



Centrale Unica di Committenza tra i Comuni di
MONTECATINI TERME E QUARRATA

[!\[\]\(919a2cb85b99741a73c0c31a427236a8_img.jpg\) ***Link a Profilo di committente***](#)

RELAZIONE EX ART. 71 D.LGS. 50/2016

**Procedura aperta per la fornitura di generi alimentari per il servizio di refezione dal
01/09/2018 al 31/08/2019**

Ai sensi dell'art. 71 del D.Lgs. 50/2016, questa Stazione Appaltante utilizza per la procedura di gara indicata il bando tipo n. 2 approvato da ANAC con deliberazione n. 1228 del 22/11/2017, pur non essendo obbligatorio trattandosi di procedura aggiudicata con il criterio del prezzo più basso. In ossequio tuttavia a quanto previsto dal medesimo articolo di legge, vengono apportate le seguenti modifiche debitamente motivate.

Innanzitutto l'intero testo è stato adattato alla forma della procedura in quanto la gara verrà svolta interamente con sistema telematico e non in forma cartacea come previsto dal bando tipo.

Paragrafo 5 Soggetti ammessi in forma singola e associata e condizioni di partecipazione

Il consorzio stabile si caratterizza per avere necessariamente una struttura di impresa (a differenza di tutti gli altri tipi di consorzio), tale per cui ben potrebbe eseguire l'appalto per proprio conto senza delegare la fase esecutiva ad una consorziata. Pertanto mentre per i consorzi di cui alla lett. c) dell'art. 45 vi è obbligo di indicare una o più consorziate esecutrici, per il consorzio stabile non vi è l'obbligo ma vi è facoltà. Per questo motivo la stazione appaltante ritiene di concedere al consorzio stabile la possibilità di scegliere tra l'esecuzione in via diretta delle prestazioni (ed in questo caso le singole consorziate potrebbero partecipare in via autonoma alla gara) oppure indicare una o più consorziate esecutrici (in tale caso solo alle predette risulta impedita la partecipazione in via autonoma).

Paragrafo 7 Requisiti Speciali e mezzi di prova

Ai sensi della deliberazione ANAC n. 157 del 17/02/2016, trattandosi di procedura interamente telematica, l'Amministrazione procederà in via autonoma alla verifica dei requisiti senza utilizzare il sistema AVCPass. Per questi motivi, il concorrente non dovrà presentare il Passoe.

Paragrafo 8 Avalimento

Relativamente all'ultimo paragrafo del predetto paragrafo secondo il quale "La mancata indicazione dei requisiti e delle risorse messi a disposizione dall'impresa ausiliaria non è sanabile in quanto causa di nullità del contratto di avalimento." deve comunque essere letto conformemente a quanto stabilito dal Consiglio di Stato Adunanza Plenaria n. 23 del 04/11/2016 secondo cui non è ammissibile «un'interpretazione tale da configurare la nullità del contratto di avalimento in ipotesi (...) in cui una parte dell'oggetto del contratto di avalimento, pur non essendo puntualmente determinata fosse tuttavia agevolmente determinabile dal tenore complessivo del documento, e ciò anche in applicazione degli articoli 1346, 1363 e 1367 del codice civile».

Paragrafo 9 Subappalto

La stazione appaltante si è discostata dal Bando Tipo sotto il profilo della soccorribilità dell'indicazione della terna per le motivazioni di seguito riportate.

Partiamo dalla considerazione, pregnante, che nel caso di specie il subappalto non è qualificatorio né tantomeno obbligatorio, ma meramente esecutivo e facoltativo. In sede di gara pertanto il concorrente potrà, non "dovrà", manifestare l'eventuale facoltà di subappaltare lasciandosi pertanto aperta detta possibilità, decidendo poi di dare o di non dare seguito alla dichiarazione.

Con riferimento alla tesi sostenuta da ANAC nel bando tipo n. 1 in ordine al **divieto di subappalto nel caso di mancata/irregolare costituzione della terna**, questa stazione appaltante ritiene non condivisibile detta tesi in forza della giurisprudenza formatasi in materia. Ne discende che qualora il concorrente in sede di DGUE, pur dichiarando l'intenzione di voler subappaltare una quota percentuale della commessa pubblica, abbia omissso di indicare la terna di subappaltatori richiesta in conformità all'art. 105, comma 6, D.Lgs. 50/2016, questa stazione appaltante attiverà il **soccorso istruttorio**, come disciplinato dall'art. 83, comma 9, D.Lgs. 50/2016 nei confronti del concorrente stesso. Dopo l'inutile decorso del termine perentorio di dieci giorni assegnato all'operatore ai fini della regolarizzazione, si concretizzerà l'ipotesi del divieto di subappalto già previsto dal bando tipo. Per l'omessa dichiarazione della terna, si veda: TAR Lombardia, Brescia, II, n. 1790/2016 – confermata da Cons. di Stato, sez. IV, n. 5690/2017, TAR Lazio Roma, III, n. 11438/2017, TAR Piemonte, II, n. 94/2018.

Qualora il concorrente abbia manifestato la volontà di subappaltare ma abbia indicato un numero di subappaltatori inferiori a tre, questa stazione appaltante attiverà il **soccorso istruttorio**, come disciplinato dall'art. 83, comma 9, D.Lgs. 50/2016 nei confronti del concorrente stesso. Dopo l'inutile decorso del termine perentorio di dieci giorni assegnato all'operatore ai fini della regolarizzazione, si concretizzerà l'ipotesi del divieto di subappalto già previsto nel bando tipo. Si veda, oltre alle pronunce già richiamate anche: TAR Piemonte. Torino, sez. I, 7 dicembre 2017 n. 1324.

Qualora il concorrente abbia indicato quale subappaltatore, **un soggetto che concorra contestualmente alla gara**, ANAC sostiene che il subappalto debba essere vietato, rendendo di fatto invalida l'indicazione della terna, in quanto il/i subappaltatore/i indicato/i non potrà/anno successivamente, ai sensi dell'art. 105, comma 4, D.Lgs. 50/2016, essere autorizzato/i ad eseguire il subappalto. Questa interpretazione non può essere condivisa: la posizione parrebbe sproporzionata rispetto al vizio verificatosi visto che il concorrente, comunque, potrebbe aver indicato almeno un subappaltatore con i requisiti. Si ricordi che trattasi di subappalto facoltativo e non qualificatorio, pertanto l'offerta presentata non ha profili di illegittimità. Al più, vi è una irregolarità nella documentazione amministrativa, che ribadiamo, non inficia l'offerta, e nel caso di specie pertanto la stazione appaltante attiverà il soccorso istruttorio di cui all'art. 83 comma 9 del Codice. Solo in caso di inutile decorso del termine dato si potrà configurare un vizio tale da riverberarsi in fase esecutiva. Per la giurisprudenza vedi quanto già affermato sopra.

Paragrafo 10 Garanzia provvisoria a favore del comune di Quarrata

E' stata puntualizzata la possibilità che le cauzioni possano essere rese anche da intermediari finanziari iscritti nell'albo di cui all'art. 106 del D.Lgs. 385/1993 (previsione dell'art. 93 del Codice dei Contratti).

Per semplificare il procedimento, in caso di copia informatica di documento analogico, si è aggiunta la possibilità di dichiarare la conformità da parte del Legale Rappresentante dell'impresa.

Per la riduzione della cauzione in presenza di ISO, è sufficiente in sede di gara la dichiarazione sul possesso della qualità all'interno del DGUE, pertanto non è necessario per il concorrente presentare copia della certificazione.

Inoltre, si ritiene di poter attivare il procedimento di soccorso istruttorio in tutti i casi di mancanza o irregolarità della cauzione, così come riconosciuto dalla giurisprudenza creatasi sul punto tra cui sent. TAR Piemonte, 02/01/2018, n.3, oppure TAR Basilicata, 27/07/2017 n. 531, dove si legge: *"Il predetto assunto dell'ANAC non risulta condivisibile, in quanto sia il previgente combinato disposto di cui agli artt. 38, comma 2 bis, e 46, comma 1 ter, D.Lg.vo n. 163/2006, sia il vigente art. 83, comma 9, D.Lg.vo n. 50/2016 non contemplano la suddetta condizione della già avvenuta costituzione della cauzione provvisoria alla data di presentazione dell'offerta e la Giurisprudenza (cfr. Sentenza TAR Lazio Sez. III ter n. 8143 del 10.6.2015, confermata dalla Sentenza della IV Sezione del Consiglio di Stato n. 1377 del 6.4.2016) ha statuito che non possono essere escluse dalla gara gli offerenti che hanno stipulato la cauzione provvisoria dopo la presentazione dell'offerta e/o dopo la scadenza del termine di presentazione delle offerte, quando il periodo di 180 giorni della sua efficacia retroagisce dalla data di presentazione dell'offerta, omissis, in quanto la cauzione provvisoria non assume la configurazione di un requisito di ammissione alla gara, che deve essere già posseduto entro il termine di presentazione delle offerte, ma costituisce una garanzia di serietà dell'offerta e di liquidazione preventiva e forfettaria del danno, in caso di mancata sottoscrizione del contratto di appalto imputabile al concorrente a titolo di dolo o colpa e/o di esclusione dalla gara per l'assenza dei requisiti di ammissione alla gara."* Conforme Consiglio di Stato n. 5226/2017, 2679/2017, 2563/2015.

Paragrafo 12 Pagamento del contributo a favore dell'Anac

Si riconosce la soccorribilità del pagamento del contributo a favore di ANAC. Vero che il pagamento è condizione di ammissibilità dell'offerta, ma considerando il principio di massima partecipazione – che prevale sul principio della par condicio – l'eventuale mancato pagamento sarà oggetto di soccorso istruttorio. Conformemente ad una lettura comunitariamente

orientata, cfr. sentenza CGUE del 02/06/2016 n. C - 27/15, anche la giurisprudenza amministrativa italiana si è orientata a riconoscere soccorribile detto elemento (TAR Lazio 10/10/2017 n. 11031) in quanto nessuna norma di legge prevede la sanzione dell'esclusione in caso di mancato adempimento dell'onere del pagamento del contributo ANAC e quindi la clausola contenuta nel bando tipo risulta nulla in forza del comma 8 dell'art. 83 D.Lgs. 50/2016 (TAR Trento 22/02/2018 n.44).

Paragrafo 15.1 Domanda di partecipazione

Si veda quanto scritto a proposito dei consorzi art. 45 comma 2 lett. b) e c) sull'obbligo di indicare o meno la consorziata esecutrice.

Paragrafo 15.3.1 Dichiarazioni integrative

15.3.1.a) Relativamente alle dichiarazioni ex art. 80 comma 1 e 2 del Codice dei Contratti, riferito ai soggetti elencati nel comma 3 del medesimo articolo, si specifica che viene inserita la possibilità per l'operatore economico di far rendere le dichiarazioni direttamente dai soggetti ivi indicati. Pertanto, se il legale rappresentante del concorrente nulla dice o specifica, sarà lui stesso a rendere le dichiarazioni anche con riferimento ai soggetti di cui all'art. 80 comma 3 del Codice (altri legali rappresentanti, direttori tecnici etc.). Se invece il sottoscrittore non intendesse rendere le dichiarazioni anche per altri - considerando che la dichiarazione porta con sé inevitabilmente delle responsabilità - viene lasciata la possibilità che siano direttamente i soggetti a rendere le dichiarazioni richieste. A tal fine la stazione appaltante mette a disposizione i relativi fac simili.

Paragrafo 18 Criterio di aggiudicazione

I singoli lotti verranno aggiudicati al prezzo più basso. Pertanto risulterà aggiudicatario chi avrà presentato il massimo ribasso. Per individuare de l'offerta è anomala, si applicheranno le regole di cui all'art. 97 comma 2 del D.Lgs. 50/2016. Il sorteggio tra uno dei 5 sistemi previsti dalla legge per individuare l'anomalia, così come il calcolo, vengono effettuati direttamente dal sistema START. Tuttavia, come ben precisato nel disciplinare, il sistema START non è allineato né con quanto previsto dalle Linee Guida ANAC n. 4 aggiornate al D.Lgs. 56/2017 con delibera Consiglio n. 2016 del 01/03/2018, né con la giurisprudenza del Consiglio di Stato espressa con due sentenze, la n. 435/2018 e 2959/2018, relativamente alla lett. b) del secondo comma dell'art. 97 del Codice. Pur dando atto di una possibile diversa lettura di detto metodo, espresso dal TAR Toscana n.510/2018, diversa lettura che ha portato lo stesso Consiglio di Stato a rinviare la questione all'Adunanza Plenaria (CDS 3472/2018), la stazione appaltante ritiene di seguire la lettura avallata dal Consiglio di Stato e da ANAC. Pertanto, laddove il sistema START andasse ad estrarre proprio la metodologia di calcolo della lett. B del Codice, il RUP e/o il delegato alla procedura, provvederà a calcolare l'anomalia secondo la lettura di ANAC.

Paragrafo 21 Valutazione delle offerte economiche

Il Rup, o seggio di gara, una volta terminata la fase di controllo della documentazione amministrativa, procederà ad ammettere i concorrenti alla fase successiva. Trattandosi di valutare solo le offerte economiche, la stazione appaltante si riserva di terminare l'intera procedura di gara in un'unica seduta.

Paragrafo 23 Aggiudicazione dell'appalto e stipula del contratto

E' stata aggiunta la facoltà della stazione appaltante di aggiudicare l'appalto anche in presenza di una sola offerta valida purché ritenuta congrua e conveniente.

Paragrafo 9 Subappalto: criticità

Si rileva ancora un ulteriore profilo che non parrebbe pienamente condivisibile, e che si ritiene dover segnalare, fermo restando che al momento, in attesa di maggiori approfondimenti e soprattutto in attesa di pronunce giurisprudenziali sul punto, la stazione appaltante ritiene prudenzialmente di attenersi a quanto stabilito nel Bando Tipo n. 1 in merito alla esclusione del concorrente per mancato possesso dei requisiti ex art. 80 del Codice in capo ad uno dei subappaltatori.

Considerando appunto che trattasi di un subappalto meramente esecutivo e non qualificatorio, e che pertanto non incide e/o non riguarderebbe l'ammissibilità dell'offerta che è, e rimane, validamente presentata dal concorrente, considerando che la volontà di avvalersi del subappalto è sempre e comunque una mera eventualità (l'indicazione di una mera volontà di subappalto in sede di gara non implica necessariamente il formale e pratico coinvolgimento del subappaltatore in fase esecutiva), la comminatoria dell'esclusione del concorrente parrebbe del tutto sproporzionata, nonché di dubbia legittimità sul piano della compatibilità del dettato normativo con la direttiva comunitaria in particolare con l'art. 71. Parrebbe in verità più congruo e ragionevole consentire al concorrente la sostituzione del subappaltatore che non risulti in regola con l'art. 80, cosa che peraltro è appunto consentito all'appaltatore in fase esecutiva ai sensi del comma 12 del medesimo articolo (quindi parrebbe esserci un difetto di coordinamento tra il comma 1 e il comma 12 dell'art. 80). Il Consiglio di Stato ha lapidariamente accennato al problema nel parere 03/11/2016 n. 2286 redatto sulle linee guida ANAC n.6 avente ad oggetto l'art. 80 comma 5 lett. c) del Codice (illeciti professionali) dove si legge *"Si pone tuttavia un problema di coordinamento di tali previsioni con l'art. 105, c. 12, a tenore del quale "L'affidatario deve provvedere a sostituire i subappaltatori relativamente ai quali apposita verifica abbia dimostrato la sussistenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80." Tale previsione costituisce trasposizione dei pertinenti articoli delle direttive, secondo cui ogni qualvolta le stazioni appaltanti sono tenute, in base alle leggi nazionali, a verificare le cause di esclusione anche nei confronti dei subappaltatori, esse chiedono agli operatori economici di sostituire i subappaltatori che risultano privi dei requisiti generali. Le direttive sembrano dunque consentire la possibilità di sostituire i subappaltatori privi dei requisiti anche quando i loro nomi vanno indicati in gara. Sicché, le disposizioni dell'art. 80, c. 1 e c. 5, che sembrano invece prevedere la esclusione del concorrente per difetto dei requisiti del subappaltatore, senza possibilità di sostituirlo, potrebbero anche prestarsi a dubbi di compatibilità comunitaria. Sembrerebbe peraltro possibile darne una interpretazione comunitariamente orientata, ritenendo quanto meno che, quando è fornita una terna di possibili subappaltatori, è sufficiente ad evitare l'esclusione del concorrente che almeno uno dei subappaltatori abbia i requisiti e sia qualificato per eseguire la prestazione da subappaltare, ovvero che il concorrente dichiari di rinunciare al subappalto, avendo in proprio i requisiti per eseguire le prestazioni."* Il Consiglio di Stato auspica infatti un intervento esegetico di Anac con linee guida avente ad oggetto il subappalto oppure un intervento correttivo del Codice, interventi che ad oggi non sono intervenuti. Tuttavia, per quanto appare condivisibile quanto espresso dal Consiglio di Stato in sede di parere sulle linee guida n. 6, anche e soprattutto in ordine al possibile contrasto con l'art. 71 della direttiva 2014/24/UE, dato atto che lo stesso Consiglio di Stato, commissione speciale del 21/03/2016, nel parere n. 855/2016 del 01/04/2016 reso sulla bozza di codice dei contratti nulla ha rilevato in materia, così come nulla è stato rilevato nel parere n. 782 del 30/03/2017 emesso sul decreto correttivo al codice dei contratti, in attesa di eventuali pronunce giurisprudenziali in merito, la stazione appaltante non procede a modificare la previsione del Bando Tipo, riservandosi di disapplicare la norma o di applicarla come da diversa lettura che si andrà a formare.

Il Responsabile del Servizio Affari Generali ed Attività Negoziali

Danila Bandaccari