

IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI
MOTIVI DI ESCLUSIONE, CRITERI DI SELEZIONE, SOCCORSO ISTRUTTORIO, AVVALIMENTO
ART. 80, 83, 89

L'art. 80 del Codice ha ad oggetto «Motivi di esclusione» contiene la nuova disciplina sui requisiti di ordine generale (c.d. requisiti di moralità) che devono essere posseduti dai concorrenti e dai loro subappaltatori.

Tale articolo recepisce le nuove disposizioni europee ed introduce rilevanti novità rispetto alla disciplina dei requisiti di ordine generale contenuta all'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006.

Vengono confermati alcuni requisiti connessi a specifiche normative italiane (e quindi non presenti nelle direttive europee).

IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI
MOTIVI DI ESCLUSIONE, CRITERI DI SELEZIONE, SOCCORSO ISTRUTTORIO, AVVALIMENTO
ART. 80, 83, 89

LE SENTENZE DI CONDANNA

Art. 80 comma 1 del Codice

L'esclusione dalla gara viene collegata alla sussistenza di una condanna definitiva per uno dei reati indicati nell'elenco tassativo contenuto nell'art. 80 > viene eliminato il concetto di condanne gravi incidenti sulla moralità professionale dell'impresa e la valutazione discrezionale che doveva essere effettuata dalla stazione appaltante per valutare la rilevanza dei reati

Ampliamento degli esponenti dell'operatore economico assoggettati alla verifica del requisito:

Per le società di capitali: membri del consiglio di amministrazione cui sia stata conferita la legale rappresentanza, ivi compresi institori e procuratori generali, dei membri degli organi con poteri di direzione o di vigilanza o dei soggetti muniti di poteri di rappresentanza, di direzione o di controllo, direttore tecnico o socio unico persona fisica, ovvero socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci, se si tratta di altro tipo di società o consorzio

IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI
MOTIVI DI ESCLUSIONE, CRITERI DI SELEZIONE, SOCCORSO ISTRUTTORIO, AVVALIMENTO
ART. 80, 83, 89

LE SENTENZE DI CONDANNA

Art. 80 comma 1 del Codice

L'esclusione dalla gara viene collegata alla sussistenza di una condanna definitiva per uno dei reati indicati nell'elenco tassativo contenuto nell'art. 80 > viene eliminato il concetto di condanne gravi incidenti sulla moralità professionale dell'impresa e la valutazione discrezionale che doveva essere effettuata dalla stazione appaltante per valutare la rilevanza dei reati

Ampliamento degli esponenti dell'operatore economico assoggettati alla verifica del requisito:

Per le società di capitali: membri del consiglio di amministrazione cui sia stata conferita la legale rappresentanza, ivi compresi institori e procuratori generali, **dei membri degli organi con poteri di direzione o di vigilanza** o dei soggetti muniti di poteri di rappresentanza, di direzione o di controllo, direttore tecnico o socio unico persona fisica, ovvero socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci, se si tratta di altro tipo di società o consorzio

IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI
MOTIVI DI ESCLUSIONE, CRITERI DI SELEZIONE, SOCCORSO ISTRUTTORIO, AVVALIMENTO
ART. 80, 83, 89

LE SENTENZE DI CONDANNA

Art. 80 comma 1 del Codice

L'esclusione dalla gara viene collegata alla sussistenza di una condanna definitiva per uno dei reati indicati nell'elenco tassativo contenuto nell'art. 80 > viene eliminato il concetto di condanne gravi incidenti sulla moralità professionale dell'impresa e la valutazione discrezionale che doveva essere effettuata dalla stazione appaltante per valutare la rilevanza dei reati

Ampliamento degli esponenti dell'operatore economico assoggettati alla verifica del requisito:

Per le società di capitali: membri del consiglio di amministrazione cui sia stata conferita la legale rappresentanza, ivi compresi institori e procuratori generali, dei membri degli organi con poteri di direzione o di vigilanza o **dei soggetti muniti di poteri di rappresentanza**, di direzione o di controllo, direttore tecnico o socio unico persona fisica, ovvero socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci, se si tratta di altro tipo di società o consorzio

IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI
MOTIVI DI ESCLUSIONE, CRITERI DI SELEZIONE, SOCCORSO ISTRUTTORIO, AVVALIMENTO
ART. 80, 83, 89

LE SENTENZE DI CONDANNA

Art. 80 comma 1 del Codice

L'esclusione dalla gara viene collegata alla sussistenza di una condanna definitiva per uno dei reati indicati nell'elenco tassativo contenuto nell'art. 80 > viene eliminato il concetto di condanne gravi incidenti sulla moralità professionale dell'impresa e la valutazione discrezionale che doveva essere effettuata dalla stazione appaltante per valutare la rilevanza dei reati

Ampliamento degli esponenti dell'operatore economico assoggettati alla verifica del requisito:

Per le società di capitali: membri del consiglio di amministrazione cui sia stata conferita la legale rappresentanza, ivi compresi institori e procuratori generali, dei membri degli organi con poteri di direzione o di vigilanza o dei soggetti muniti di poteri di rappresentanza, **di direzione o di controllo**, direttore tecnico o socio unico persona fisica, ovvero socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci, se si tratta di altro tipo di società o consorzio

IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI
MOTIVI DI ESCLUSIONE, CRITERI DI SELEZIONE, SOCCORSO ISTRUTTORIO, AVVALIMENTO
ART. 80, 83, 89

GLI ALTRI REQUISITI DI ORDINE GENERALE

Divieti antimafia: la sussistenza, nei confronti dei soggetti sopra indicati, di cause di decadenza, di sospensione o di divieto previste dall'art. 67 del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 o di un tentativo di infiltrazione mafiosa di cui all'articolo 84, comma 4, del medesimo decreto, fermo restando quanto previsto dal predetto decreto n. 159/2011.

Regolarità fiscale: violazioni gravi, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse > costituiscono gravi violazioni quelle che comportano un omesso pagamento di imposte e tasse superiore all'importo di cui all'art. 48-bis, commi 1 e 2-bis del d.p.r. n. 602/1973 (e cioè 10.000 euro) e definitivamente accertate quelle contenute in sentenze o atti amministrativi non più soggetti ad impugnazione.

Regolarità contributiva: violazioni gravi, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento dei contributi previdenziali > costituiscono gravi violazioni in materia contributiva e previdenziale quelle ostative al rilascio del DURC.

Le cause di esclusione inerenti la regolarità fiscale e la regolarità contributiva non si applicano quando l'operatore economico ha ottemperato ai suoi obblighi pagando o impegnandosi in modo vincolante a pagare le imposte o i contributi previdenziali dovuti, compresi eventuali interessi o multe, purché il pagamento o l'impegno siano stati formalizzati prima della scadenza del termine per la presentazione delle domande.

IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI
MOTIVI DI ESCLUSIONE, CRITERI DI SELEZIONE, SOCCORSO ISTRUTTORIO, AVVALIMENTO
ART. 80, 83, 89

GLI ALTRI REQUISITI DI ORDINE GENERALE

Art. 80 comma 5:

- gravi infrazioni debitamente accertate alle norme in materia di salute e sicurezza sul lavoro nonché agli obblighi di cui all'articolo 30, comma 3 del presente codice; (obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro);
- Procedure concorsuali (stato di fallimento, di liquidazione coatta, di concordato preventivo, salvo il caso di concordato con continuità aziendale, o procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni);
- la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità. Tra questi rientrano: le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio, ovvero hanno dato luogo ad una condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni; il tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate ai fini di proprio vantaggio; il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione ovvero l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione;
- Con linee guida l'ANAC, entro 90 giorni dall'entrata in vigore del Codice, può precisare, al fine di garantire omogeneità di prassi da parte delle stazioni appaltanti, quali mezzi di prova considerare adeguati per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui al comma 5, lettera c), ovvero quali carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto siano significative ai fini del medesimo comma 5, lettera c).

IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI
MOTIVI DI ESCLUSIONE, CRITERI DI SELEZIONE, SOCCORSO ISTRUTTORIO, AVVALIMENTO
ART. 80, 83, 89

GLI ALTRI REQUISITI DI ORDINE GENERALE

la partecipazione dell'operatore economico alla gara determina una situazione di conflitto di interesse non diversamente risolvibile;

una distorsione della concorrenza derivante dal precedente coinvolgimento degli operatori economici nella preparazione della procedura d'appalto di cui all'art. 62 (consultazioni preliminari di mercato) non può essere risolta con misure meno intrusive;

sanzione interdittiva ex d.lgs. n. 231/2001 o ad altra sanzione che comporta il divieto di contrarre con la pubblica amministrazione

False dichiarazioni/documentazione resa nell'ambito della gara;

Iscrizione nel casellario informatico ANAC per aver presentato false dichiarazioni o falsa documentazione

Violazione del divieto di intestazione fiduciaria di cui all'articolo 17 della legge 19 marzo 1990, n. 55.

GLI ALTRI REQUISITI DI ORDINE GENERALE

- Non conformità con la disciplina sul lavoro dei disabili di cui 17 della legge 12 marzo 1999, n. 68;
- Offerte imputabili ad un unico centro decisionale.

IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI
MOTIVI DI ESCLUSIONE, CRITERI DI SELEZIONE, SOCCORSO ISTRUTTORIO, AVVALIMENTO
ART. 80, 83, 89

I REQUISITI DI ORDINE SPECIALE

Art. 83 (Criteri di selezione e soccorso istruttorio).

I criteri di selezione riguardano esclusivamente:

- a) i requisiti di idoneità professionale;
- b) la capacità economica e finanziaria;
- c) le capacità tecniche e professionali.

I requisiti e le capacità sono attinenti e proporzionati all'oggetto dell'appalto, tenendo presente l'interesse pubblico ad avere il più ampio numero di potenziali partecipanti, nel rispetto dei principi di trasparenza e rotazione.

Ai fini dei requisiti di idoneità professionale, i concorrenti alle gare, se cittadini italiani o di altro Stato membro residenti in Italia, devono essere iscritti nel registro della camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura o nel registro delle commissioni provinciali per l'artigianato, o presso i competenti ordini professionali.

IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI
MOTIVI DI ESCLUSIONE, CRITERI DI SELEZIONE, SOCCORSO ISTRUTTORIO, AVVALIMENTO
ART. 80, 83, 89

I REQUISITI DI ORDINE SPECIALE
Art. 83 (Criteri di selezione e soccorso istruttorio).

- Ai fini della verifica del possesso dei requisiti di capacità economica e finanziaria, le stazioni appaltanti, nel bando di gara, possono richiedere:
 - a) che gli operatori economici abbiano un fatturato minimo annuo, compreso un determinato fatturato minimo nel settore di attività oggetto dell'appalto;
 - b) che gli operatori economici forniscano informazioni riguardo ai loro conti annuali che evidenzino in particolare i rapporti tra attività e passività;
 - c) un livello adeguato di copertura assicurativa contro i rischi professionali.
- Il fatturato minimo annuo non può comunque superare il doppio del valore stimato dell'appalto, calcolato in relazione al periodo di riferimento dello stesso, salvo in circostanze debitamente motivate relative ai rischi specifici connessi alla natura dei lavori, servizi e forniture. La stazione appaltante, ove richieda un fatturato minimo annuo, ne indica le ragioni nei documenti di gara.
- ✓ Per gli appalti divisi in lotti, tale prescrizione si applica per ogni singolo lotto. Tuttavia, le stazioni appaltanti possono fissare il fatturato minimo annuo che gli operatori economici devono avere con riferimento a gruppi di lotti nel caso in cui all'aggiudicatario siano aggiudicati più lotti da eseguirsi contemporaneamente.

IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI
MOTIVI DI ESCLUSIONE, CRITERI DI SELEZIONE, SOCCORSO ISTRUTTORIO, AVVALIMENTO
ART. 80, 83, 89

I REQUISITI DI ORDINE SPECIALE

- Per i requisiti di capacità tecniche e professionali, le stazioni appaltanti possono richiedere requisiti per garantire che gli operatori economici possiedano le risorse umane e tecniche e l'esperienza necessarie per eseguire l'appalto con un adeguato standard di qualità.
- Nelle procedure d'appalto per forniture che necessitano di lavori di posa in opera o di installazione, servizi o lavori, la capacità professionale degli operatori economici di fornire tali servizi o di eseguire l'installazione o i lavori può essere valutata con riferimento alla loro competenza, efficienza, esperienza e affidabilità.
- Le informazioni richieste non possono eccedere l'oggetto dell'appalto; l'amministrazione deve, comunque, tener conto dell'esigenza di protezione dei segreti tecnici e commerciali.

Il DGUE ed i requisiti di ordine generale

Quali sono i soggetti in grado di incidere sulla valutazione di moralità del concorrente?

Oltre alle ipotesi solite per ditte individuali e società di persone, nel caso in cui si tratti di altro tipo di società, la causa di esclusione è riferita, invece, ai «membri del consiglio di amministrazione cui sia stata conferita la legale rappresentanza, di direzione o di vigilanza», ai «soggetti muniti di poteri di rappresentanza, di direzione o di controllo», al direttore tecnico e al socio persona fisica, ovvero al socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci.

Il DGUE ed i requisiti di ordine generale

L'elenco esplicativo di ANAC in relazione ai nuovi sistemi di gestione delle società di capitali come risultanti dalla riforma del diritto societario

Requisito di cui all'art. 80, comma 1, del Codice da verificare in capo:

- membri del consiglio di amministrazione muniti di legale rappresentanza, nelle società con sistema di amministrazione tradizionale e monistico;
- membri del collegio sindacale nelle società con sistema di amministrazione tradizionale e membri del comitato per il controllo sulla gestione nelle società con sistema di amministrazione monistico;
- membri del consiglio di gestione e ai membri del consiglio di sorveglianza, nelle società con sistema di amministrazione dualistico.
- altri «soggetti muniti di poteri di rappresentanza, di direzione o di controllo», intendendosi per tali i soggetti che risultino muniti di poteri di rappresentanza (come gli institori e i procuratori ad negotia), di direzione (come i dipendenti o i professionisti ai quali siano stati conferiti significativi poteri di direzione e gestione dell'impresa) o di controllo (come il revisore contabile e l'Organismo di Vigilanza di cui all'art. 6 del D. Lgs. n. 231/2001).
- In caso di controllo contabile affidato a società di revisione, la verifica di cui all'art. 80, comma 1, non deve essere condotta sui membri degli organi sociali della società di revisione, trattandosi di soggetto giuridico distinto dall'operatore economico concorrente.

Il DGUE ed i requisiti di ordine generale

I soggetti da indicare nel DGUE (art. 80, commi 1 e 3)

da indicare duplicando la riga dei rappresentanti della sezione B della Parte II
(B: INFORMAZIONI SUI RAPPRESENTANTI DELL'OPERATORE ECONOMICO)
e compilando, per ciascuna condanna presente, la sezione A della Parte III
(A: MOTIVI LEGATI A CONDANNE PENALI)

OPPURE (solo in caso di assenza di condanne)

Riportando una generica dichiarazione di assenza delle cause di esclusione

Scopo e funzioni del DGUE

Nel Codice (art. 85): “consiste in un'autodichiarazione aggiornata come prova documentale preliminare in sostituzione dei certificati rilasciati da autorità pubbliche o terzi in cui si conferma che l'operatore economico soddisfa le seguenti condizioni:

- a) non si trova in una delle situazioni di cui all'articolo 80;
- b) soddisfa i criteri di selezione definiti a norma dell'articolo 83;
- c) soddisfa gli eventuali criteri oggettivi fissati a norma dell'articolo 91.”

Dalla circolare ministeriale: “La finalità del DGUE è semplificare e ridurre gli oneri amministrativi che gravano sulle amministrazioni aggiudicatrici, sugli enti aggiudicatori e sugli operatori economici attraverso l'adozione di un **modello autodichiarativo, previsto in modo standardizzato** a livello europeo, e basato sul possesso dei requisiti di carattere generale e speciale, destinato a sostituire i singoli moduli predisposti dalle amministrazioni aggiudicatrici e dagli enti aggiudicatori per la partecipazione ad ogni singola procedura ad evidenza pubblica. “

Dal regolamento comunitario: “il DGUE consiste in una dichiarazione formale da parte dell'operatore economico di non trovarsi in una delle situazioni nelle quali gli operatori economici devono o possono essere esclusi, di soddisfare i pertinenti criteri di selezione e di rispettare, se del caso, le norme e i criteri oggettivi fissati al fine di limitare il numero di candidati qualificati da invitare a partecipare. Il DGUE è finalizzato a ridurre gli oneri amministrativi derivanti dalla necessità di produrre un considerevole numero di certificati o altri documenti relativi ai criteri di esclusione e di selezione.”

L'utilizzo del DGUE

Quanti DGUE?

RTOE e simili: Nel caso di partecipazione degli operatori economici con le forme previste ai sensi dell'art. 45, comma 2, lettera d), e), f), g) e dell'art. 46, comma 1, lettera e) del Codice, **per ciascuno degli operatori economici partecipanti è presentato un DGUE distinto recante le informazioni richieste dalle Parti da II a VI.**

Operatori economici con idoneità individuale: Nel caso di partecipazione di **consorzi di cui all'art. 45, comma 2, lettera b) e c) ed all'art. 46, comma 1, lettera f) del Codice**, il DGUE è compilato, **separatamente, dal consorzio e dalle consorziate esecutrici ivi indicate.** Pertanto, nel modello di formulario (parte II, lett. A, penultima sezione) deve essere indicata la denominazione degli operatori economici facente parte di un consorzio di cui al sopra citato art. 45, comma 2, lettera b) o c) o di una Società di professionisti di cui al sopra citato art. 46, comma 1, lettera f) che eseguono le prestazioni oggetto del contratto.

Avvalimento: oltre al DGUE del Concorrente, che indicherà l'ausiliario nella parte II, lett. C, l'ausiliario dovrà presentare un proprio DGUE

Subappalto: oltre al DGUE del Concorrente, che indicherà l'ausiliario nella parte II, lett. D, la SA potrà chiedere i documenti anche del/dei subappaltatore/i

La verifica dei requisiti (contenuti nel DGUE)

*“In assenza di specifiche indicazioni del Codice in ordine ai tempi e alle modalità delle verifiche sulle dichiarazioni sostitutive rese dai concorrenti sul possesso dei requisiti di partecipazione, è possibile ricavare indicazioni operative dal disposto dell’art. 85, comma 5, del Codice e dell’art. 71 del d.p.r. 445/2000 (richiamato dal DGUE). Può affermarsi, quindi, che, **ferma restando l’obbligatorietà del controllo sul primo e secondo classificato da effettuarsi prima dell’aggiudicazione dell’appalto**, nelle precedenti fasi della procedura, **le stazioni appaltanti sono tenute a verificare i requisiti generali e speciali, anche ai sensi degli artt. 76, comma 3 e 83, comma 8, del Codice, sulla base delle autodichiarazioni presentate dai concorrenti, di cui è verificata la completezza e conformità a quanto prescritto dal bando**. Le stazioni appaltanti possono procedere al controllo della veridicità e sostanza di tali autodichiarazioni anche a campione e in tutti i casi in cui si rendesse necessario per assicurare la correttezza della procedura, ivi compresa l’ipotesi in cui sorgano dubbi sulla veridicità delle stesse.”*

CHI DEVE PRESENTARE (E FIRMARE) LA DICHIARAZIONE
DEL POSSESSO DEI REQUISITI DELL'ART. 80

Il possesso dei requisiti di cui all'art. 80 deve essere dichiarato dal legale rappresentante dell'impresa concorrente con riferimento a tutti i soggetti indicati al comma 3 dell'art. 80, indicando i dati identificativi degli stessi oppure la banca dati ufficiale o il pubblico registro da cui i medesimi possono essere ricavati in modo aggiornato alla data di presentazione dell'offerta.

Il Comunicato Presidente ANAC del 26 ottobre 2016

Quesiti

D: Il DGUE sostituisce integralmente la domanda di partecipazione ed è alternativo alla procedura PASSOE ?

R. No, il DGUE è un “contenitore” dell'autodichiarazione che costituisce prova documentale preliminare in sostituzione dei certificati rilasciati da autorità pubbliche o terzi in cui si conferma che l'operatore economico non ricade nelle ipotesi di esclusione dalle procedure di gara e di possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico professionale. Rimane la necessità di presentare comunque la richiesta di partecipazione o istanza con tutte le dichiarazioni e gli impegni richiesti dalle altre norme o dalla disciplina di gara (documentazione ed impegni per avvalimento, accettazione condizioni di esecuzione, presa visione ecc.) Il PASSOE serve in ogni caso per attivare il sistema di verifica di (alcuni) requisiti generali e speciale tramite AVCPass.

D: la DGUE non sostituisce la dich ex art 80?

R. Il DGUE dovrebbe contenere tutte le dichiarazioni sostitutive di certificazioni e di atti di notorietà cui il concorrente può legittimamente ricorrere per attestare ai fini della partecipazione l'assenza dei motivi di esclusione

D: IL DGUE è obbligatorio?

R. L'art. 85 prevede l'obbligo per le SSAA di accettare il DGUE (in analogia con i moduli predisposti dalla PA ai sensi dell'art. 48 del DPR 445/2000) redatto sulla base del modello di formulario approvato con regolamento di esecuzione (UE) 2016/7 della Commissione del 5 gennaio 2016, con norma valevole per tutte le procedure sopra soglia .

Il regolamento comunitario specificava che “Gli Stati membri possono disciplinare l'utilizzo del DGUE, o demandare alle amministrazioni aggiudicatrici e agli enti aggiudicatori la decisione al riguardo, anche nell'ambito delle procedure di appalto non soggette, o soggette solo parzialmente, alle norme procedurali dettagliate delle direttive 2014/24/UE o 2014/25/UE, ad esempio nel caso di appalti per importi inferiori alle soglie rilevanti o per appalti soggetti alle norme particolari riguardanti i servizi sociali e altri servizi specifici (il «regime alleggerito»)

Tuttavia l'art. 85 e l'art. 36 per il sottosoglia nulla dicono sull'estensione dell'obbligo di accettare il DGUE e solo la circolare ministeriale al punto 2 ne estende l'utilizzabilità a tutte le procedure con esclusione (nel senso di riservare la valutazione alla singola stazione appaltante) per gli affidamenti diretti.

D: per un appalto sopra soglia va utilizzato il DGUE approvato con regolamento UE o quello approvato dal MIT (versione italiana, che ha anche altri contenuti)?

R. Il DGUE del regolamento comunitario è un modello che non tiene conto delle singole normative nazionali; il modello di cui alla circolare MIT è l'adattamento, previsto dallo stesso regolamento, che tiene conto delle cause di esclusione ulteriori e dei criteri di selezione previsti dal diritto interno e che quindi meglio si attaglia alle procedure indette da stazioni appaltanti italiane. Si ribadisce che nessun modello può essere imposto al concorrente.

IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI
MOTIVI DI ESCLUSIONE, CRITERI DI SELEZIONE, SOCCORSO ISTRUTTORIO, MEZZI DI PROVA,
AVVALIMENTO
ART. 80, 83, 86, 89

I REQUISITI DI ORDINE SPECIALE E I LORO MEZZI DI PROVA

- La dimostrazione dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale è fornita, a seconda della natura, della quantità o dell'importanza e dell'uso delle forniture o dei servizi, utilizzando i mezzi di prova indicati all'articolo 86, commi 4 e 5 del Codice.
- Le stazioni appaltanti indicano le condizioni di partecipazione richieste, che possono essere espresse come livelli minimi di capacità, congiuntamente agli idonei mezzi di prova, nel bando di gara o nell'invito a confermare interesse ed effettuano la verifica formale e sostanziale delle capacità realizzative, delle competenze tecniche e professionali, ivi comprese le risorse umane, organiche all'impresa, nonché delle attività effettivamente eseguite.

IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

*MOTIVI DI ESCLUSIONE, CRITERI DI SELEZIONE, SOCCORSO ISTRUTTORIO, MEZZI DI PROVA,
AVVALIMENTO*

ART. 80, 83, 86, 89

I MEZZI DI PROVA DELLA CAPACITA' ECONOMICO-FINANZIARIA

- Di norma, la prova della capacità economica e finanziaria dell'operatore economico può essere fornita mediante uno o più mezzi di prova indicati nell'allegato XVII, parte I, e cioè mediante una o più delle seguenti referenze:
 - a) idonee dichiarazioni bancarie o, se del caso, comprovata copertura assicurativa contro i rischi professionali;
 - b) presentazione dei bilanci o di estratti di bilancio, qualora la pubblicazione del bilancio sia obbligatoria in base alla legislazione del paese di stabilimento dell'operatore economico;
 - c) una dichiarazione concernente il fatturato globale e, se del caso, il fatturato del settore di attività oggetto dell'appalto, al massimo per gli ultimi tre esercizi disponibili in base alla data di costituzione o all'avvio delle attività dell'operatore economico, nella misura in cui le informazioni su tali fatturati siano disponibili.
- L'operatore economico che per fondati motivi non è in grado di presentare le referenze chieste dall'amministrazione aggiudicatrice è autorizzato a provare la propria capacità economica e finanziaria mediante un qualsiasi altro documento considerato idoneo dalla stazione appaltante.

IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

MOTIVI DI ESCLUSIONE, CRITERI DI SELEZIONE, SOCCORSO ISTRUTTORIO, MEZZI DI PROVA, AVVALIMENTO

ART. 80, 83, 86, 89

I MEZZI DI PROVA DELLA CAPACITA' TECNICA

- Le capacità tecniche degli operatori economici possono essere dimostrate con uno o più mezzi di prova di cui all'allegato XVII, parte II, in funzione della natura, della quantità o dell'importanza e dell'uso dei lavori, delle forniture o dei servizi.
- Mezzi di prova:
 - ☐ «un elenco delle principali forniture o dei principali servizi effettuati negli ultimi tre anni, con indicazione dei rispettivi importi, date e destinatari, pubblici o privati» > se necessario per assicurare un livello adeguato di concorrenza, le amministrazioni aggiudicatrici possono precisare che sarà preso in considerazione la prova relativa a forniture o a servizi forniti o effettuati più di tre anni prima;
 - ☐ altri mezzi di prova analoghi a quelli previsti dall'art. 42 del d.lgs. n. 163/2006.

IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

***MOTIVI DI ESCLUSIONE, CRITERI DI SELEZIONE, SOCCORSO ISTRUTTORIO, MEZZI DI PROVA,
AVVALIMENTO***

ART. 80, 83, 86, 89

L'AVVALIMENTO (ART. 89)

- La nuova disciplina sull'avvalimento contenuta nell'art. 89 del Codice da un lato conferma parte delle previsioni di cui all'art. 49 del d.lgs. n. 163/2006 e, dall'altro lato, introduce rilevanti novità anche in recepimento dell'art. 63 della Direttiva 24/2014/UE.
- L'operatore economico, singolo o in raggruppamento, per un determinato appalto, può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale di cui all'articolo 83 comma 1 lettere b) e c) (capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale) necessari per partecipare ad una procedura di gara, avvalendosi delle capacità di altri soggetti, anche di partecipanti al raggruppamento, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi > è previsto espressamente il c.d. avvalimento interno al RTI.
- L'avvalimento della qualificazione per i lavori sarà disciplinato da Linee Guida ANAC. Fino all'adozione di tali Linee Guida, l'avvalimento della SOA è consentito secondo le modalità di cui al d.p.r. n. 207/2010
- L'avvalimento non è consentito per i requisiti di idoneità professionale di cui all'art. 83 comma 1 lett. a) (iscrizione camera di commercio), per l'iscrizione all'Albo Nazionale dei gestori ambientali e per i requisiti di ordine generale di cui all'art. 80.

IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

*MOTIVI DI ESCLUSIONE, CRITERI DI SELEZIONE, SOCCORSO ISTRUTTORIO, MEZZI DI PROVA,
AVVALIMENTO*

ART. 80, 83, 86, 89

L'AVVALIMENTO (ART. 89)

- L'avvalimento non è consentito per i requisiti di idoneità professionale di cui all'art. 83 comma 1 lett. a) (iscrizione camera di commercio), per l'iscrizione all'Albo Nazionale dei gestori ambientali e per i requisiti di ordine generale di cui all'art. 80.
- Per quanto riguarda i criteri relativi all'indicazione dei titoli di studio e professionali di cui all'allegato XVII, parte II, lettera f), o alle esperienze professionali pertinenti, gli operatori economici possono tuttavia avvalersi delle capacità di altri soggetti **solo se questi ultimi eseguono direttamente i lavori o i servizi per cui tali capacità sono richieste**

IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

*MOTIVI DI ESCLUSIONE, CRITERI DI SELEZIONE, SOCCORSO ISTRUTTORIO, MEZZI DI PROVA,
AVVALIMENTO*

ART. 80, 83, 86, 89

L'AVVALIMENTO (SEGUE)

- **Dichiarazione di avvalimento** > L'operatore economico che vuole avvalersi delle capacità di altri soggetti deve allegare una dichiarazione sottoscritta dalla stessa attestante il possesso da parte di quest'ultima dei requisiti generali di cui all'art. 80 nonché il possesso dei requisiti tecnici e delle risorse oggetto di avvalimento.
- L'operatore economico deve dimostrare alla stazione appaltante che disporrà dei mezzi necessari mediante presentazione di una dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria con cui quest'ultima si obbliga verso il concorrente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente.
- **Il contratto di avvalimento** > il concorrente deve inoltre allegare alla domanda di partecipazione originale o copia autentica del contratto in virtù del quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto. **A tal fine, il contratto di avvalimento contiene, a pena di nullità, la specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria.**

IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

*MOTIVI DI ESCLUSIONE, CRITERI DI SELEZIONE, SOCCORSO ISTRUTTORIO, MEZZI DI PROVA,
AVVALIMENTO*

ART. 80, 83, 86, 89

L'AVVALIMENTO (SEGUE)

- Il concorrente e l'impresa ausiliaria sono responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto.
- Gli obblighi previsti dalla normativa antimafia a carico del concorrente si applicano anche nei confronti del soggetto ausiliario, in ragione dell'importo dell'appalto posto a base di gara.
- E' ammesso l'avvalimento di più imprese ausiliarie. L'ausiliario non può avvalersi a sua volta di altro soggetto (c.d. divieto di avvalimento a cascata).
- In relazione a ciascuna gara non è consentito, a pena di esclusione, che della stessa impresa ausiliaria si avvalga più di un concorrente, e che partecipino sia l'impresa ausiliaria che quella che si avvale dei requisiti.
- Il contratto è in ogni caso eseguito dall'impresa che partecipa alla gara, alla quale è rilasciato il certificato di esecuzione, e l'impresa ausiliaria può assumere il ruolo di subappaltatore nei limiti dei requisiti prestati.

L'AVVALIMENTO (SEGUE)

- Il controllo in fase di esecuzione
- ✓ In relazione a ciascun affidamento la stazione appaltante esegue in corso d'esecuzione 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 RUP accerta in corso d'opera che le prestazioni oggetto di contratto **sono 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.

IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI
*MOTIVI DI ESCLUSIONE, CRITERI DI SELEZIONE, SOCCORSO ISTRUTTORIO, MEZZI DI PROVA,
AVVALIMENTO*
ART. 80, 83, 86, 89

L'AVVALIMENTO (SEGUE)

8.1.-Alla luce di un'interpretazione coordinata delle disposizioni del nuovo codice dei contratti pubblici, deve ritenersi esclusa la possibilità di applicare l'istituto dell'avvalimento alle gare, come quella in esame, indette ai sensi dell'art.179 del d.lgs 50/2016 nell'ambito del partenariato pubblico privato, quale quella indetta per la selezione del socio operativo della società mista affidataria del servizio pubblico. Dal combinato disposto dell'art. 179, commi 1 e 2, del d.lgs 80/2016 e art. 164, comma 2, del d.lgs. 50/2016, al quale rinvia l'art. 179, comma 2 citato, si desume che prevede che alle procedure di affidamento disposte nell'ambito del partenariato pubblico privato si applicano:

- "in quanto compatibili", le disposizioni di cui alla parte I, III, V e VI e della parte II, limitatamente al titolo I;
- le disposizioni contenute nella parte I e nella parte II, del presente codice limitatamente ai "principi generali, alle esclusioni, alle modalità e alle procedure di affidamento, alle modalità di pubblicazione e redazione dei bandi e degli avvisi, ai requisiti generali e speciali e ai motivi di esclusione, ai criteri di aggiudicazione, alle modalità di comunicazione ai candidati e agli offerenti, ai requisiti di qualificazione degli operatori economici, ai termini di ricezione delle domande di partecipazione alla concessione e delle offerte, alle modalità di esecuzione" (art. 164, comma 2, del d.lgs. 50/2016, richiamato dall'art. 179, comma 2 dello stesso decreto legislativo).

L'AVVALIMENTO (SEGUE)

- L'avvalimento non è consentito:
- ✓ qualora nell'oggetto dell'appalto o della concessione di lavori rientrino, oltre ai lavori prevalenti, opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti e opere speciali. E' considerato rilevante, ai fini della sussistenza dei presupposti di cui al primo periodo, che il valore dell'opera superi il dieci per cento dell'importo totale dei lavori.

IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI
MOTIVI DI ESCLUSIONE, CRITERI DI SELEZIONE, SOCCORSO ISTRUTTORIO, MEZZI DI PROVA,
AVVALIMENTO
ART. 80, 83, 86, 89

IL SOCCORSO ISTRUTTORIO (ART. 83 COMMA 9)

- I. L'art. 83 comma 8 del Codice conferma il **principio di tassatività delle cause di esclusione** (*«I bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal presente codice e da altre disposizioni di legge vigenti. Dette prescrizioni sono comunque nulle»*).
- II. **Il soccorso istruttorio** dopo il Decreto Correttivo > Le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio. In particolare, in caso di mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere. In caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente è escluso dalla gara. **Costituiscono irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa.**
- III. Il soccorso istruttorio diventa **gratuito**, con la soppressione della sanzione pecuniaria > novità di favore per le imprese ma rischio di aumento di comportamenti poco virtuosi nella predisposizione della documentazione di gara con conseguente rischio di allungamenti dei tempi delle procedure

IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI
IL SUBAPPALTO
(ART. 105)

- I soggetti affidatari dei contratti di norma eseguono in proprio le opere o i lavori, i servizi, le forniture compresi nel contratto. Il contratto non può essere ceduto a pena di nullità, ad eccezione della ipotesi della modifica soggettiva di cui all'art. 106 comma 1 lett. d) del d.lgs. n. 50/2016
- Il subappalto è il contratto con il quale l'appaltatore affida a terzi l'esecuzione di tutto o parte delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto.
- Il subappalto non può superare la quota del 30% dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture.

IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI
IL SUBAPPALTO
(ART. 105)

IL SUBAPPALTO

- Le seguenti categorie di forniture o servizi, per le loro specificità, non si configurano come attività affidate in subappalto:
 - a) l'affidamento di attività specifiche a lavoratori autonomi, per le quali occorre effettuare comunicazione alla stazione appaltante;
 - b) la subfornitura a catalogo di prodotti informatici;
 - c) l'affidamento di servizi di importo inferiore a 20.000,00 euro annui a imprenditori agricoli;

c-bis) le prestazioni rese in favore dei soggetti affidatari in forza di contratti continuativi di cooperazione, servizio e/o fornitura sottoscritti in epoca anteriore alla indizione della procedura finalizzata alla aggiudicazione dell'appalto. I relativi contratti sono depositati alla stazione appaltante prima o contestualmente alla sottoscrizione del contratto di appalto.

Si tratta di una modifica introdotto dal Decreto Correttivo volta sottrarre forme di collaborazione stabili tra operatori economici agli stringenti vincoli del subappalto

IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

IL SUBAPPALTO

(ART. 105)

IL SUBAPPALTO

- Il d.lgs. n. 50/2016 aveva introdotto l'obbligo del concorrente di fornire in sede di offerta l'indicazione della **terna di subappaltatori**, qualora gli appalti di lavori, servizi o forniture di importo superiore alla soglia comunitaria e per i quali non era necessaria una particolare specializzazione.
- Il Decreto Correttivo rafforza gli adempimenti sulla terna dei subappaltatori > **Obbligo di indicazione della terna gli appalti sopra soglia o, indipendentemente dall'importo a base di gara, per gli appalti che riguardano le attività maggiormente esposte a rischio di infiltrazione mafiosa, come individuate al comma 53 dell'articolo 1 della legge 6 novembre 2012, n. 190**
- ✓ Non è più prevista l'esenzione per le prestazioni la cui esecuzione richiede una particolare specializzazione
- ✓ Nel caso di appalti aventi ad oggetto più tipologie di prestazioni, la terna di subappaltatori va indicata con riferimento a ciascuna tipologia di prestazione omogenea prevista nel bando di gara.
- **Novità del Decreto Correttivo: Il subappaltatore non deve aver partecipato alla procedura per l'affidamento dell'appalto.**

IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

IL SUBAPPALTO

(ART. 105)

IL SUBAPPALTO

Il contraente principale resta responsabile in via esclusiva nei confronti della stazione appaltante. L'aggiudicatario è responsabile in solido con il subappaltatore in relazione agli obblighi retributivi e contributivi.

- **Sostituzione del subappaltatore** - L'affidatario deve provvedere a sostituire i subappaltatori relativamente ai quali apposita verifica abbia dimostrato la sussistenza dei motivi di esclusione di cui all'art. 80 (assenza di requisiti di ordine generale).
- La stazione appaltante corrisponde direttamente al subappaltatore l'importo dovuto per le prestazioni dagli stessi eseguite nei seguenti casi:
 - a) quando il subappaltatore è una microimpresa o piccola impresa (ai sensi delle definizioni contenute all'art. 3 del Codice, **le piccole imprese** sono quelle che hanno meno di 50 occupati e un fatturato annuo oppure un totale di bilancio annuo non superiore a 10 milioni di euro; sono **microimprese** quelle che hanno meno di 10 occupati e un fatturato annuo oppure un totale di bilancio annuo non superiore a 2 milioni di euro);
 - b) in caso inadempimento da parte dell'appaltatore o anche su richiesta del subappaltatore e se la natura del contratto lo consente.

IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

LE CLAUSOLE SOCIALI (art. 50)

LE CLAUSOLE SOCIALI

- Per gli affidamenti dei contratti di concessione e di appalto di lavori e servizi diversi da quelli aventi natura intellettuale, con particolare riguardo a quelli relativi a contratti ad alta intensità di manodopera, i bandi di gara, gli avvisi e gli inviti inseriscono, nel rispetto dei principi dell'Unione europea, specifiche clausole sociali volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato, prevedendo l'applicazione da parte dell'aggiudicatario, dei contratti collettivi di settore di cui all'articolo 51 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81.
- ✓ I servizi ad alta intensità di manodopera sono quelli nei quali il costo della manodopera è pari almeno al 50 per cento dell'importo totale del contratto.
- Con la modifica introdotta dal Decreto Correttivo, per i casi sopra indicati, l'inserimento della clausola sociale diviene obbligatoria

IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

LE CLAUSOLE SOCIALI (art. 50)

LE CLAUSOLE SOCIALI

- Per gli affidamenti dei contratti di concessione e di appalto di lavori e servizi diversi da quelli aventi natura intellettuale, con particolare riguardo a quelli relativi a contratti ad alta intensità di manodopera, i bandi di gara, gli avvisi e gli inviti inseriscono, nel rispetto dei principi dell'Unione europea, specifiche clausole sociali volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato, prevedendo l'applicazione da parte dell'aggiudicatario, dei contratti collettivi di settore di cui all'articolo 51 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81.
- ✓ I servizi ad alta intensità di manodopera sono quelli nei quali il costo della manodopera è pari almeno al 50 per cento dell'importo totale del contratto.
- Con la modifica introdotta dal Decreto Correttivo, per i casi sopra indicati, l'inserimento della clausola sociale diviene obbligatoria

IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

LE CLAUSOLE SOCIALI (art. 50)

LE CLAUSOLE SOCIALI

- ❑ La posizione della giurisprudenza e i limiti all'applicazione della clausola sociale
 - T.A.R. Toscana, Sez. III, 13 febbraio 2017 n. 231
 - a. «la clausola sociale deve conformarsi ai principi nazionali e comunitari in materia di libertà di iniziativa imprenditoriale e di concorrenza, risultando, altrimenti, essa lesiva della concorrenza, scoraggiando la partecipazione alla gara e limitando ultroneamente la platea dei partecipanti, nonché atta a ledere la libertà d'impresa, riconosciuta e garantita dall'art. 41 della Costituzione;
 - b. conseguentemente, l'obbligo di riassorbimento dei lavoratori alle dipendenze dell'appaltatore uscente, nello stesso posto di lavoro e nel contesto dello stesso appalto, deve essere armonizzato e reso compatibile con l'organizzazione di impresa prescelta dall'imprenditore subentrante;
 - c. la clausola non comporta invece alcun obbligo per l'impresa aggiudicataria di un appalto pubblico di assumere a tempo indeterminato ed in forma automatica e generalizzata il personale già utilizzato dalla precedente impresa o società affidataria (cfr. Cons. Stato, Sez. III, n. 1896/2013)”;
- «l'obbligo di riassorbimento dei lavoratori alle dipendenze dell'appaltatore uscente, nello stesso posto di lavoro e nel contesto dello stesso appalto, deve essere armonizzato e reso compatibile con l'organizzazione di impresa prescelta dall'imprenditore subentrante; i lavoratori, che non trovano spazio nell'organigramma dell'appaltatore subentrante e che non vengano ulteriormente impiegati dall'appaltatore uscente in altri settori, sono destinatari delle misure legislative in materia di ammortizzatori sociali;» (cfr. Consiglio di Stato, Sez.III, 5 maggio 2017 n. 2078)

IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

I SERVIZI SOCIALI (art. 142)

I SERVIZI SOCIALI

- Il diritto europeo ha previsto un regime semplificato per l'affidamento dei servizi sociali e di altri specifici servizi, individuati nell'Allegato XIV della direttiva 2014/24/UE (cui corrisponde l'Allegato IX del d.lgs. n. 50/2016), in ragione della loro dimensione limitatamente transfrontaliera
- Soglia comunitaria: euro 750.000 per gli appalti di servizi sociali e di altri servizi specifici elencati all'allegato IX.
- L'art. 142 del d.lgs. n. 50/2016 (come modificato dal Decreto Correttivo) contempla al comma 5-bis specifiche previsioni solo per alcuni dei servizi di cui all'Allegato IX : servizi sanitari, servizi sociali e servizi connessi; servizi di prestazioni sociali; altri servizi pubblici, sociali e personali, inclusi servizi forniti da associazioni sindacali, da organizzazioni politiche, da associazioni giovanili e altri servizi di organizzazioni associative.
- L'affidamento di tali servizi deve garantire la qualità, la continuità, l'accessibilità, la disponibilità e la completezza dei servizi, tenendo conto delle esigenze specifiche delle diverse categorie di utenti, compresi i gruppi svantaggiati e promuovendo il coinvolgimento e la responsabilizzazione degli utenti (Art. 142 comma 5-ter)

IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

I SERVIZI SOCIALI (art. 142)

I SERVIZI SOCIALI

- **Programmazione:** le amministrazioni aggiudicatrici approvano gli strumenti di programmazione nel rispetto di quanto previsto dalla legislazione statale e regionale di settore;
- Le finalità di cui agli articoli 37 e 38 (aggregazione e centralizzazione delle committenze; qualificazione delle stazioni appaltanti) sono perseguite anche tramite le forme di aggregazione previste dalla normativa di settore con particolare riguardo ai distretti sociosanitari e a istituzioni analoghe.
- Indicazione analitica delle disposizioni del Codice applicabili all'affidamento dei servizi sociali
- Affidamenti sotto-sottosoglia: rinvio alla disciplina di cui all'art. 36 del d.lgs. n. 50/2016
- Estensione di tale regime semplificato agli appalti di servizi di ristorazione (servizi di mensa e ristorazione e servizio sostitutivo di mensa mediante buoni pasto), nei limiti di compatibilità con quanto stabilito dall'art. 144 del d.lgs. n. 50/2016, che contiene disposizioni specifiche in tema di servizi di ristorazione

IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI IL CONTENZIOSO

IL CONTENZIOSO SUGLI APPALTI NEL CODICE DEL PROCESSO AMMINISTRATIVO

- Il d.lgs. n. 104/2010 (Codice del Processo amministrativo) prevede un rito speciale (c.d. rito accelerato) in materia di procedure di affidamento di appalti pubblici, con termini abbreviati (artt. 119 e ss. c.p.a.) > definizione del giudizio in tempi rapidi anche con sentenza in forma semplificata ad esito della camera di consiglio per la discussione dell'istanza cautelare.
- Gli atti delle procedure di affidamento relativi a pubblici lavori, servizi o forniture, nonché i provvedimenti dell'Autorità nazionale anticorruzione ad essi riferiti, sono impugnabili unicamente mediante ricorso al TAR competente > non è ammesso il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica.
- Le controversie sugli appalti pubblici sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, nell'ambito della quale la cognizione del giudice riguarda non solo gli interessi legittimi ma anche i diritti soggettivi (art. 133 comma 1 lett. e) c.p.a.).
- Il d.lgs. n. 50/2016 (Codice degli appalti) ha introdotto rilevanti novità sulle disposizioni relative al contenzioso sugli appalti contenute nel c.p.a., con particolare riferimento alla introduzione del c.d. rito «superaccelerato» per l'impugnazione del provvedimento che determina le ammissioni/esclusioni ad esito della fase amministrativa.

IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI IL CONTENZIOSO

L'IMPUGNAZIONE DEL BANDO DI GARA

- Art. 120 comma 5 c.p.a. > i bandi di gara autonomamente lesivi devono essere impugnati entro 30 giorni dalla loro pubblicazione .
- tale termine di impugnazione decorre attualmente dalla pubblicazione del bando sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana (in base alla norma transitoria di cui all'art. 216 comma 11 del d.lgs. n. 50/2016 e al DM 2 dicembre 2016 avente ad oggetto «Definizione degli indirizzi generali di pubblicazione degli avvisi e dei bandi di gara, di cui agli articoli 70, 71 e 98 del d.lgs. n. 50 del 2016»); successivamente, nel momento in cui entrerà in funzione la piattaforma informativa ANAC, assumerà rilievo la pubblicazione su tale piattaforma (art. 73 comma 5 del d.lgs. n. 50/2016 > «Gli effetti giuridici che l'ordinamento connette alla pubblicità in ambito nazionale decorrono dalla data di pubblicazione sulla piattaforma digitale dei bandi di gara presso l'ANAC»).
- Quando il bando non è autonomamente lesivo deve essere impugnato unitamente agli atti applicativi, e cioè, ad esempio, unitamente al provvedimento di esclusione dalla gara o al provvedimento di aggiudicazione.

IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI IL CONTENZIOSO

L'IMPUGNAZIONE DEL BANDO DI GARA (*SEGUE*)

- Quali sono i bandi autonomamente lesivi?
 - a) bandi contenenti clausole «immediatamente escludenti», che precludono la partecipazione dell'operatore economico alla gara:
 - ✓ richiesta di requisiti di qualificazione sproporzionati (es. fatturati notevolmente superiori al valore della base d'asta) o discriminatori (es. la localizzazione territoriale dell'impresa, che non consente ad operatori economici avente sede in altri luoghi di poter partecipare alla gara);
 - ✓ c.d. bandi fotografia, che individuano un prodotto o servizio di un determinato operatore economico.
 - b) bandi contenenti clausole che non consentono agli operatori economici di presentare un'offerta offerta congrua e/o consapevole o che impongano oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati:
 - ✓ clausole impositive, ai fini della partecipazione, di oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della procedura concorsuale;
 - ✓ regole che rendano la partecipazione incongruamente difficoltosa o addirittura impossibile.

IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI IL CONTENZIOSO

L'IMPUGNAZIONE DEL BANDO DI GARA (*SEGUE*)

- ✓ disposizioni abnormi o irragionevoli che rendano impossibile il calcolo di convenienza tecnica ed economica ai fini della partecipazione alla gara.
- ✓ disposizioni che prevedano abbreviazioni irragionevoli dei termini per la presentazione dell'offerta.
- ✓ disposizioni che prevedono condizioni negoziali che rendano il rapporto contrattuale eccessivamente oneroso e obiettivamente non conveniente.
- ✓ Clausole di imposizione di obblighi contra ius (es. cauzione definitiva pari all'intero importo dell'appalto).
- ✓ gravi carenze (o assoluta genericità) nell'indicazione di dati essenziali per la formulazione dell'offerta (come ad es. quelli relativi al numero, qualifiche, mansioni, livelli retributivi e anzianità del personale destinato ad essere assorbiti dall'aggiudicatario), ovvero presenza di formule matematiche del tutto errate.
- ✓ atti di gara del tutto mancanti della prescritta indicazione nel bando di gara dei costi della sicurezza «non soggetti a ribasso».

IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

IL CONTENZIOSO

L'IMPUGNAZIONE DEL BANDO DI GARA (*SEGUE*)

- La partecipazione alla gara è di norma condizione necessaria ai fini dell'impugnazione di un bando poiché nel processo amministrativo la legittimazione al ricorso deve essere correlata ad una situazione differenziata meritevole di tutela, che è appunto garantita dalla partecipazione alla stessa procedura oggetto di contestazione.
- Al contrario i soggetti che volontariamente non hanno partecipato alla gara non hanno titolo all'impugnativa, a nulla rilevando un interesse di mero fatto a che la gara bandita sia annullata e venga ripetuta, come nel caso di una ditta cui il servizio da appaltare sia affidato in regime di proroga (es. cfr. Cons. Stato, Sez. III, 05/12/2016, n. 5113).
- A tale regola generale si può derogare nelle seguenti ipotesi:
 - ✓ quando si contesta in radice l'indizione della gara (es. la stazione appaltante non era abilitata ad indire la gara);
 - ✓ quando si contesta che una gara sia mancata, avendo l'amministrazione disposto la conclusione in via diretta del contratto senza il rituale svolgimento delle appropriate procedure di evidenza pubblica;
 - ✓ quando si impugnano direttamente le clausole del bando immediatamente escludenti ostative alla partecipazione alla gara;
 - ✓ quando le prescrizioni di gara impediscano di fatto la partecipazione alla procedura, ad esempio impongono oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della procedura concorsuale.

L'IMPUGNAZIONE DEL BANDO DI GARA (*SEGUE*)

- I bandi contenenti **clausole non immediatamente** lesive devono quindi essere impugnati insieme con i provvedimenti che ne danno attuazione: *(i)* provvedimento di esclusione; *(ii)* provvedimento di aggiudicazione, che definisce la procedura concorsuale ed identifica in concreto il soggetto leso dal provvedimento, rendendo attuale e concreta la lesione della situazione soggettiva > in tal caso, ai fini dell'impugnativa, è necessario che l'impresa abbia partecipato alla procedura.
- In altri termini, di fronte ad una clausola ritenuta illegittima ma non avente carattere immediatamente lesivo, *«il concorrente non è ancora titolare di un interesse attuale all'impugnazione, poiché non sa ancora se l'astratta o potenziale illegittimità della clausola si risolverà in un esito negativo della sua partecipazione alla procedura di gara, e quindi in una effettiva lesione della situazione soggettiva che solo da tale esito può derivare»* (cfr., tra le altre, Cons. Stato, V. 12 novembre 2015, n. 5181).
- Esempi: clausole sulla assegnazione dei punteggi, sulla nomina della commissione, sulle modalità di svolgimento della gara.

IL RICORSO SUL PROVVEDIMENTO CHE DETERMINA ESCLUSIONI/AMMISSIONI (*SEGUE*)

- Le imprese partecipanti vengono obbligate ad impugnare l'ammissione di tutti gli altri concorrenti, sebbene in quel momento non sussista in capo alle stesse un interesse concreto o attuale alla suddetta contestazione > l'omessa impugnazione preclude la facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale.
- Rapida definizione del contenzioso:
 - ✓ il giudizio viene definito in una camera di consiglio (o udienza pubblica, se richiesta dalle parti) da tenersi entro 30 giorni dalla scadenza del termine per la costituzione delle parti diverse dalla ricorrente;
 - ✓ La sentenza viene pubblicata entro 7 giorni dall'udienza ed è appellabile al Consiglio di Stato entro 30 giorni dalla pubblicazione (o, se anteriore, dalla notificazione) della sentenza > possibilità di chiedere la pubblicazione del dispositivo di sentenza, che avviene entro 2 giorni dall'udienza.

IL RICORSO SUI PROVVEDIMENTI DI ESCLUSIONE

- Il rito «**superaccelerato**» è circoscritto esclusivamente ai provvedimenti di esclusione e ammissione emessi *“all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali”* > pertanto, tale rito non si applica in caso di provvedimento di esclusione fondato su presupposti diversi da quelli soggettivi e, quindi, a seguito di estromissione disposta per carenza di elementi essenziali dell'offerta tecnica prescritti dalla lex specialis di gara (cfr. TAR Campania, Napoli, Sez. I, 20 febbraio 2017 n. 1020).
- I provvedimenti di esclusione diversi dal provvedimento emesso a seguito della fase amministrativa devono essere impugnati entro 30 giorni dalla comunicazione dell'esclusione (o dalla conoscenza acquisita nel corso di una seduta pubblica di gara nella quale era presente un delegato dell'impresa).