

IL NUOVO CODICE DEGLI APPALTI

***La procedura di gara e le forme di
cooperazione tra operatori
economici***

Avv. Gianluca Podda

**PISELLI
& PARTNERS**

**INNOVATIVE
LAW FIRM**

SOMMARIO

- Gli atti preparatori, gli atti di gara e le fasi della procedura
- La documentazione dell'offerente e i termini di gara
- Requisiti di ordine generale
- Collaborazioni: RTI e Consorzi



Atti preparatori della gara

Consultazioni preliminari di mercato:

- si svolge dopo la programmazione e prima della gara
- è finalizzata alla **predisposizione degli atti di gara**, allo **svolgimento della relativa procedura**, nonché a **fornire informazioni agli operatori** circa le procedure programmate e i requisiti relativi alle stesse.
- non è consentito l'uso delle consultazioni per finalità meramente divulgative
- ha luogo con la pubblicazione di un **Avviso**, che specifica:
 - le esigenze informative e conoscitive della stazione appaltante procedente
 - le tipologie di contributi richiesti
 - la forma di contributo ammissibile
 - i tempi previsti per la presentazione dei contributi e, ove possibile, quelli per la pubblicazione della procedura selettiva e per lo svolgimento del contratto
 - nonché gli effetti di incompatibilità determinati dalla partecipazione alla consultazione e le modalità di svolgimento della procedura.

Atti preparatori della gara

Riflessi delle consultazioni preliminari di mercato sulla concorrenza:

- qualora alla gara partecipi un soggetto che ha partecipato alla consultazione, la S.A. adotta misure adeguate per garantire la **trasparenza** e che la **concorrenza** non sia falsata
- **misura adeguata** = «*la comunicazione agli altri candidati e offerenti di informazioni pertinenti scambiate nel corso delle consultazioni preliminari, nonché la fissazione di termini adeguati per la ricezione delle offerte costituiscono la minima misura adeguata*» (**art. 78**)
- Qualora non sia possibile garantire il rispetto del principio della parità di trattamento, la S.A. invita il candidato o l'offerente interessato a fornire, entro un termine comunque non superiore a dieci giorni, ogni elemento idoneo a provare che la sua partecipazione alla preparazione e alla scelta della procedura di gara non costituisce causa di alterazione della concorrenza.
- se la S.A. non ritiene adeguate le giustificazioni fornite, il candidato o l'offerente interessato è escluso dalla procedura.

Atti della gara

- Costituiscono documenti di gara (**art. 82, comma 1**):
 - a) il bando, l'avviso di gara o la lettera d'invito;
 - b) il disciplinare di gara;
 - c) il capitolato speciale;
 - d) le condizioni contrattuali proposte.
- In caso di contrasto o contraddittorietà tra le disposizioni contenute nei documenti di cui al comma 1 prevalgono quelle inserite nel bando o nell'avviso di gara.

Atti della gara

- **Bando di gara**: contengono le informazioni rispettivamente indicate nell'allegato II.6. I bandi di gara indicano altresì la durata del procedimento di gara, nel rispetto dei termini massimi di cui all'articolo 17, comma 3, e i criteri ambientali minimi di cui all'articolo 57, comma 2.
- **Disciplinare di gara**: fissa le regole per lo svolgimento della procedura di selezione delle offerte
- **Capitolato Speciale**: *«definisce i contenuti del futuro rapporto contrattuale tra l'aggiudicatario e la stazione appaltante» (art. 87) → definisce le modalità di esecuzione della prestazione*
- **Schema di contratto**: definisce i contenuti del futuro rapporto contrattuale tra l'aggiudicatario e la stazione appaltante

Termini della gara

- I **termini per la presentazione delle offerte** tengono conto:
 - della complessità dell'appalto
 - del tempo necessario alla preparazione delle offerte
 - del tempo necessario alla visita dei luoghi, ove indispensabile alla formulazione dell'offerta
 - di quello per la consultazione sul posto dei documenti di gara e dei relativi allegati.
- **Termini minimi**: sono fissati dagli artt. 71 e ss. in relazione a ciascuna tipologia di procedura
 - procedura aperta: 30 gg dalla data di trasmissione bando / 15 gg in caso di urgenza
- **Proroga dei termini in misura adeguata e proporzionale (art. 92)** :
 - a) richiesta in tempo utile informazioni supplementari significative ai fini della preparazione dell'offerta e ricezione oltre il termine fissato dall'art. 92, comma 2, lett. a;
 - b) modifiche significative ai documenti di gara;
 - c) Malfunzionamento della piattaforma elettronica
- In caso di proroga, è consentito il **ritiro** o la **sostituzione dell'offerta** già presentata (**art. 92, co. 3**)

Documentazione dell'offerente

- **domanda di partecipazione**: contiene gli elementi di identificazione del concorrente e l'indicazione della forma giuridica con la quale si presenta in gara, l'eventuale dichiarazione della volontà di avvalersi di impresa ausiliaria, nonché l'indicazione dei dati e dei documenti relativi ai requisiti speciali di partecipazione di cui agli articoli 100 e 103 contenuti nel fascicolo virtuale dell'operatore economico di cui all'articolo 24.
- **il documento di gara unico europeo**: contiene tutte le informazioni richieste dalla stazione appaltante e, nel caso di partecipazione alla procedura di gara nella forma giuridica prevista dagli articoli 65 e 66, la dichiarazione circa la ripartizione della prestazione tra i componenti del raggruppamento o tra le imprese consorziate.
- **l'offerta tecnica ed economica**: Nelle offerte l'operatore economico dichiara alla stazione appaltante il prezzo, i costi del personale e quelli aziendali per la sicurezza e le caratteristiche della prestazione, ovvero assume l'impegno ad eseguire la stessa alle condizioni indicate dalla stazione appaltante e dalla disciplina applicabile, nonché fornisce ogni altra informazione richiesta dalla stazione appaltante nei documenti di gara
- **ogni altro documento richiesto**: polizza + certificazioni di qualità

Fasi delle procedure di affidamento

- **Decisione di contrarre**: atto adottato prima dell'avvio della procedura con cui si individuano gli elementi essenziali del contratto e i criteri di selezione degli operatori economici e delle offerte (in caso di affidamento diretto, l'atto di cui al comma 1 individua l'**oggetto**, l'**importo** e il **contraente**, unitamente alle **ragioni della sua scelta**, ai **requisiti**)
- **Conclusione della procedura**: entro i termini allegato I.3 (superamento = **silenzio inadempimento**)
- **Aggiudicazione**:
 - **prospettiva S.A.** → l'aggiudicazione non equivale ad accettazione dell'offerta
 - **prospettiva concorrente** → offerta irrevocabile fino al termine per la stipulazione del contratto
- **Stipula contratto**:
 - in forma scritta e in modalità elettronica, a pena di nullità
 - entro 60 giorni:
 - **inadempimento S.A.** → azione avverso silenzio oppure scioglimento da ogni vincolo mediante atto notificato
 - **inadempimento concorrente** → revoca aggiudicazione + escussione garanzia provvisoria

Fasi delle procedure di affidamento

Stand-still sostanziale e processuale

- **Stand-still sostanziale (art. 18, comma 3)**: Il contratto non può essere stipulato prima di 35gg dall'invio dell'ultima delle comunicazioni dell'aggiudicazione.
- Tale termine dilatorio non si applica nei casi:
 - a) di procedura in cui è stata presentata o ammessa una sola offerta e non sono state tempestivamente proposte impugnazioni del bando o della lettera di invito, o le impugnazioni sono già state respinte con decisione definitiva;
di appalti basati su un accordo quadro;
 - b) di appalti specifici basati su un sistema dinamico di acquisizione;
 - c) i contratti di importo inferiore alle soglie europee, ai sensi dell'articolo 55, comma 2.
- **Stand-still processuale (art. 18, comma 4)**: in caso di ricorso avverso l'aggiudicazione con contestuale domanda cautelare, il contratto non può essere stipulato dal momento della notificazione dell'istanza cautelare alla stazione appaltante e fino alla pubblicazione del provvedimento cautelare di primo grado o del dispositivo o della sentenza di primo grado, in caso di decisione del merito all'udienza cautelare.

L'effetto sospensivo cessa quando:

- in sede di esame della domanda cautelare, il giudice si dichiara incompetente;
- viene fissata con ordinanza la data di discussione del merito senza pronunciarsi sulla cautelare

Requisiti di ordine generale

Sommario:

- principio di tassatività delle cause di esclusione (**art. 10**)
- cause di esclusione automatica (**art. 94**)
- cause di esclusione non automatica (**art. 95**)
- disciplina dell'esclusione (**art. 96**)
- cause di esclusione di partecipanti a raggruppamenti (**art. 97**)
- illecito professionale grave (**art. 98**)

Requisiti di ordine generale

Cause di esclusione automatica (art. 94)

- elenco tassativo delle condanne per le quali è prevista l'esclusione (**comma 1**)
- rapporto tra interdittiva antimafia e controllo giudiziario ex art. 34-bis codice antimafia (**comma 1**)
- ambito soggettivo delle cause di esclusione (**comma 3**)
 - espunto riferimenti ai cessati dalla carica e al socio di maggioranza per società con - 4 soci
 - importante novità: figura dell'amministratore di fatto
- socio persona giuridica: si verificano amministratori di quest'ultima (**comma 4**)
- cause di esclusione eterogenee (**comma 5**)


Requisiti di ordine generale

Cause di esclusione non automatica (art. 95)

- sussiste ampia discrezionalità stazione appaltante
- elenco tassativo delle situazioni per le quali è prevista l'esclusione:
 - gravi infrazioni in materia di salute e sicurezza sul lavoro
 - conflitto di interessi ex art. 16
 - distorsione della concorrenza non altrimenti risolvibile
 - unico centro decisionale (eliminato riferimento a controllo ex art. 2359 c.c.)
 - violazioni fiscali NON definitivamente accertate (**comma 2**)
 - + illecito professionale grave (art. 98)

Requisiti di ordine generale

Disciplina dell'esclusione (art. 96)

- Principio generale: esclusione disposta quando la causa di esclusione emerga nel corso della procedura
- **Possibilità di rimedio (novità assoluta del Nuovo Codice):**
 - Prima della presentazione dell'offerta:
 1. dimostrazione di aver adottato il self-cleaning prima della partecipazione
 2. dimostrazione dell'impossibilità di adottare il self-cleaning prima della partecipazione
 - In corso di gara:
 1. *«se la causa di esclusione si è verificata successivamente alla presentazione dell'offerta, l'operatore economico adotta e comunica le misure di cui al comma 6»*  **entro quando ?!**
 2. in nessun caso l'aggiudicazione può subire dilazioni in ragione dell'adozione delle misure di *self-cleaning* (**comma 5**)

Requisiti di ordine generale

Il nuovo self cleaning (art. 96)

- Il concorrente può fornire prova del fatto che le misure da lui adottate sono sufficienti a dimostrare la sua affidabilità:
 - aver risarcito o di essersi impegnato a risarcire qualunque danno causato dal reato o dall'illecito
 - aver chiarito i fatti e le circostanze in modo globale collaborando attivamente con le autorità investigative
 - aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti.
- Le misure adottate sono valutate considerando la gravità e le particolari circostanze del reato o dell'illecito, nonché la tempestività della loro assunzione:
 - se ritenute sufficienti e tempestivamente adottate → no esclusione
 - se ritenute intempestive o insufficienti → motivata esclusione

Requisiti di ordine generale

Grave illecito professionale (art. 98)

- **Principio generale (comma 1):** L'illecito professionale grave rileva solo se compiuto dall'operatore economico offerente, salvo i casi di **vicende penali**.
 - le vicende penali inerenti ai soggetti apicali si estendono alla società;
 - altre vicende NON si estendono alla società (es. fiscali, amministrative, civili)
- **Comma 2:** L'esclusione è disposta quando ricorrono tutte le seguenti condizioni:
 - a) elementi sufficienti ad integrare il grave illecito professionale;
 - b) idoneità del grave illecito professionale ad incidere sull'affidabilità e integrità dell'operatore;
 - c) adeguati mezzi di prova di cui al comma 7.
- **Comma 9:** *«Il provvedimento di esclusione deve essere motivato in relazione a tutte e tre le condizioni di cui al comma 2»*

Requisiti di ordine generale

Grave illecito professionale (art. 98)

- a) sanzione AGCM, rilevante in relazione all'oggetto specifico dell'appalto
- b) tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della S.A.
- c) carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto (risoluzione o penali)
- d) grave inadempimento nei confronti di subappaltatori
- e) violazione del divieto di intestazione fiduciaria
- f) omessa denuncia di essere vittima dei reati ex artt. 317 e 629
- g) «contestata commissione» reati menzionati al nuovo art. 95, comma1
- h) «contestata o accertata commissione» reati fallimentari, fiscali, edilizi, 231, eserc. abusivo
- i) «commissione, da parte dell'operatore economico, di condotte diverse da quelle di cui alle precedenti lettere, la cui gravità incida in modo evidente sull'affidabilità ed integrità del medesimo in misura tale da compromettere l'interesse pubblico»

Requisiti di ordine generale

Grave illecito professionale (art. 98)

- **comma 5:** *«La valutazione di gravità tiene conto del bene giuridico e dell'entità della lesione inferta dalla condotta integrante uno degli elementi di cui al comma 4 e del tempo trascorso dalla violazione, anche in relazione a modifiche intervenute nel frattempo nell'organizzazione dell'impresa.»*
- **comma 6:** *«Le dichiarazioni omesse o non veritiere rese nella stessa gara e diverse da quelle di cui alla lettera b) del comma 4 possono essere utilizzate a supporto della valutazione di gravità riferita agli elementi di cui al comma 4.»*
- **comma 8:** *«La stazione appaltante valuta i provvedimenti sanzionatori e giurisdizionali di cui al comma precedente motivando sulla ritenuta idoneità dei medesimi a incidere sull'affidabilità e sull'integrità dell'offerente; l'eventuale impugnazione dei medesimi è considerata nell'ambito della valutazione volta a verificare la sussistenza della causa escludente.»*

RTI e Consorzi

Raggruppamenti temporanei:

- condizioni meno stringenti per il **recesso** della raggruppata (**art. 68, comma 16**) e disciplina dell'**estromissione/sostituzione** dell'impresa raggruppata (**art. 97, comma 2**).
- superamento distinzione fra raggruppamenti verticali e orizzontali e relativa disciplina → importanti riflessi sulla responsabilità nei confronti della S.A. (solidale)
- mancata riproposizione della norma secondo cui la mandataria in ogni caso deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria
- possibilità per le S.A. di imporre (i) modalità specifiche di dimostrazione dei requisiti tecnici ed economici e (ii) condizioni per l'esecuzione di un appalto diverse da quelle imposte ai singoli partecipanti, purché proporzionate e giustificate da ragioni oggettive
- riproposizione dell'istituto della cooptazione (**art. 68, comma 12**)
- condizioni per partecipazione multipla o contemporanea (**art. 68, comma 14**)

RTI e Consorzi

Consorzi stabili (art. 65, comma 2, lett. d, e art. 67):

- sistema di qualificazione demandato, in via transitoria, all'allegato II.12 e, a regime, al successivo regolamento, fermi i principi stabiliti dall'art. 67, co. 2, lett. a) e b)
- **Cumulo alla rinfusa**: riproposizione testo dell'art. 36, co. 7, D.lgs. 163/2006 anche per l'ottenimento della SOA (interpretazione autentica degli artt. 47, co. 1, 83, co. 2 e 216, co. 14 del D.lgs. 50/2016, nelle more dell'acquisizione di efficacia dell'art. 67)
- **requisiti generali**: richiesti in capo a consorziate esecutrici e consorziate che prestano i requisiti (art. 67, co. 4)
- indicazione consorziata e condizioni per partecipazione multipla del consorziato designato (**art. 67, comma 4**)
- possono essere oggetto di avvalimento solo i requisiti maturati dallo stesso consorzio (**art. 67, comma 7**)
- condizioni meno stringenti per il recesso dell'impresa consorziata (**art. 68, commi 17 e 18**)
- applicazione della disciplina dell'estromissione/sostituzione dettata dall'art. 97 per i raggruppamenti temporanei nei confronti della consorziata esecutrice e di quella che ha i requisiti di cui il consorzio si avvale.



PISELLI & PARTNERS

YOUR BUSINESS
PROTECTED | INNOVATIVE
LAW FIRM

ROMA

Via G. Mercalli, 13

00197 Roma

T. +39 06 8880761

F. +39 06 88809533

studio@piselliandpartners.com

www.piselliandpartners.com