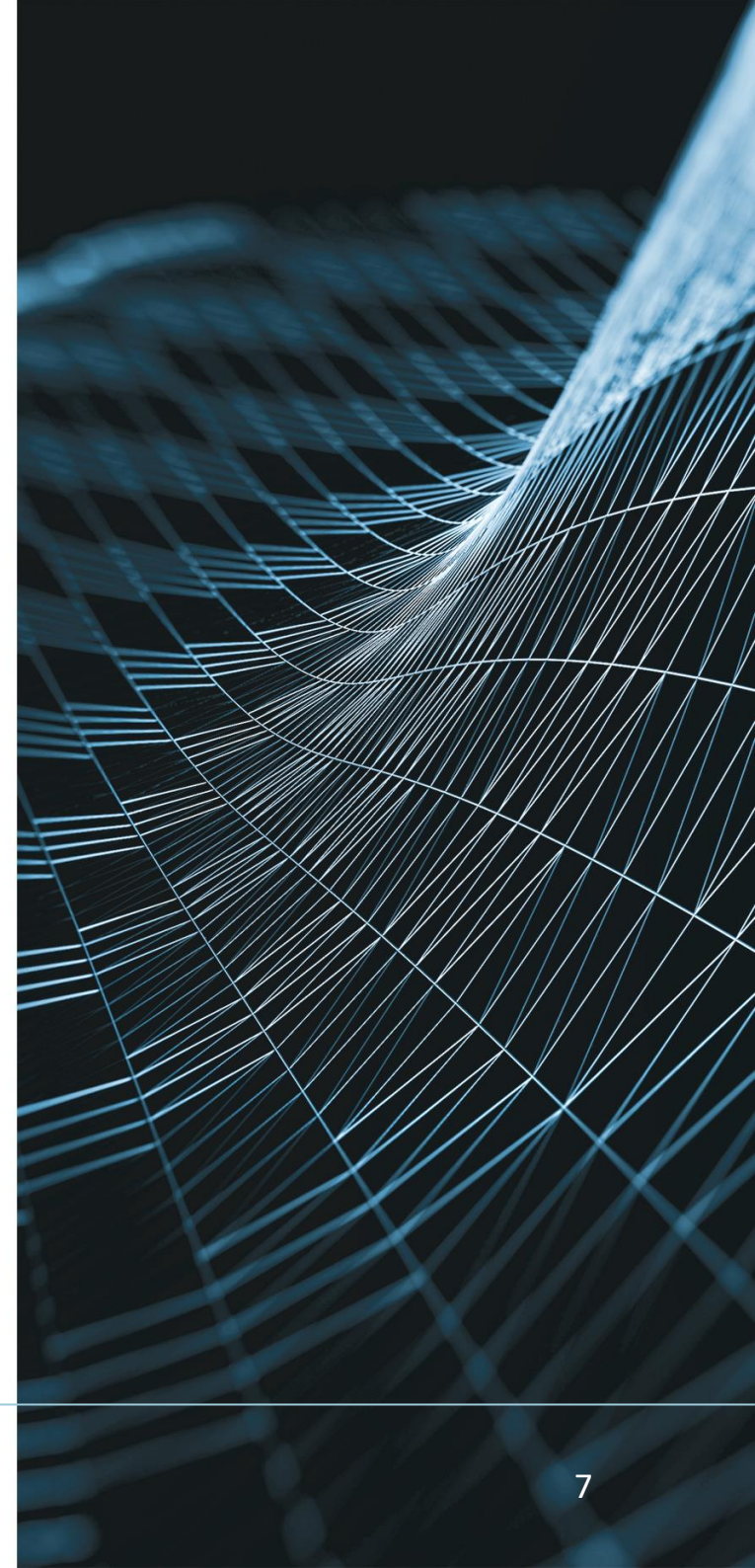
La partecipazione plurima

Si è proposto pertanto, anche in ragione della disciplina del self cleaning e della sostituzione, di inserire, in luogo del suddetto divieto, la disposizione in forza della quale la partecipazione alla gara in qualsiasi altra forma da parte del consorzio designato dal consorzio offerente determina l'esclusione del medesimo se sono integrati i presupposti della causa escludente dell'unico centro decisionale, sempre che l'operatore economico non dimostri che la circostanza non ha influito sulla gara né è idonea a incidere sulla capacità di rispettare gli obblighi contrattuali.

Il portato della giurisprudenza della Corte di giustizia, e le considerazioni circa il fatto che i partecipanti ai raggruppamenti possono godere di spazi di autonomia che si articolano diversamente nella prassi, tali da essere compatibili con il divieto di concordare le offerte e la regola della segretezza ("atte a garantire tanto l'indipendenza quanto la segretezza in sede di elaborazione di offerte", così Corte di giustizia, sez. IV, 19 maggio 2009, in causa C-538/07) hanno indotto a preferire il testo proposto piuttosto che il testo suggerito in via alternativa durante i lavori della Commissione, in base al quale "la partecipazione alla gara in qualsiasi altra forma da parte del consorzio designato dal consorzio offerente integra i presupposti della causa escludente di cui all'art. 95 comma 1 lett. d- (corrispondente e art. 80 comma 5 lett. m), sempre che l'operatore economico non dimostri che la circostanza non ha influito sulla gara né è idonea a incidere sulla capacità di rispettare gli obblighi contrattuali e solo dopo e comunque fatta salva la facoltà di cui ai commi 5 e 6 dell'art. xy (vigente art. 45).



Le modifiche soggettive nelle forme aggregative



Art. 68 (Raggruppamenti temporanei d'impres e consorzi ordinari di operatori economici)

15. È vietata l'associazione in partecipazione sia durante la procedura di gara sia successivamente all'aggiudicazione. La modifica dei consorzi e dei raggruppamenti è ammissibile nei termini indicati dall'articolo 97 e dal comma 17 del presente articolo.



Le modifiche soggettive

Art. 97 (Cause di esclusione di partecipanti a raggruppamenti)

1. Fermo restando quanto previsto dall'articolo 96, commi 2, 3, 4, 5 e 6, il raggruppamento non è escluso qualora un suo partecipante sia interessato da una causa automatica o non automatica di esclusione o dal venir meno di un requisito di qualificazione, se si sono verificate le condizioni di cui al comma 2 e ha adempiuto ai seguenti oneri:

a) in sede di presentazione dell'offerta: 1) ha comunicato alla stazione appaltante la causa escludente verificatasi prima della presentazione dell'offerta e il venir meno, prima della presentazione dell'offerta, del requisito di qualificazione, nonché il soggetto che ne è interessato; 2) ha comprovato le misure adottate ai sensi del comma 2 o l'impossibilità di adottarle prima di quella data;

b) ha adottato e comunicato le misure di cui al comma 2 prima dell'aggiudicazione, se la causa escludente si è verificata successivamente alla presentazione dell'offerta o il requisito di qualificazione è venuto meno successivamente alla presentazione dell'offerta.

2. Fermo restando l'articolo 96, se un partecipante al raggruppamento si trova in una delle situazioni di cui agli articoli 94 e 95 o non è in possesso di uno dei requisiti di cui all'articolo 100, il raggruppamento può comprovare di averlo estromesso o sostituito con altro soggetto munito dei necessari requisiti, fatta salva l'immodificabilità sostanziale dell'offerta presentata. Se tali misure sono ritenute sufficienti e tempestivamente adottate, il raggruppamento non è escluso dalla procedura d'appalto. Se la stazione appaltante ritiene che le misure siano intempestive o insufficienti, l'operatore economico è escluso con decisione motivata.

3. I commi 1 e 2 si applicano anche ai consorzi ordinari. Si applicano altresì ai consorzi fra imprese artigiane, nonché ai consorzi stabili limitatamente alle consorziate esecutrici e alle consorziate aventi i requisiti di cui i consorzi si avvalgono.



Le modifiche soggettive

Più partitamente, con riferimento al comma 1 nel rispetto della lett. s) della legge-delega (“Revisione e semplificazione del sistema di qualificazione generale degli operatori”) si è ritenuto di attuare l’art. 63 paragrafo 1 comma 2 della direttiva 24/2014 considerando l’interpretazione resa da Corte di giustizia, sez. IX, 3 giugno 2021, in causa C-210/20.

L’art. 63, paragrafo 1, comma 2, della direttiva dispone che l’amministrazione aggiudicatrice:

- *“impone che l’operatore economico sostituisca un soggetto che non soddisfa un pertinente criterio di selezione o per il quale sussistono motivi obbligatori di esclusione”;*
- *“può imporre o essere obbligata dallo Stato membro a imporre che l’operatore economico sostituisca un soggetto per il quale sussistono motivi non obbligatori di esclusione”.*

Detto articolo è stato interpretato da Corte di giustizia, sez. IX, 3 giugno 2021, in causa C-210/20 nel senso che esso “osta a una normativa nazionale in forza della quale l’amministrazione aggiudicatrice deve automaticamente escludere un offerente da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico qualora un’impresa ausiliaria, sulle cui capacità esso intende fare affidamento, abbia reso una dichiarazione non veritiera quanto all’esistenza di condanne penali passate in giudicato, senza poter imporre o quantomeno permettere, in siffatta ipotesi, a tale offerente di sostituire detto soggetto”.

L’ambito oggettivo di applicazione della disposizione è stato perimetrato, nel rispetto dell’art. 63 della direttiva, con riferimento alle cause di esclusione di cui agli artt. 94 e 95, comprese le cause di esclusione riguardanti le irregolarità fiscali e contributive (a differenza dell’istituto del self cleaning, che le esclude – in quanto l’art. 57 comma paragrafo 6 “Un operatore economico che si trovi in una delle situazioni di cui ai paragrafi 1 e 4”, nella parte in cui non richiama il paragrafo 2, esclude dal perimetro applicativo dell’istituto le violazioni fiscali e previdenziali), e all’art. 100.



Le modifiche soggettive

Con riferimento ai consorzi stabili l'istituto è stato applicato alle consorziate esecutrici e alle consorziate che "prestano" i requisiti.

In quest'ultimo caso l'applicazione dell'istituto si rende necessaria in quanto le consorziate che prestano i requisiti sono assimilabili agli ausiliari: il rapporto che si instaura è "molto simile a quello dell'avvalimento" (Ad. plen. 18 marzo 2021 n. 5), e quindi soggiace al regime di quest'ultimo, per il quale è la stessa Corte di giustizia ad avere applicato l'istituto della sostituzione (3 giugno 2021 in causa C-210/20). Si è altresì ritenuto di estendere l'istituto alle consorziate designate all'esecuzione da parte del consorzio stabile.



Art. 68 (Raggruppamenti temporanei d'impres e consorzi ordinari di operatori economici)

17. È ammesso il recesso di una o più imprese raggruppate, sempre che le imprese rimanenti abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire. Il recesso è ammesso anche se il raggruppamento si riduce a un unico soggetto.

Vs art. 48 D.Lgs. n. 50/16

19. È ammesso il recesso di una o più imprese raggruppate, anche qualora il raggruppamento si riduca ad un unico soggetto, *[esclusivamente per esigenze organizzative del raggruppamento]* e sempre che le imprese rimanenti abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire. *[In ogni caso la modifica soggettiva di cui al primo periodo non è ammessa se finalizzata ad eludere la mancanza di un requisito di partecipazione alla gara].*



Le modifiche soggettive

Art. 104 (Avvalimento)

5. L'impresa ausiliaria trasmette la propria attestazione di qualificazione nel caso di avvalimento finalizzato all'acquisizione del requisito di partecipazione a una procedura di aggiudicazione di lavori. In caso di dichiarazioni mendaci, fermo restando l'applicazione dell'articolo 96, comma 15, nei confronti dei sottoscrittori, la stazione appaltante assegna all'operatore economico concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, per indicare un'altra impresa ausiliaria idonea, purché la sostituzione dell'impresa ausiliaria non conduca a una modifica sostanziale dell'offerta dell'operatore economico. Nel caso di mancato rispetto del termine assegnato, la stazione appaltante esclude l'operatore economico.

6. La stazione appaltante verifica se l'impresa ausiliaria è in possesso dei requisiti dichiarati con le modalità di cui agli articoli 91 e 105, quest'ultimo con riguardo ai mezzi di prova e al registro online, e se sussistono cause di esclusione ai sensi del Capo II del presente Titolo. La stazione appaltante consente all'operatore economico di sostituire i soggetti che non soddisfano un pertinente criterio di selezione o per i quali sussistono motivi di esclusione.



I raggruppamenti temporanei d'impresa e i consorzi ordinari

I raggruppamenti temporanei d'impres e i consorzi ordinari

Art. 68 (Raggruppamenti temporanei d'impres e consorzi ordinari di operatori economici)

È consentita la presentazione di offerte da parte dei soggetti di cui all'articolo 65, comma 2, lettera e) e lettera f), anche se non ancora costituiti. In tal caso l'offerta deve essere sottoscritta da tutti gli operatori economici che costituiranno i raggruppamenti temporanei o i consorzi ordinari di concorrenti e deve contenere l'impegno che, in caso di aggiudicazione della gara, gli stessi operatori conferiranno mandato collettivo speciale con rappresentanza ad uno di essi, da indicare in sede di offerta e qualificato come mandatario, il quale stipulerà il contratto in nome e per conto proprio e dei mandanti.

2. Fatto salvo quanto previsto dal comma 4, in sede di offerta sono specificate le categorie di lavori o le parti del servizio o della fornitura che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti o consorziati, con l'impegno di questi a realizzarle.

3. I raggruppamenti temporanei non possono essere obbligati ad avere una forma giuridica specifica ai fini della presentazione di un'offerta o di una domanda di partecipazione.



I raggruppamenti temporanei d'impresa e i consorzi ordinari

Art. 68 (Raggruppamenti temporanei d'impresa e consorzi ordinari di operatori economici)

4. Le stazioni appaltanti possono:

a) imporre ai raggruppamenti di operatori economici di assumere una forma giuridica specifica dopo l'aggiudicazione del contratto, nel caso in cui tale trasformazione sia necessaria per la buona esecuzione del contratto;

b) specificare nei documenti di gara le modalità con cui i raggruppamenti di operatori economici ottemperano ai requisiti in materia di capacità economica e finanziaria o di capacità tecniche e professionali, purché ciò sia proporzionato e giustificato da motivazioni obiettive.

10. Le stazioni appaltanti possono richiedere ai raggruppamenti di operatori economici condizioni per l'esecuzione di un appalto diverse da quelle imposte ai singoli partecipanti, purché siano proporzionate e giustificate da ragioni oggettive.



I raggruppamenti temporanei d'impres e i consorzi ordinari

I commi 1, 2, 6 e 7-bis dell'art. 48 del decreto legislativo n. 50 del 2016, sono superati da Corte di giustizia, sez. IV, 28 aprile 2022 in causa C-642/20 (punti 38, 39 e 40: nonostante gli artt. 19 e 63 direttiva, non è ammissibile che uno Stato membro predetermini le modalità esecutive all'interno del raggruppamento). In base a detta pronuncia, l'art. 83, comma 8, del decreto legislativo n. 50 del 2016, imponendo all'impresa mandataria del raggruppamento di operatori economici di eseguire le prestazioni "in misura maggioritaria" rispetto a tutti i membri del raggruppamento, fissa una condizione più rigorosa di quella prevista dalla direttiva 2014/24.

(...)

Pertanto, la possibilità di intervenire sulle modalità esecutive dei raggruppamenti e dei relativi partecipanti è demandata alle sole stazioni appaltanti, laddove gli Stati membri possono intervenire, in alcuni casi, sui soli requisiti di qualificazione.

Atteso quanto sopra si è ritenuto di non poter riproporre la distinzione fra raggruppamenti verticali e orizzontali, e la relativa disciplina, volta proprio a regolamentare le modalità di esecuzione dell'appalto da parte dei raggruppamenti, con le conseguenze ivi indicate.

La nuova configurazione dell'istituto del raggruppamento consente la presentazione di un'offerta sulla base del solo mandato collettivo, senza richiedere ulteriori requisiti e comportando la responsabilità solidale dei partecipanti.



I raggruppamenti temporanei d'impresa e i consorzi ordinari

Art. 68 (Raggruppamenti temporanei d'impresa e consorzi ordinari di operatori economici)

11. I raggruppamenti e i consorzi ordinari di operatori economici sono ammessi alla gara se gli imprenditori o altro raggruppamento che vi partecipano, oppure gli imprenditori consorziati, abbiano complessivamente i requisiti relativi alla capacità economica e finanziaria e alle capacità tecniche e professionali, ferma restando la necessità che l'esecutore sia in possesso dei requisiti prescritti per la prestazione che lo stesso si è impegnato a realizzare ai sensi del comma 2. Si applicano in quanto compatibili le disposizioni contenute nell'allegato II.12.

12. Se il singolo concorrente o i concorrenti che intendano riunirsi in raggruppamento temporaneo hanno i requisiti di cui al presente articolo, possono raggruppare altre imprese qualificate anche per categorie ed importi diversi da quelli richiesti nel bando, a condizione che i lavori eseguiti da queste ultime non superino il 20 per cento dell'importo complessivo dei lavori e che l'ammontare complessivo delle qualificazioni possedute da ciascuna sia almeno pari all'importo dei lavori che saranno ad essa affidati.

13. Tutti i partecipanti al raggruppamento e al consorzio ordinario possiedono i requisiti generali di cui agli articoli 94 e 95.



I consorzi stabili

Art. 47, D.Lgs. n. 50/16

2. Per i primi cinque anni dalla costituzione, ai fini della partecipazione dei consorzi di cui all'articolo 45, comma 2, lettera c), alle gare, i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi previsti dalla normativa vigente posseduti dalle singole imprese consorziate esecutrici, vengono sommati in capo al consorzio.

Art. 47, *post* Decreto cd. correttivo

2. I consorzi di cui agli articoli 45, comma 2, lettera c), e 46, comma 1, lettera f), al fine della qualificazione, possono utilizzare sia i requisiti di qualificazione maturati in proprio, sia quelli posseduti dalle singole imprese consorziate **designate** per l'esecuzione delle prestazioni, **sia, mediante avvalimento, quelli delle singole imprese consorziate non designate per l'esecuzione del contratto.** Con le linee guida dell'ANAC di cui all'articolo 84, comma 2, sono stabiliti, ai fini della qualificazione, i criteri per l'imputazione delle prestazioni eseguite al consorzio o ai singoli consorziati che eseguono le prestazioni.

Art. 47, *post* D.L. cd. sblocca cantieri

2. I consorzi stabili di cui agli articoli 45, comma 2, lettera c), e 46, comma 1, lettera f), **eseguono le prestazioni o con la propria struttura o tramite i consorziati indicati in sede di gara senza che cio' costituisca subappalto**, ferma la responsabilità solidale degli stessi nei confronti della stazione appaltante. Per i lavori, ai fini della qualificazione di cui all'articolo 84, **con il regolamento di cui all'articolo 216, comma 27-octies, sono stabiliti i criteri per l'imputazione delle prestazioni eseguite al consorzio o ai singoli consorziati che eseguono le prestazioni.** L'affidamento delle prestazioni da parte dei soggetti di cui all'articolo 45, comma 2, lettera b), ai propri consorziati non costituisce subappalto.

I Consorzi stabili

Milita in tal senso – più ancora che l'argomento meramente letterale, dal quale pure, in sé, sarebbe, in principio, lecito distillare una direttiva di interpretazione limitativa, giustificata dalla attitudine derogatoria e, per tal via, eccezionale della prefigurata facoltà di dimostrazione "cumulativa" dei requisiti di partecipazione – il nuovo 'contesto' normativo, dal quale risulta espunta la previsione di cui al previgente art. 36, comma 7, la quale (non operando, ai fini in parola, alcuna distinzione tra imprese designate o meno per l'esecuzione delle prestazioni) aveva legittimato un intendimento comprensivo, lato e generalizzato del cumulo, detto appunto e genericamente "alla rinfusa".

In definitiva, proprio la mancata riproduzione del testo dell'art. 36, comma 7 cit. (in base alla quale "il consorzio stabile si qualifica[va] sulla base delle qualificazioni possedute dalle singole imprese consorziate") suggerisce (ed anzi impone) di abbandonare l'orientamento esegetico che, sulla sua scorta, era maturato, restringendo la praticabilità del cumulo ai (soli) aspetti relativi alla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera, nonché all'organico medio annuo. (Cons. St., V[^], 22.8.22, n. 7360)



RILEVATO che (anche negli appalti non relativi ai beni culturali) il Consiglio di Stato ha affermato le imprese consorziate indicate come esecutrici devono essere in possesso e comprovare i requisiti di qualificazione richiesti per l'esecuzione dei lavori, a prescindere dalla qualificazione del Consorzio (cfr. Cons. Stato, sez. 22 agosto 2022, n. 7360, ove si evidenzia che "il consorzio può, in sede evidenziale, designare, per l'esecuzione del contratto, una o più delle imprese consorziate (che, in tal caso, partecipano direttamente alla gara, concorrendo alla sostanziale formulazione dei tratti, anche soggettivi, dell'offerta ed assumendo, in via solidale, la responsabilità per l'esatta esecuzione, ancorché la formalizzazione del contratto sia rimessa al consorzio, che è parte formale: cfr., ancora, Cons. Stato, ad. plen., n. 5/2021 cit.); e) in tal caso (che è quello in cui si sussume la vicenda di specie) è necessario che le imprese designate possiedano e comprovino (con la ribadita salvezza dei, limitati e specifici, casi di qualificazione cumulativa) i requisiti, tecnici e professionali, di partecipazione", richiamata anche da Cons. Stato, sez. V, 29 dicembre 2022, n. 11596; in termini, si veda Delibera Anac n. 76 del 22 febbraio 2023);

Art. 67 (Consorzi non necessari)

1. I requisiti di capacità tecnica e finanziaria per l'ammissione alle procedure di affidamento dei soggetti di cui agli articoli 65, comma 2, lettere b), c) e d), e 66, comma 1, lettera g), sono disciplinati dal regolamento di cui all'articolo 100, comma 4.

2. L'allegato II.12 disciplina, nelle more dell'adozione del regolamento di cui all'articolo 100, comma 4, la qualificazione degli operatori economici, fermo restando che:

a) per gli appalti di servizi e forniture, i requisiti di capacità tecnica e finanziaria sono computati cumulativamente in capo al consorzio ancorché posseduti dalle singole imprese consorziate;

b) per gli appalti di lavori, i requisiti di capacità tecnica e finanziaria per l'ammissione alle procedure di affidamento sono posseduti e comprovati dagli stessi sulla base delle qualificazioni possedute dalle singole imprese consorziate.

8. Ai fini del rilascio o del rinnovo dell'attestazione di qualificazione SOA, i requisiti di capacità tecnica e finanziaria sono posseduti e comprovati dai consorzi sulla base delle qualificazioni possedute dalle singole imprese consorziate. La qualificazione è acquisita con riferimento a una determinata categoria di opere generali o specialistiche per la classifica corrispondente alla somma di quelle possedute dalle imprese consorziate. Per la qualificazione alla classifica di importo illimitato è in ogni caso necessario che almeno una tra le imprese consorziate già possieda tale qualificazione ovvero che tra le imprese consorziate ve ne siano almeno una con qualificazione per classifica VII e almeno due con classifica V o superiore, ovvero che tra le imprese consorziate ve ne siano almeno tre con qualificazione per classifica VI. Per la qualificazione per prestazioni di progettazione e costruzione, nonché per la fruizione dei meccanismi premiali di cui all'articolo 106, comma 8, è in ogni caso sufficiente che i corrispondenti requisiti siano posseduti da almeno una delle imprese consorziate. Qualora la somma delle classifiche delle imprese consorziate non coincida con una delle classifiche di cui all'allegato II.12, la qualificazione è acquisita nella classifica immediatamente inferiore o in quella immediatamente superiore alla somma delle classifiche possedute dalle imprese consorziate, a seconda che tale somma si collochi rispettivamente al di sotto, ovvero al di sopra o alla pari della metà dell'intervallo tra le due classifiche. Gli atti adottati dall'ANAC restano efficaci fino alla data di entrata in vigore del regolamento di cui al comma 2.



Art. 225

13. Gli articoli 47, comma 1, 83, comma 2, e 216, comma 14, del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, si interpretano nel senso che, in via transitoria, relativamente ai consorzi di cui all'articolo 45, comma 1, lettera c), del medesimo codice, ai fini della partecipazione alle gare e dell'esecuzione si applica il regime di qualificazione previsto dall'articolo 36, comma 7, del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture di cui al decreto legislativo 18 aprile 2006 n. 163 e dagli articoli 81 e 94 del regolamento di esecuzione ed attuazione di cui al decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207. L'articolo 47, comma 2-bis, del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, si interpreta nel senso che, negli appalti di servizi e forniture, la sussistenza in capo ai consorzi stabili dei requisiti richiesti nel bando di gara per l'affidamento di servizi e forniture è valutata a seguito della verifica della effettiva esistenza dei predetti requisiti in capo ai singoli consorziati, anche se diversi da quelli designati in gara.



I I Consorzi stabili

Art. 67 (Consorzi non necessari)

3. Per gli operatori di cui agli articoli 65, comma 2, lettere c) e d) e 66, comma 1, lettera g), i requisiti generali di cui agli articoli 94 e 95 sono posseduti sia dalle consorziate esecutrici che dalle consorziate che prestano i requisiti. Le autorizzazioni e gli altri titoli abilitativi per la partecipazione alla procedura di aggiudicazione ai sensi del comma 3 dell'articolo 100 sono posseduti, in caso di lavori o di servizi, dal consorzio esecutore.

7. Possono essere oggetto di avalimento solo i requisiti maturati dallo stesso consorzio.



Reti d'impresa

Art. 68 (Raggruppamenti temporanei e consorzi ordinari di operatori economici)

20. Il presente articolo trova applicazione, in quanto compatibile, nella partecipazione alle procedure di affidamento delle aggregazioni tra le imprese aderenti al contratto di rete, di cui all'articolo 65, comma 2, lettera g); queste ultime, nel caso in cui abbiano tutti i requisiti del consorzio stabile di cui all'articolo 65, comma 2, lettera d), sono ad esso equiparate ai fini della qualificazione SOA.



Avvalimento

L'avvalimento



Art. 104 (Avvalimento)

1. L'avvalimento è il contratto con il quale una o più imprese ausiliarie si obbligano a mettere a disposizione di un operatore economico che concorre in una procedura di gara dotazioni tecniche e risorse umane e strumentali per tutta la durata dell'appalto. Il contratto di avvalimento è concluso in forma scritta a pena di nullità con indicazione specifica delle risorse messe a disposizione dell'operatore economico. Il contratto di avvalimento è normalmente oneroso, salvo che risponda anche a un interesse dell'impresa ausiliaria, e può essere concluso a prescindere dalla natura giuridica dei legami tra le parti.

2. Qualora il contratto di avvalimento sia concluso per acquisire un requisito necessario alla partecipazione a una procedura di aggiudicazione di un appalto di lavori di importo pari o superiore a euro 150.000, o di un appalto di servizi e forniture, esso ha per oggetto le dotazioni tecniche e le risorse che avrebbero consentito all'operatore economico di ottenere l'attestazione di qualificazione richiesta.

3. Qualora il contratto di avvalimento sia stipulato con impresa ausiliaria in possesso di autorizzazione o altro titolo abilitativo richiesto per la partecipazione alla procedura di aggiudicazione ai sensi dell'articolo 100, comma 3, o con un soggetto in possesso di titoli di studio o professionali necessari all'esecuzione della prestazione oggetto dell'appalto, i lavori o i servizi sono eseguiti direttamente dall'impresa ausiliaria. Si applicano le disposizioni in materia di subappalto.



Art. 104 (Avvalimento)

9. In relazione a ciascun affidamento la stazione appaltante in corso d'esecuzione effettua le verifiche sostanziali circa l'effettivo possesso dei requisiti e delle risorse oggetto dell'avvalimento da parte dell'impresa ausiliaria, nonché l'effettivo impiego delle risorse medesime nell'esecuzione dell'appalto. A tal fine il RUP accerta in corso d'opera che le prestazioni oggetto di contratto siano svolte direttamente dalle risorse umane e strumentali dell'impresa ausiliaria che il titolare del contratto utilizza in adempimento degli obblighi derivanti dal contratto di avvalimento. Ha, inoltre, l'obbligo di inviare ad entrambe le parti del contratto di avvalimento le comunicazioni ai sensi dell'articolo 29 e quelle inerenti all'esecuzione dei lavori. La stazione appaltante trasmette all'Autorità tutte le dichiarazioni di avvalimento, indicando altresì l'aggiudicatario, per l'esercizio della vigilanza, e per la prescritta pubblicità



Avvalimento

Espunto comma 6 art. 89 D.Lgs. 50/2016

E' ammesso l'avvalimento di piu' imprese ausiliarie.
L'ausiliario non puo' avvalersi a sua volta di altro soggetto

Espunto comma 7 art. 89 D.Lgs. 50/2016

In relazione a ciascuna gara non e' consentito, a pena di esclusione, che della stessa impresa ausiliaria si avvalga piu' di un concorrente



Avvalimento

Comma 11

Nel caso di appalti di lavori, di appalti di servizi e operazioni di posa in opera o installazione nel quadro di un appalto di fornitura, le S.A. possono prevedere nei documenti di gara che taluni compiti essenziali, ivi comprese le opere per le quali sono necessari **lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica**, quali strutture, impianti e opere speciali, **siano direttamente svolti dall'offerente** o, nel caso di un'offerta presentata da un raggruppamento di operatori economici, da un partecipante al raggruppamento



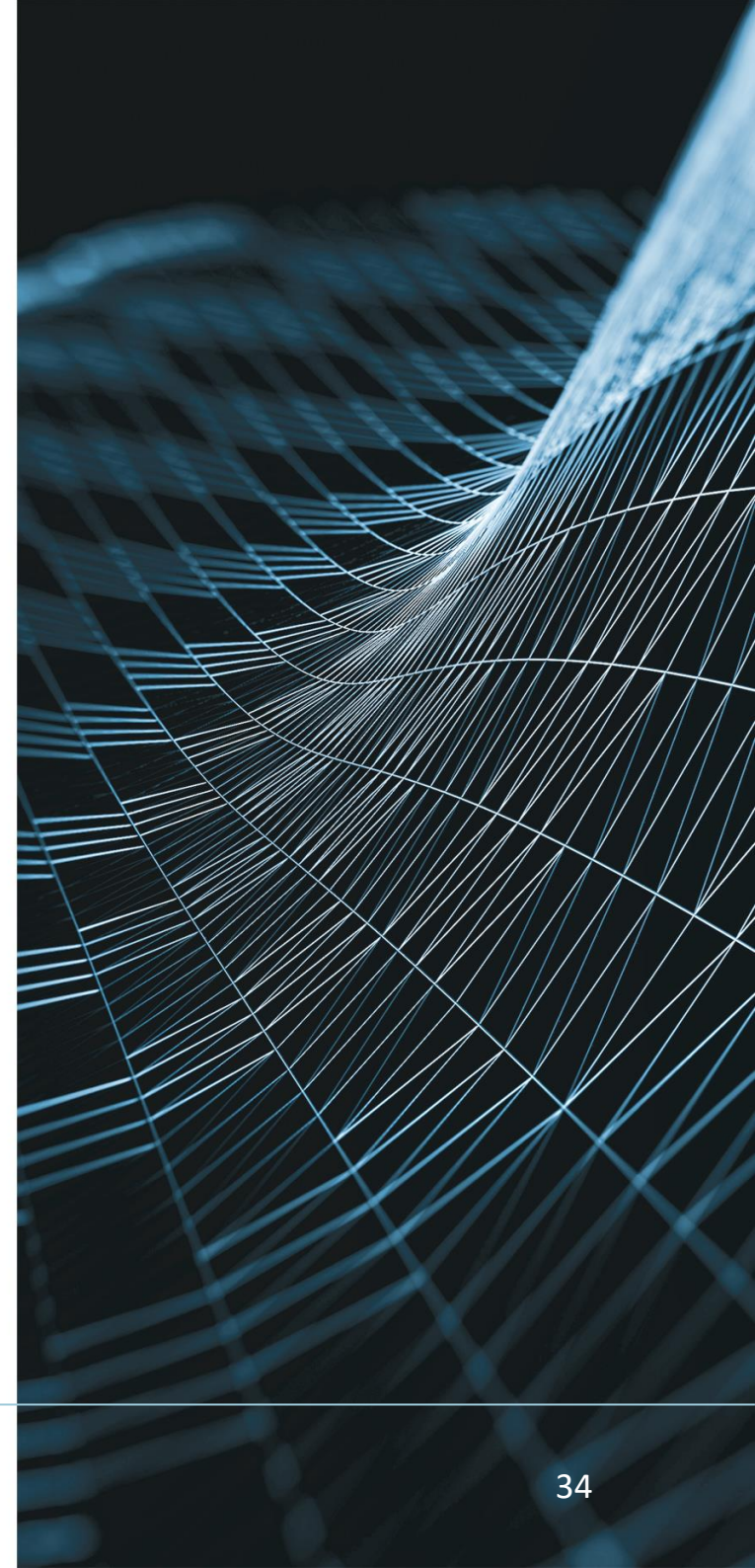
Avvalimento

Comma 12

Nei soli casi in cui l'avvalimento sia finalizzato a migliorare l'offerta, non è consentito che partecipino alla medesima gara l'impresa ausiliaria e quella che si avvale delle risorse da essa messe a disposizione.



Soccorso istruttorio



Art. 101. (Soccorso istruttorio)

«1. Salvo che al momento della scadenza del termine per la presentazione dell'offerta il documento sia presente nel **fascicolo virtuale dell'operatore economico**, la stazione appaltante assegna un **termine non inferiore a cinque giorni e non superiore a 10 dieci giorni** per:

a) integrare di ogni elemento mancante la documentazione trasmessa alla stazione appaltante nel termine per la presentazione delle offerte con la domanda di partecipazione alla procedura di gara o con il documento di gara unico europeo, **con esclusione della documentazione che compone l'offerta tecnica e l'offerta economica**; la **mancata presentazione della garanzia provvisoria, del contratto di avvalimento e dell'impegno a conferire mandato collettivo speciale in caso di raggruppamenti di concorrenti non ancora costituiti** è sanabile mediante **documenti aventi data certa anteriore al termine fissato per la presentazione delle offerte**;

b) sanare ogni omissione, inesattezza o irregolarità della domanda di partecipazione, del documento di gara unico europeo e di ogni altro documento richiesto dalla stazione appaltante per la partecipazione alla procedura di gara, con esclusione della documentazione che compone l'offerta tecnica e l'offerta economica. **Non sono sanabili le omissioni, inesattezze e irregolarità che rendono assolutamente incerta l'identità del concorrente.**

2. L'operatore economico che non adempie alle richieste della stazione appaltante nel termine stabilito è escluso dalla procedura di gara.



Sul superamento irregolarità essenziali/non essenziali

Cons. St., III[^], 19.3.20, n. 1963

2 – L'appellante riferisce che con bando di gara pubblicato in data 23.01.2018, la stazione appaltante indicava la procedura aperta, in unione d'acquisto per l'affidamento della fornitura di "Medicazioni Speciali – CND M04". La procedura veniva gestita, ai sensi dell'art. 58 del D.Lgs. 50/2016, con sistemi telematici, individuando, quale Gestore del Sistema, la ditta. All'esito delle valutazioni delle offerte, la stazione appaltante, con provvedimento, PG/2019/89582 del 20.3.2019, comunicava all'Operatore l'esclusione dalla gara in quanto "il file dell'offerta economica, caricato in piattaforma in modo conforme rispetto al timing di gara, è stato marcato temporalmente ma non è stato firmato digitalmente".

3 - Con ricorso notificato in data 22.3.2019, (...) impugnava il suindicato provvedimento di esclusione avanti al TAR per la Sardegna, Cagliari, e l'odierna appellante si costituiva in giudizio, seguita dalle altre contro interessate e dalla resistente.

4 - Il TAR accoglieva il ricorso proposto da (...) ritenendo, in sintesi, che la mancanza della firma digitale sull'offerta non avesse originato una incertezza sulla provenienza e immodificabilità dell'atto, considerato che l'upload dei documenti era avvenuto previa registrazione e creazione di un account abilitato all'accesso al portale telematico gestito da (...).



Sul superamento irregolarità essenziali/non essenziali

Cons. St., III[^], 19.3.20, n. 1963

13 – Alla stregua di tale premessa il Collegio considera quanto segue:

a) l'offerta economica della concorrente vittoriosa in primo grado, ed oggi contro interessata, non è stata firmata digitalmente, come invece richiesto dal bando di gara a pena di esclusione;

b) tuttavia la stessa offerta poteva ritenersi, ragionevolmente ancorchè erroneamente, firmata digitalmente, con strumento e procedimento idoneo a far conseguire i medesimi obiettivi sostanziali della firma digitale nella modalità di rito;

c) infatti, l'impresa per concorrere ha dovuto accreditarsi sul portale di gara e lo ha fatto designando il proprio legale rappresentante, che ha firmato digitalmente. Il medesimo, qualificandosi con l'accredito ricevuto, ha scaricato il modulo dell'offerta economica, lo ha compilato e lo ha restituito corredato dalla marca elettronica che egli stesso aveva acquistato dal fornitore Infocert firmandosi digitalmente, marca che lui solo poteva utilizzare e che era associata a lui sulla base della sua firma digitale;

d) quindi l'offerta economica, essendo munita di quella specifica marcatura elettronica, era non solo "inviolabile, integra e certa quanto a provenienza" come richiesto, ma anche univocamente associata alla manifestazione di volontà del Dott. (legale rappresentante delegato a spendere la volontà dell'impresa in gara) che firmandosi digitalmente aveva acquistato la marca stessa e poi volontariamente utilizzata;



Art. 101. (Soccorso istruttorio)

«3. La stazione appaltante può sempre richiedere **chiarimenti sui contenuti dell'offerta tecnica e dell'offerta economica** e su ogni loro allegato. **L'operatore economico è tenuto a fornire risposta nel termine fissato dalla stazione appaltante, che non può essere inferiore a cinque giorni e superiore a 10 dieci giorni.** I chiarimenti resi dall'operatore economico non possono modificare il contenuto dell'offerta tecnica e dell'offerta economica.

4. Fino al giorno fissato per la loro apertura, l'operatore economico, con le stesse modalità di presentazione della domanda di partecipazione, 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 a condizione che la rettifica non comporti la presentazione di una nuova offerta, o comunque la sua modifica sostanziale, e che resti comunque assicurato l'anonimato**».



Sui chiarimenti all'offerta tecnica/economica

Cons. St., V[^], 22.8.22, n. 7353

1.- Con bando del 17 febbraio 2020, la (...) indicava una gara per l'affidamento, mediante procedura aperta telematica e sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, dell'appalto relativo alla *"consulenza ed assistenza nella gestione dei servizi informatici per la conduzione dei processi caratteristici di un'azienda che gestisce il servizio idrico integrato, comprensivi dell'accesso agli stessi e dei servizi di Application Service Providing e Hosting per l'infrastruttura applicativa dei sistemi"*. Acquisite le offerte delle tre imprese che avevano fatto domanda di partecipazione, la Commissione di valutazione all'uopo costituita:

a) procedeva all'apertura delle *"buste virtuali"* pervenute, contenenti la documentazione amministrativa di ogni singolo concorrente, all'esito proponendo l'ammissione di tutti i partecipanti;

b) trascorrevano, quindi, all'apertura dei plichi contenenti l'offerta tecnica e, di seguito, in successive sedute, alla analisi del relativo contenuto, conclusosi con la *"decisione di predisporre quesiti da inviare ai partecipanti al fine di chiarire alcuni aspetti tecnici delle relative proposte"*;

c) analizzava i chiarimenti fatti pervenire dalle tre imprese partecipanti, concludendo che nel senso che gli stessi *"non soddisfa[ce]vano le aspettative"*, decidendo, perciò, di fissare un calendario di *"attività dimostrative"*, con separata effettuazione delle relative prove;

d) all'esito, dopo analisi e discussione sui principali aspetti tecnici dei progetti presentati, procedeva all'attribuzione dei relativi punteggi;

e) trascorrevano, quindi, alla apertura delle buste virtuali contenenti le offerte economiche ed i relativi ribassi percentuali proposti, attribuendo i relativi punteggi, con conseguente elaborazione della graduatoria finale



Il soccorso istruttorio

Sui chiarimenti all'offerta tecnica/economica

Cons. St., V[^], 22.8.22, n. 7353

In via preliminare, importa osservare che – se è, certamente, precluso alla stazione appaltante (e, per essa, alla commissione incaricata della valutazione delle offerte) di sollecitare chiarimenti, precisazioni, integrazioni in ordine ad incerte od ambigue formulazioni della proposta negoziale (ciò che si risolverebbe in forme anomale di dialogo idonee ad alterare il canone di rigorosa parità di condizione fra i concorrenti) – non è vietata la possibilità di sollecitare (con l'ovvio limite che si tratti di meri "chiarimenti" e/o "illustrazioni" e non di modifiche, anche solo quantitativamente parziali o qualitativamente limitate) chiarimenti sui tratti dell'offerta tecnica, le quante volte sia ritenuto opportuno, per la segnata ipotesi di proposte connotate di particolare complessità.

Non è, con ciò, preclusa – nella logica di una efficiente e non disparitaria cooperazione tra operatori economici e stazione appaltante – l'attività di soccorso "procedimentale" (diversa, come tale, dal "soccorso istruttorio", che – ai sensi dell'art. 83, comma 9 d. lgs. n. 50/2016, non potrebbe riguardare l'offerta, non solo sotto il profilo economico, ma anche sotto quello tecnico): il Consiglio di Stato aveva espressamente sottolineato, in relazione all'art. 83, l'opportunità di conservare tale forma di soccorso, in virtù del quale potessero essere richiesti, in caso di dubbi riguardanti "*gli elementi essenziali dell'offerta tecnica ed economica*", chiarimenti al concorrente, fermo il divieto di integrazione dell'offerta, trattandosi, segnatamente, di precisazioni finalizzate a consentire l'interpretazione delle offerte e a ricercare l'effettiva volontà dell'impresa partecipante alla gara, superandone le eventuali ambiguità, e a condizione di giungere a esiti certi circa la portata dell'impegno negoziale con esse assunte (cfr. anche Cons. Stato, sez. V, 27 aprile 2015, n. 2082; Id., 22 ottobre 2014, n. 5196; Id., 27 marzo 2013, n. 1487).



Il soccorso istruttorio

Sui chiarimenti all'offerta tecnica/economica

Cons. St., V[^], 22.8.22, n. 7353

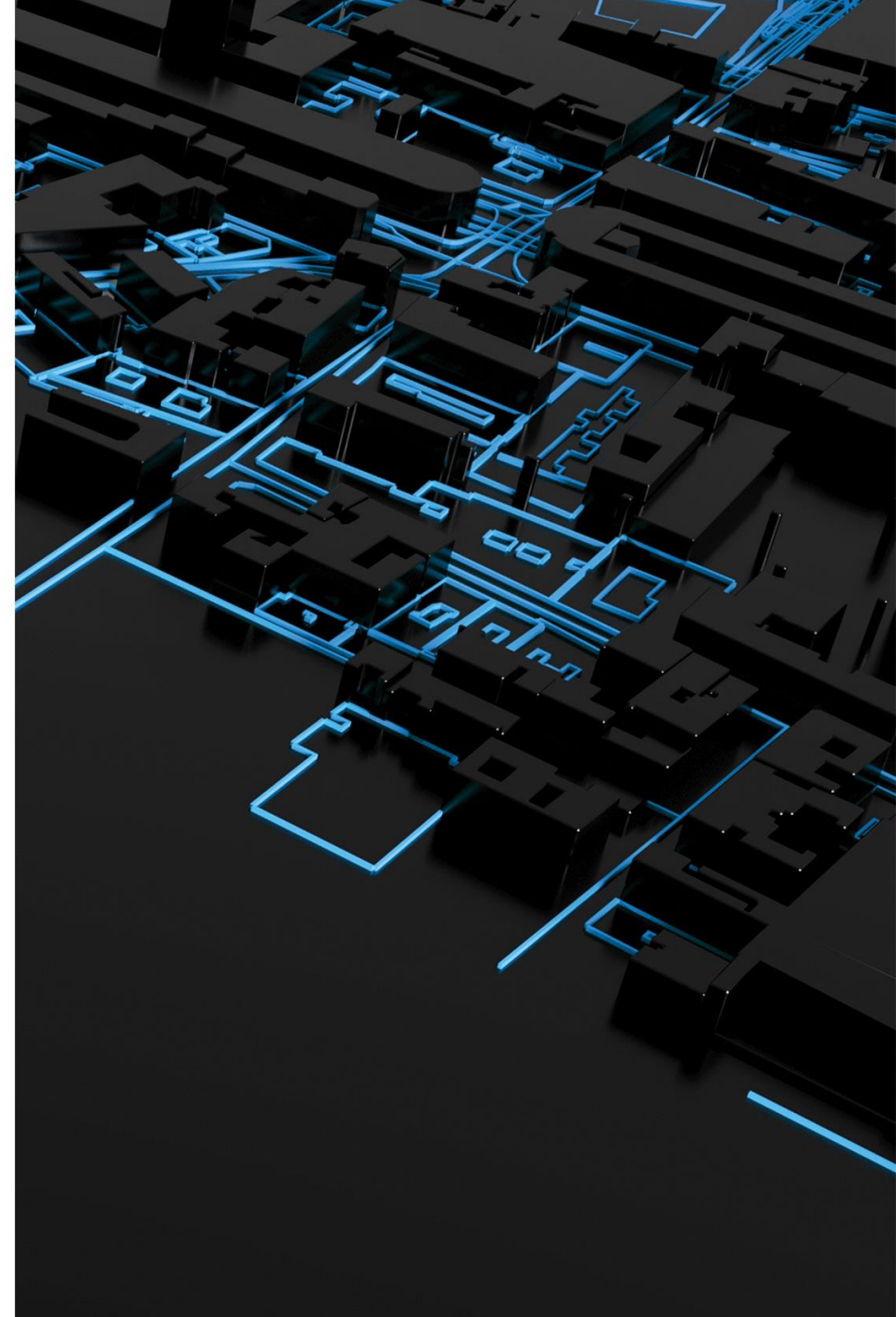
È, ad avviso del Collegio, quello che è accaduto nella vicenda in esame, nella quale la Commissione si è limitata – anche in ragione della espressa previsione della *lex specialis*, che aveva imposto, ad integrazione del progetto tecnico, l'allegazione, su supporto informatico, di apposita “*demo funzionante*” del *software* proposto per la gestione del servizio – a disporre la concreta “*dimostrazione*” di funzionalità, accompagnata da specifici chiarimenti in ordine ai relativi profili operativi, e senza possibilità di alterazione od integrazione.

Per giunta, si è trattato di una forma di approfondimento “*generalizzata*”, non limitata solo ad alcuno degli operatori offerenti: il che testimonia della sua concreta finalizzazione ad una compiuta ed analitica valutazione, assoluta e comparativa, delle soluzioni progettuali, verificate, in una logica “*dimostrativa*”, alla luce delle effettive modalità operative.

Né – a dispetto di quanto opinato dalla sentenza impugnata – si è con ciò concretizzato (anche solo) il “*pericolo*” di una commistione tra profili tecnici e profili economici delle proposte negoziali: e ciò sia perché, sotto il profilo della formale scansione procedimentale, l'acquisizione istruttoria ha preceduto, come è incontestato, l'apertura delle buste contenenti l'offerta tecnica, sia perché, in concreto, le operazioni sono state oggetto, a fini di trasparenza, di puntuale fonoregistrazione, dalla cui disamina non è emerso alcun riferimento, neanche indiretto, al ribasso proposto o, comunque, a profili in grado di orientare l'apprezzamento del dato economico.



Certificazioni Uni EN ISO 9001 – BIM e Blockchain





PISELLI & PARTNERS

YOUR BUSINESS
PROTECTED | INNOVATIVE
LAW FIRM

Avv. Alessio Cicchinelli
Mobile 338-2983083

e.mail alessio.cicchinelli@piselliandpartners.com

Studio Legale Associato Piselli & Partners

Via G. Mercalli, 13
00197 Roma
T. +39 06 8880761

www.piselliandpartners.com