

**PIANO NAZIONALE DI FORMAZIONE IN MATERIA DI APPALTI
PUBBLICI E CONCESSIONI**

**Professionalizzazione delle stazioni appaltanti e delle centrali
di committenza**

REGIONE PUGLIA

7 marzo 2018

“La qualificazione degli operatori e i motivi di esclusione”

“I criteri di aggiudicazione e la commissione giudicatrice”

Avv. Paola Conio

AGENDA

1. La qualificazione degli operatori e i motivi di esclusione

- Gli operatori economici ammessi a partecipare alle procedure di affidamento
- Le problematiche connesse alla partecipazione di soggetti con idoneità plurisoggettiva.
- Il DGUE
- I motivi di esclusione. Novità ed aspetti problematici
- Il self cleaning
- I requisiti di partecipazione (idoneità professionale, requisiti economici finanziari requisiti tecnico professionali requisiti di qualità).
- Il soccorso istruttorio
- Avvalimento



Evoluzione della definizione di operatore economico

D.Lgs. 163/2006	D.Lgs. 50/2016
<p>Il termine «operatore economico» comprende l'imprenditore, il fornitore e il prestatore di servizi o un raggruppamento o consorzio di essi</p>	<p>«operatore economico», una persona fisica o giuridica, un ente pubblico, un raggruppamento di tali persone o enti, compresa qualsiasi associazione temporanea di imprese, un ente senza personalità giuridica, ivi compreso il gruppo europeo di interesse economico (GEIE) costituito ai sensi del decreto legislativo 23 luglio 1991, n. 240, che offre sul mercato la realizzazione di lavori o opere, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi</p>



La giurisprudenza ante nuovo Codice già propendeva per un'interpretazione estensiva del concetto di "operatore economico"



T.A.R. CALABRIA REGGIO CALABRIA, SENT., 28-02-2013, N. 132

Con riferimento alla nozione di operatore economico, la direttiva 2004/18/UE indica l'imprenditore in senso ampio ed in ragione dell'attività svolta, non in relazione ad una determinata forma giuridica, (cfr. paragrafo 8 dell'art. 1). Sono imprenditori tutti i soggetti che versino in determinate condizioni di fatto, ossia tutti gli operatori economici che offrano sul mercato la realizzazione di lavori, opere, prodotti o servizi, qualunque sia la loro forma giuridica (si veda la Det. n. 7 del 21 ottobre 2010 dell'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici; Corte di giustizia C.E., 23 dicembre 2009, C 305/08)



Operatori economici (art. 45)

- a) gli imprenditori individuali, anche artigiani, e le società, anche cooperative;
- b) i consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro (L. 422/1909, DLCPS n. 1577/1947) e i consorzi tra imprese artigiane (L. 443/ 1985)
- c) i consorzi stabili, costituiti anche in forma di società consortili ai sensi dell'articolo 2615-ter del codice civile, tra imprenditori individuali, anche artigiani, società commerciali, società cooperative di produzione e lavoro. I consorzi stabili sono formati da non meno di tre consorziati che, con decisione assunta dai rispettivi organi deliberativi, abbiano stabilito di operare in modo congiunto nel settore dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture per un periodo di tempo non inferiore a cinque anni, istituendo a tal fine una comune struttura di impresa.



Operatori economici (art. 45) - segue

- d) i raggruppamenti temporanei di concorrenti, costituiti dai soggetti di cui alle lettere a), b) e c), i quali, prima della presentazione dell'offerta, abbiano conferito mandato collettivo speciale con rappresentanza ad uno di essi, qualificato mandatario, il quale esprime l'offerta in nome e per conto proprio e dei mandanti;
- e) i consorzi ordinari di concorrenti di cui all'articolo 2602 del codice civile, costituiti tra i soggetti di cui alle lettere a), b) e c) del presente comma, anche in forma di società ai sensi dell'articolo 2615-ter del codice civile;
- f) le aggregazioni tra le imprese aderenti al contratto di rete (D.L. 10 febbraio 2009, n. 5 c.c.m. L. 33/2009);
- g) i soggetti che abbiano stipulato il contratto di gruppo europeo di interesse economico (GEIE) D.Lgs. 240/1991)



Operatori economici per i servizi di ingegneria (art. 46)

- a) i prestatori di servizi di ingegneria e architettura: i professionisti singoli, associati, le società tra professionisti di cui alla lettera b), le società di ingegneria di cui alla lettera c), i consorzi, i GEIE, i raggruppamenti temporanei fra i predetti soggetti che rendono a committenti pubblici e privati, operando sul mercato, servizi di ingegneria e di architettura, nonché attività tecnico-amministrative e studi di fattibilità economico-finanziaria ad esse connesse, ivi compresi, con riferimento agli interventi inerenti al restauro e alla manutenzione di beni mobili e delle superfici decorate di beni architettonici, i soggetti con qualifica di restauratore di beni culturali ai sensi della vigente normativa;
- b) le società di professionisti: le società costituite esclusivamente tra professionisti iscritti negli appositi albi previsti dai vigenti ordinamenti professionali, nelle forme delle società di persone di cui ai capi II, III e IV del titolo V del libro quinto del codice civile ovvero nella forma di società cooperativa di cui al capo I del titolo VI del libro quinto del codice civile, che svolgono per committenti privati e pubblici servizi di ingegneria e architettura quali studi di fattibilità, ricerche, consulenze, progettazioni o direzioni dei lavori, valutazioni di congruità tecnico economica o studi di impatto ambientale;



Operatori economici per i servizi di ingegneria (art. 46) - segue

- c) società di ingegneria: le società di capitali di cui ai capi V, VI e VII del titolo V del libro quinto del codice civile, ovvero nella forma di società cooperative di cui al capo I del titolo VI del libro quinto del codice civile che non abbiano i requisiti delle società tra professionisti, che eseguono studi di fattibilità, ricerche, consulenze, progettazioni o direzioni dei lavori, valutazioni di congruità tecnico-economica o studi di impatto, nonché eventuali attività di produzione di beni connesse allo svolgimento di detti servizi;
- d) i prestatori di servizi di ingegneria e architettura identificati con i codici CPV da 74200000-1 a 74276400-8 e da 74310000-5 a 74323100-0 e 74874000-6 stabiliti in altri Stati membri, costituiti conformemente alla legislazione vigente nei rispettivi Paesi;
- e) i raggruppamenti temporanei costituiti dai soggetti di cui alle lettere da a) a d);
- f) i consorzi stabili di società di professionisti e di società di ingegneria, anche in forma mista, formati da non meno di tre consorziati che abbiano operato nei settori dei servizi di ingegneria e architettura.



AGENDA

1. La qualificazione degli operatori e i motivi di esclusione

- Gli operatori economici ammessi a partecipare alle procedure di affidamento
- Le problematiche connesse alla partecipazione di soggetti con idoneità plurisoggettiva.
- Il DGUE
- I motivi di esclusione. Novità ed aspetti problematici
- Il self cleaning
- I requisiti di partecipazione (idoneità professionale, requisiti economici finanziari requisiti tecnico professionali requisiti di qualità).
- Il soccorso istruttorio
- Avvalimento



La definizione di “operatori con idoneità plurisoggettiva” contrapposta a quella di “operatori con idoneità individuale” non si rinviene nella normativa vigente e non è utilizzata dalla giurisprudenza amministrativa.

La definizione era stata elaborata dall’allora AVCP nel corso degli anni 2000 e recepita nel bando tipo n. 1 e n. 2 del 2014.

I bandi tipo n. 1/2017 e n. 1/2018, adottati dall’ANAC successivamente all’entrata in vigore del nuovo Codice dei Contratti pubblici non fanno più riferimento a queste categorie, ma – così come la normativa e la giurisprudenza - alla partecipazione degli operatori economici “in forma singola” e “in forma associata”



Secondo le definizioni ex AVCP

Operatori con idoneità individuale	Operatori con idoneità plurisoggettiva
<ul style="list-style-type: none">• imprenditori individuali anche artigiani, e le società, anche cooperative (art. 45 c. 2 lett. a)• consorzi tra società cooperative e consorzi tra imprese artigiane (art. 45 c. 2 lett. b)• consorzi stabili (art. 45 c. 2 lett. c)	<ul style="list-style-type: none">• raggruppamenti temporanei di concorrenti (art. 45 c. 2 lett. d)• consorzi ordinari di concorrenti (art. 45 c. 2 lett. e)• aggregazioni tra le imprese aderenti al contratto di rete (art. 45 c. 2 lett. f)• GEIE (art. 45 c. 2 lett. g)



Problematiche legate ad alcune specifiche forme di partecipazione

- **Consorzi stabili** (problematiche relative alle modalità di determinazione dei requisiti di partecipazione nel periodo transitorio)
- **Imprese aderenti al contratto di rete** (problematiche relative alle modalità di determinazione dei requisiti di partecipazione, differenze tra rete-contratto e rete-soggetto, condizioni di equiparabilità ai consorzi stabili, problematiche inerenti la responsabilità)
- **Società tra professionisti costituite ai sensi della L. 183/2011** relativamente agli affidamenti di servizi di ingegneria e tecnici (ammissibilità, determinazione dei requisiti di partecipazione, sovrapposibilità o meno alle “società di professionisti costituite esclusivamente tra professionisti” disciplinate all’art. 46 lett. b o società di ingegneria disciplinate dall’art. 46 lett. c)



Qualificazione dei consorzi stabili nel periodo transitorio TAR Napoli 28 giugno 2017 n. 3507

L'operatività del “**cumulo alla rinfusa**” per i consorzi stabili non può ritenersi, allo stato, venuto meno nel nuovo quadro ordinamentale conseguente alla entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici di cui al D.Lgs. n. 50/2016. Sotto tale profilo, va condiviso il ragionamento di parte ricorrente che, a sostegno di tale ermeneutica, trae argomenti dall'art. 83, comma 2, e dall'art. 216, comma 14, del citato decreto che sanciscono la vigenza del descritto principio - nelle more dell'adozione di specifiche disposizioni ministeriali su proposta dell'Anac - scolpito dall'art. 36, comma 7, del D.Lgs. n. 163/2006, richiamato a sua volta dall'art. 81 del D.P.R. n. 207/2010 (T.A.R. Lazio, Roma, n. 1324/2017).



Qualificazione dei consorzi di imprese artigiane nel periodo transitorio

TAR Milano 23 dicembre 2017 n. 2476

L'equiparazione fra consorzi stabili e consorzi di imprese artigiane, ai fini del più volte indicato cumulo dei requisiti, può senza dubbio essere confermata **anche in vigore del nuovo codice** dei contratti pubblici, nonostante l'art. 47, comma 2, sopra citato, faccia esclusivo riferimento ai consorzi stabili di cui alla lettera c) dell'art. 45, allorché i consorzi fra imprese artigiane sono invece menzionati nella lettera b) del medesimo art. 45 (cfr. il parere precontenzioso dell'Autorità Nazionale Anticorruzione - ANAC Delib. n. 98 del 2017 e per l'abrogato codice dei contratti, i pareri della stessa ANAC n. 17 del 2014 e n. 104 del 2014)

(Conforme TAR Napoli n. 5300/2017)



In particolare la rete secondo il Bando tipo 1/2017 ANAC

- **nel caso in cui la rete sia dotata di organo comune con potere di rappresentanza e soggettività giuridica (cd. rete - soggetto)**, l'aggregazione di imprese di rete partecipa a mezzo dell'organo comune, che assumerà il ruolo della mandataria, qualora in possesso dei relativi requisiti. **L'organo comune potrà indicare anche solo alcune tra le imprese retiste per la partecipazione alla gara ma dovrà obbligatoriamente far parte di queste;**
- **nel caso in cui la rete sia dotata di organo comune con potere di rappresentanza ma priva di soggettività giuridica (cd. rete-contratto)**, l'aggregazione di imprese di rete partecipa a mezzo dell'organo comune, che assumerà il ruolo della mandataria, qualora in possesso dei requisiti previsti per la mandataria e qualora il contratto di rete rechi mandato allo stesso a presentare domanda di partecipazione o offerta per determinate tipologie di procedure di gara. **L'organo comune potrà indicare anche solo alcune tra le imprese retiste per la partecipazione alla gara ma dovrà obbligatoriamente far parte di queste;**
- **nel caso in cui la rete sia dotata di organo comune privo di potere di rappresentanza ovvero sia sprovvista di organo comune, oppure se l'organo comune è privo dei requisiti di qualificazione**, l'aggregazione di imprese di rete partecipa nella forma del raggruppamento costituito o costituendo, con applicazione integrale delle relative regole (cfr. Determinazione ANAC n. 3 del 23 aprile 2013)

La norma non prevede la facoltà o l'obbligo per le reti di indicare le imprese per le quali si concorre. L'equiparazione con i consorzi stabili è fatta dal Codice solo "ai fini della qualificazione" e solo se la rete ne possieda "tutti i requisiti". Vi sono alcune perplessità legate alle caratteristiche tipiche del contratto di rete.



Raggruppamento
orizzontale



Nel caso di lavori , per raggruppamento di tipo orizzontale si intende una riunione di operatori economici finalizzata a realizzare i lavori della stessa categoria.
Nel caso di forniture o servizi per raggruppamento orizzontale quello in cui gli operatori economici eseguono il medesimo tipo di prestazione

Raggruppamento
verticale

Nel caso di lavori, per raggruppamento temporaneo di tipo verticale si intende una riunione di operatori economici nell'ambito della quale uno di essi realizza i lavori della categoria prevalente; per lavori scorporabili si intendono lavori non appartenenti alla categoria prevalente e così definiti nel bando di gara, assumibili da uno dei mandanti.
Nel caso di forniture o servizi, per raggruppamento di tipo verticale si intende un raggruppamento di operatori economici in cui il mandatario esegue le prestazioni di servizi o di forniture indicati come principali anche in termini economici, i mandanti quelle indicate come secondarie

Non può essere costituito se il bando non prevede lavori scorporabili o, nel caso di servizi e forniture, prestazioni principali e secondarie

Problematiche peculiari legate alla partecipazione in forma associata: i limiti alla modificabilità della composizione

L'art. 48 comma 9, secondo periodo recita “Salvo quanto disposto ai **commi 17 e 18**, è vietata qualsiasi modificazione alla composizione dei raggruppamenti temporanei e dei consorzi ordinari di concorrenti rispetto a quella risultante dall'impegno presentato **in sede di offerta**”.

L'art. 48 comma 19-ter recita “Le previsioni di cui ai **commi 17, 18 e 19** trovano applicazione anche laddove le modifiche soggettive ivi contemplate si verificano **in fase di gara**.”



c.d. "avvalimento rafforzato"

Il **comma 17** recita:

17. Salvo quanto previsto dall'articolo 110, comma 5, in caso di fallimento, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione controllata, amministrazione straordinaria, concordato preventivo ovvero procedura di insolvenza concorsuale o di liquidazione del **mandatario ovvero**, qualora si tratti di imprenditore individuale, in caso di morte, interdizione, inabilitazione o fallimento del medesimo **ovvero** in caso di perdita, **in corso di esecuzione**, dei requisiti di cui all'articolo 80, **ovvero** nei casi previsti dalla normativa antimafia, **la stazione appaltante può proseguire il rapporto di appalto con altro operatore economico che sia costituito mandatario nei modi previsti dal presente codice purché abbia i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire**; non sussistendo tali condizioni la stazione appaltante deve recedere dal contratto.

La relazione illustrativa al decreto correttivo, recita "si precisa, con l'introduzione dei commi 19-bis e 19-ter, che la disciplina relativa alle modifiche soggettive, **nei casi di fallimento o di recesso**, si applica anche con riferimento ai consorzi, nonché laddove tali modifiche avvengano in fase di gara" e, in merito alle modificazioni apportate al comma 17, precisa che le stesse sono state introdotte "al fine di stabilire che la stazione appaltante possa proseguire il rapporto di appalto con altro operatore economico che sia costituito mandatario **anche nel caso in cui l'imprenditore individuale perda, in corso di esecuzione, i requisiti previsti all'articolo 80**"



c.d. "avvalimento rafforzato"

Il **comma 18** recita:

18. Salvo quanto previsto dall'articolo 110, comma 5, in caso di fallimento, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione controllata, amministrazione straordinaria, concordato preventivo ovvero procedura di insolvenza concorsuale o di liquidazione di uno dei **mandanti ovvero**, qualora si tratti di imprenditore individuale, in caso di morte, interdizione, inabilitazione o fallimento del medesimo **ovvero** in caso di perdita, **in corso di esecuzione**, dei requisiti di cui all'articolo 80, **ovvero** nei casi previsti dalla normativa antimafia, **il mandatario, ove non indichi altro operatore economico subentrante che sia in possesso dei prescritti requisiti di idoneità, è tenuto alla esecuzione, direttamente o a mezzo degli altri mandanti, purché questi abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire.**

La relazione illustrativa al decreto correttivo, recita "si precisa, con l'introduzione dei commi 19-bis e 19-ter, che la disciplina relativa alle modifiche soggettive, **nei casi di fallimento o di recesso**, si applica anche con riferimento ai consorzi, nonché laddove tali modifiche avvengano in fase di gara" e, in merito alle modificazioni apportate al comma 18, precisa che le stesse sono state introdotte "al fine di operare il coordinamento con le modifiche apportate al citato comma 17" (v. diapositiva precedente)



Superato il limite evidenziato dal Cons. Stato all'adunanza del 22/1/2008, in relazione alla richiesta di parere prot. N. 4575/2007 e legato al fatto che in tal caso verrebbe del tutto meno l'originario soggetto contraente (RTI), e il rapporto contrattuale si dovrebbe istaurare con un soggetto di natura radicalmente diversa (concorrente singolo)

Il **comma 19** recita:

19. E' 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.

Confermata la legittimità dei c.d. "raggruppamenti sovrabbondanti"

Principio consolidato nella giurisprudenza amministrativa anche prima del Codice del 2016



Per quanto concerne i consorzi di cooperative (art. 45 c. 2 lett. b) e i consorzi stabili (art. 45 c. 2 lett. c)

Ad essi non si applica l'art. 48 ("Raggruppamenti temporanei e consorzi ordinari di concorrenti"), tuttavia:

- Il comma **7-bis** dell'art. 48 prevede che per le ragioni indicate ai successivi **commi 17, 18 e 19** o per **fatti o atti sopravvenuti**, è consentito ai soggetti di cui all'articolo 45, comma 2, lettere b) e c), **designare** ai fini dell'esecuzione dei lavori o dei servizi, **un'impresa consorziata diversa da quella indicata in sede di gara**, a condizione che la modifica soggettiva non sia finalizzata **ad eludere in tale sede la mancanza di un requisito di partecipazione in capo all'impresa consorziata**
- Il comma **19-bis** estende l'applicazione delle previsioni di cui ai commi 17, 18 e 19 anche con riferimento ai soggetti di cui all'articolo 45, comma 2, lettere b), c) ed e)

Il riferimento alla lett. e) sembrerebbe ultroneo in quanto ai consorzi ordinari si applica comunque l'art. 48



Ulteriori problematiche connesse al (mancato) coordinamento delle disposizioni del Codice con quelle della Legge Fallimentare in relazione alla partecipazione in forma associata

L'articolo 186-bis, comma 6, della Legge fallimentare prevede che, in caso di partecipazione in forma associata, l'impresa in concordato con continuità aziendale possa concorrere solo come mandante e sempre che non vi siano nell'ambito dello stesso raggruppamento altre imprese assoggettate ad una procedura concorsuale.

Il limite dell'assunzione del ruolo di mandante non è però contenuto né dall'art. 110 del Codice contratti né nell'art. 48, dai cui comma 17 e 19-ter sembrerebbe anzi doversi giungere alla conclusione opposta, ovvero l'ammissibilità anche dell'assunzione del ruolo di mandataria.

Inoltre, poiché l'art. 110 del Codice si riferisce sia all'impresa in concordato con continuità aziendale sia all'impresa fallita autorizzata all'esercizio provvisorio, mentre l'art. 186-bis si riferisce unicamente all'impresa in concordato con continuità, se si ritenesse ancora applicabile il limite all'assunzione del ruolo di mandataria per queste ultime si determinerebbe una irragionevole disparità di trattamento con l'impresa fallita autorizzata all'esercizio provvisorio.

(Considerazioni espresse da ANAC nel documento in consultazione sull'avvalimento c.d. rafforzato)



AGENDA

1. La qualificazione degli operatori e i motivi di esclusione

- Gli operatori economici ammessi a partecipare alle procedure di affidamento
- Le problematiche connesse alla partecipazione di soggetti con idoneità plurisoggettiva.
- II DGUE
- I motivi di esclusione. Novità ed aspetti problematici
- Il self cleaning
- I requisiti di partecipazione (idoneità professionale, requisiti economici finanziari requisiti tecnico professionali requisiti di qualità).
- Il soccorso istruttorio
- Avvalimento



Il modello di formulario per il **DGUE** (Documento di Gara Unico Europeo) è stato introdotto dal Regolamento di esecuzione UE **2016/7 del 5 gennaio 2016**, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea L 3/16 del 6 gennaio 2016.

I Regolamenti europei, a differenza delle Direttive, non necessitano né prevedono atti interni di recepimento e sono, quindi, direttamente efficaci per gli Stati Membri.

Il Regolamento è entrato in vigore il ventesimo giorno successivo alla data di pubblicazione.



Il DGUE è stato introdotto per:

- **Semplificare** la partecipazione
- **Ridurre** gli oneri documentali
- **Standardizzare** i format di dichiarazione su base europea



Il DGUE è espressamente previsto dall'art. 85 del D.Lgs. 50/2016

Al momento della presentazione delle domande di partecipazione o delle offerte, le stazioni appaltanti **accettano** il DGUE, redatto in conformità al modello di formulario approvato con regolamento dalla Commissione europea. Il DGUE è fornito **esclusivamente in forma elettronica** a partire dal **18 aprile 2018**, e 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**



In definitiva con il DGUE si conferma che l'operatore economico soddisfa le seguenti condizioni:

- a) non si trova in una delle situazioni di cui all'articolo 80 (non incorre in **motivi di esclusione**);
- b) soddisfa i criteri di selezione definiti a norma dell'articolo 83 (possiede i **requisiti speciali**);
- c) soddisfa gli eventuali criteri oggettivi fissati a norma dell'articolo 91 (nel caso di **riduzione del numero** dei candidati ammessi rispetto a quelli qualificati)



Il DGUE, tra l'altro:

- è **riutilizzabile** nelle successive procedure di gara da parte degli operatori economici confermando che le dichiarazioni rese sono ancora valide



Il Regolamento Europeo, adottando un modello di formulario standard per l'intero territorio dell'Unione, aveva previsto l'eventualità che si rendesse necessaria l'emanazione, da parte dei singoli Stati membri, di **linee guida** per chiarire e rendere comprensibili alle stazioni appaltanti e agli operatori economici le relazioni esistenti tra il modello e la normativa nazionale, così da consentirne il corretto utilizzo e il contemporaneo rispetto delle previsioni del **diritto interno**



Le linee guida sono state adottate con **Circolare del MIT n. 3 del 18 luglio 2016**, pubblicata nella GURI del 27 luglio 2016, cui è allegato il modello di formulario completo, integrato e modificato rispetto a quello pubblicato nella G.U.U.E. del 6 gennaio u.s., in allegato al Reg. (CE) 5-1-2016 n. 2016/7, per tener conto delle specificità del diritto nazionale e di quanto previsto, in particolare in materia di **cause di esclusione**, dall'art. 80 del nuovo Codice Contratti.

On line sul sito del Ministero è stato reso disponibile il file editabile del Formulario, in modo da consentire sia alle stazioni appaltanti che agli operatori economici di disporre del **modello già integrato** con i campi aggiuntivi e le ulteriori informazioni previste dalle linee guida



Secondo le linee guida ministeriali, il DGUE è utilizzato in:

- **tutte le procedure** di affidamento di contratti di appalto di lavori, servizi e forniture nei settori ordinari e nei settori speciali, **comprese le gare informali sotto soglia**
- tutte le procedure di affidamento dei **contratti di concessione** e di **partenariato pubblico-privato**
- **procedura negoziata** non preceduta da bando esperita a seguito di gara deserta o di offerte inappropriate (**art. 63 comma 2, lett. a)**

A discrezione della S.A. può essere utilizzato:

- **procedura negoziata** non preceduta da bando esperita in tutti i casi previsti dall'art. 63, diversi dalla gara deserta o con offerte inappropriate (**art. 63 lett. b e c)**
- affidamento diretto di importo **inferiore ai 40.000 euro**

N.B. Le linee guida ANAC n. 4/2017 prevedono, invece, che le SA possano fare "eventualmente" ricorso al DGUE a fini di semplificazione



Il DGUE è articolato in sei parti:

- **Parte I:** informazioni sulla procedura di appalto e sull'amministrazione aggiudicatrice o ente aggiudicatore
- **Parte II:** informazioni sull'operatore economico e sui propri rappresentanti, sull'eventuale avvalimento e sul ricorso al subappalto
- **Parte III:** autodichiarazione circa l'assenza di motivi di esclusione dalla gara, come disciplinati dall'art. 80 del Codice
- **Parte IV:** requisiti di idoneità professionale, capacità economica e finanziaria, capacità tecniche e professionali, certificazioni di qualità e altri requisiti richiesti dai documenti di gara
- **Parte V:** possesso requisiti per riduzione numero concorrenti ex art. 91
- **Parte VI:** dichiarazione di responsabilità sulla veridicità e sulla capacità di produrre i documenti complementari a richiesta.



Il DGUE deve essere presentato, secondo quanto specificato nel Bando tipo 1/2017 dell'ANAC:

- nel caso di **raggruppamenti temporanei, consorzi ordinari, GEIE**, da **tutti** gli operatori economici che partecipano alla procedura in forma congiunta;
- nel caso di **aggregazioni di imprese di rete** da **ognuna** delle imprese retiste, se l'intera rete partecipa, ovvero **dall'organo comune** e dalle **singole imprese retiste indicate**;
- nel caso di **consorzi cooperativi, di consorzi artigiani e di consorzi stabili**, dal **consorzio e dai consorziati per conto dei quali il consorzio concorre**;

↓

Date le caratteristiche del contratto di rete, è congruente l'ipotesi di indicazione di alcune soltanto delle imprese retiste? L'indicazione dei soggetti per i quali si concorre è prevista dall'art. 48 solo per i consorzi stabili e per quelli di cooperative



Sono inoltre tenuti alla compilazione di un autonomo DGUE con le informazioni di competenza:

- Le imprese **ausiliarie**;
- I **subappaltatori** indicati all'atto di presentazione dell'offerta;



AGENDA

1. La qualificazione degli operatori e i motivi di esclusione

- Gli operatori economici ammessi a partecipare alle procedure di affidamento
- Le problematiche connesse alla partecipazione di soggetti con idoneità plurisoggettiva.
- Il DGUE
- I motivi di esclusione. Novità ed aspetti problematici
- Il self cleaning
- I requisiti di partecipazione (idoneità professionale, requisiti economici finanziari requisiti tecnico professionali requisiti di qualità).
- Il soccorso istruttorio
- Avvalimento



- Principi delle nuove Direttive
 - Motivi di esclusione basati su **informazioni recenti**;
 - Possibilità di **self cleaning**
 - Semplificazione delle dichiarazioni grazie al **DGUE**;



Principali novità

- Inserimento dei **reati terroristici** o connessi ad attività terroristiche
- Inserimento dei reati relativi allo sfruttamento del **lavoro minorile** e altre forme di **tratta degli esseri umani**
- Modifica del perimetro dei **soggetti** cui si riferiscono alcuni dei motivi di esclusione;
- Indicazione normativa dei reati incidenti sulla **moralità professionale**
- Ridefinizione completa dell'**illecito professionale** rilevante come motivo di esclusione
- Previsioni in ordine al **conflitto di interessi**
- Previsioni in ordine alla **distorsione della concorrenza** determinata da precedente coinvolgimento dell'operatore economico;
- Reintroduzione ad opera del correttivo delle **false comunicazioni sociali, false dichiarazioni, iscrizione nel Casellario informatico dell'Osservatorio per false dichiarazioni, false documentazioni**
- c.d. "**self cleaning**";
- Ampliamento delle possibili deroghe all'esclusione di imprese assoggettate a **procedure concorsuali**



Uno dei profili maggiormente critici della riformulazione dei motivi di esclusione è costituito dall'applicazione del **comma 5 lett. c)** ovvero l'esclusione per **grave illecito professionale**.
Come previsto dall'art. 80, per questo particolare motivo di esclusione sono state adottate da **ANAC** specifiche linee guida (**Linee guida n. 6**).
Recentemente l'Autorità Antitrust **AGCM**, ha messo in discussione con un proprio atto (**AS1474**) alcuni aspetti delle linee guida ANAC



C.g.a. 28 dicembre 2017, n. 575

Le penali comminate da una stazione appaltante sub giudice non integrano ex lege una “significativa carenza nell'esecuzione di un precedente contratto”, prevista dall'art. 80, comma 5, lett. c)”, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, rimanendo fuori della tipizzazione costituente il nucleo della pertinente norma di legge a base della dichiarazione sostitutiva da rendere, con la conseguenza che l'omessa dichiarazione in sede di presentazione della domanda di partecipazione alla gara non comporta l'esclusione del concorrente dalla procedura



TAR Napoli ord. 13 dicembre 2017 n. 5893

Deve essere rimessa alla Corte di giustizia la questione se i principi comunitari di tutela del legittimo affidamento e di certezza del diritto, di cui al Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), ed i principi che ne derivano, come la parità di trattamento, la non discriminazione, la proporzionalità e la effettività, di cui alla direttiva n. 2014/24/UE, nonché la disposizione di cui all'art. 57, comma 4, lett. c) e g), di detta Direttiva, ostino all'applicazione di una normativa nazionale, quale quella italiana derivante dall'art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, secondo la quale la contestazione in giudizio di significative carenze evidenziate nell'esecuzione di un pregresso appalto, che hanno condotto alla risoluzione anticipata di un precedente contratto di appalto, preclude ogni valutazione alla stazione appaltante circa l'affidabilità del concorrente, sino alla definitiva statuizione del giudizio civile, e senza che la ditta abbia dimostrato la adozione delle misure di self cleaning volte a porre rimedio alle violazioni e ad evitare la loro reiterazione



Consiglio Stato, 4 dicembre 2017 n. 5704

L'art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 - nella parte in cui include nei "gravi illeciti professionali" anche "il tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate ai fini di proprio vantaggio", come pure il fornire "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" - ha carattere innovativo rispetto alla previsione dettata dall'art. 38, comma 1, lett. f), d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, con la conseguenza che non è estensibile in via retroattiva a procedure di affidamento soggette all'abrogato Codice degli appalti pubblici



Consiglio Stato, 5 settembre 2017 n. 4192

Il "grave illecito professionale", che ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 comporta l'esclusione del concorrente dalla gara, ricomprende ogni condotta, collegata all'esercizio dell'attività professionale, contraria ad un dovere posto da una norma giuridica, sia essa di natura civile, penale o amministrativa.

Ai fini dell'esclusione dalla gara pubblica prevista dall'art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 rilevano anche i provvedimenti giurisdizionali non definitivi qualora contengano una condanna al risarcimento del danno e uno degli altri effetti tipizzati dall'art. 80 stesso; l'esclusione non può superare i tre anni a decorrere dalla data dell'annotazione della notizia nel Casellario informatico gestito dall'Autorità o, per i provvedimenti penali di condanna non definitivi, dalla data del provvedimento" e non dalla verifica del fatto storico.



Consiglio Stato, 5 settembre 2017 n. 4192 - segue

Il concorrente ad una gara pubblica non può operare alcun filtro nell'individuazione dei precedenti penali valutando esso stesso la loro rilevanza ai fini dell'ammissione alla procedura di gara, spettando tale potere esclusivamente alla stazione appaltante.

Il contraddittorio previsto nel nuovo Codice dei contratti pubblici, ai fini dell'accertamento della carenza sostanziale dei requisiti di ammissione alla gara, riguarda i soli casi in cui il concorrente si è dimostrato leale e trasparente nei confronti della stazione appaltante, rendendola edotta di tutti i suoi precedenti, anche se negativi, ed ha fornito tutte le informazioni necessarie per dimostrare l'attuale insussistenza di rischi sulla sua inaffidabilità o mancata integrità nello svolgimento della sua attività professionale.



AGCM – AS1474 13 febbraio 2018

La scelta di attribuire rilevanza al provvedimento antitrust „esecutivo“ ma non definitivo (ovvero inoppugnabile o confermato giudizialmente) può favorire l'insorgenza di contenziosi.

Con riguardo al „self cleaning“ tra gli elementi da considerare possono esservi il cambiamento del management (anche accompagnato dall'avvio di un'azione di responsabilità), la dotazione di programmi efficaci di compliance, l'adesione a programmi di clemenza che hanno consentito l'accertamento di dell'illegito e/o di altri illeciti.

Andrebbero escluse dalla considerazione i provvedimenti di condanna per pratiche commerciali scorrette non trattandosi di fattispecie inerenti la contrattualistica pubblica.



AGCM – AS1474 13 febbraio 2018

La scelta di attribuire rilevanza al provvedimento antitrust „esecutivo“ ma non definitivo (ovvero inoppugnabile o confermato giudizialmente) può favorire l'insorgenza di contenziosi.

Con riguardo al „self cleaning“ tra gli elementi da considerare possono esservi il cambiamento del management (anche accompagnato dall'avvio di un'azione di responsabilità), la dotazione di programmi efficaci di compliance, l'adesione a programmi di clemenza che hanno consentito l'accertamento di dell'illegito e/o di altri illeciti.

Andrebbero escluse dalla considerazione i provvedimenti di condanna per pratiche commerciali scorrette non trattandosi di fattispecie inerenti la contrattualistica pubblica.



Ulteriori problematiche connesse al (mancato) coordinamento delle disposizioni del Codice con quelle della Legge Fallimentare in relazione all'ammissione alla partecipazione

L'articolo 186-bis c. 4 L.F., prevede l'autorizzazione alla partecipazione da parte del tribunale dopo il deposito del ricorso. A seguito dell'ammissione al concordato con continuità (ai sensi dell'articolo 163 L.F.), invece, l'impresa riacquista, ai sensi del comma 5, la capacità di partecipazione senza autorizzazione giudiziale ove presenti in gara sia la relazione del professionista designato dal debitore, sia l'avvalimento «rinforzato».

Nel caso di intervenuto decreto di ammissione alla procedura occorre valutare se il regime applicabile sia quello dell'articolo 186-bis, comma 5, della Legge fallimentare (partecipazione senza autorizzazione giudiziale, con visto del professionista e avvalimento rinforzato), ovvero quella dell'articolo 110, comma 3 (autorizzazione del giudice delegato) ed eventuale avvalimento rinforzato se deciso dall'ANAC.

(Considerazioni espresse da ANAC nel documento in consultazione sull'avvalimento c.d. rafforzato)



Ulteriori problematiche connesse al (mancato) coordinamento delle disposizioni del Codice con quelle della Legge Fallimentare in relazione all'ammissione alla partecipazione - segue

Sono possibili, quindi, tre diverse interpretazioni:

- 1) Per il criterio della successione cronologica delle leggi, si applica il regime delineato dall'articolo 110, comma 3, del Codice dei contratti pubblici (autorizzazione del giudice delegato sempre necessaria)
- 2) (interpretazione armonizzata) l'autorizzazione del giudice delegato non è necessaria nell'ipotesi in cui l'impresa ammessa presenti la documentazione prevista dall'articolo 186-bis, comma 5, della Legge fallimentare fornendo garanzie atte a superare la necessità del controllo giudiziale;
- 3) (interpretazione intermedia) l'autorizzazione del giudice delegato è necessaria, in forza della norma sopravvenuta recata dall'articolo 110, comma 3, del Codice dei contratti pubblici. Tuttavia, l'impresa in concordato può volontariamente presentare la documentazione di cui all'articolo 186-bis, comma 5 per agevolare la valutazione del giudice delegato ai fini dell'autorizzazione evitando così, l'intervento dell'ANAC e abbreviando l'iter per la presentazione dell'offerta.

(Considerazioni espresse da ANAC nel documento in consultazione sull'avvalimento c.d. rafforzato)



Ulteriori problematiche connesse al (mancato) coordinamento delle disposizioni del Codice con quelle della Legge Fallimentare in relazione all'ammissione alla partecipazione

L'articolo 80, comma, 5, lettera b) del Codice dei contratti pubblici esclude dalla partecipazione le imprese fallite, e quelle per cui pende il relativo procedimento, fatto salvo quanto previsto dall'articolo 110.

Tuttavia, mentre l'ipotesi del concordato con continuità è posta come eccezione alla regola di non ammissione dell'impresa in concordato ("...", salvo il caso di concordato con continuità aziendale"), per l'impresa fallita l'unica deroga è contemplata dall'articolo 110 (comma 3), richiamato dall'articolo 80 comma 5 lettera b), del Codice dei contratti pubblici che si riferisce alla sola impresa già autorizzata, ex articolo 104 della Legge fallimentare, all'esercizio provvisorio

Quindi l'impresa che presenta istanza di concordato con continuità aziendale è ammessa a partecipare alle gare, alla condizione di cui all'articolo 186-bis L.F. ovvero dell'articolo 110 comma 3 del Codice l'impresa per cui pende istanza di fallimento è esclusa dalle gare fino alla declaratoria di fallimento con ammissione all'esercizio provvisorio e previa autorizzazione del giudice delegato, ai sensi dell'articolo 110, comma 3, del Codice

(Considerazioni espresse da ANAC nel documento in consultazione sull'avvalimento c.d. rafforzato)



AGENDA

1. La qualificazione degli operatori e i motivi di esclusione

- Gli operatori economici ammessi a partecipare alle procedure di affidamento
- Le problematiche connesse alla partecipazione di soggetti con idoneità plurisoggettiva.
- Il DGUE
- I motivi di esclusione. Novità ed aspetti problematici
- Il self cleaning
- I requisiti di partecipazione (idoneità professionale, requisiti economici finanziari requisiti tecnico professionali requisiti di qualità).
- Il soccorso istruttorio
- Avvalimento



Il **self cleaning** è strettamente connesso al principio di **attualità** dei motivi di esclusione.

Si tratta di un istituto introdotto dalle Direttive Europee che consente alle stazioni appaltanti di tener conto del percorso che l'imprenditore incorso nel motivo di esclusione previsto dalla normativa abbia intrapreso al fine di «redimersi» dagli errori commessi.



Art. 80 comma 7

Un operatore economico, o un subappaltatore, che si trovi in una delle situazioni **di cui al comma 1**, limitatamente alle ipotesi in cui la sentenza definitiva abbia imposto una **pena detentiva non superiore a 18 mesi** ovvero abbia riconosciuto l'attenuante della collaborazione come definita per le singole fattispecie di reato, **o al comma 5**, è ammesso a provare di aver **risarcito** o di essersi **impegnato a risarcire** qualunque danno causato dal reato o dall'illecito e di aver adottato **provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale** idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti.

Condanna con sentenza definitiva o decreto penale irrevocabile o applicazione pena su richiesta per i reati indicati nelle lettere da a) a g) del comma 1

a) Violazioni sicurezza; b) fallimento e assimilate; c) grave illecito professionale; d) conflitto di interessi; d) distorsioni della concorrenza da precedente coinvolgimento; f) interdizione 231; f-bis false dichiarazioni; f-ter) iscrizione nel casellario ANAC per false dichiarazioni in gara e per g) ottenere la SOA; h) intestazione fiduciaria; i) lavoro disabili; l) mancata denuncia reati ; m) unico centro decisionale



Art. 80 comma 8

Se la stazione appaltante ritiene che le misure di cui al comma 7 sono **sufficienti**, l'operatore economico non è escluso della procedura d'appalto; **viceversa** dell'esclusione viene data **motivata comunicazione** all'operatore economico.



Discrezionalità della valutazione di adeguatezza delle misure di self – cleaning: diverso il caso del motivo di esclusione di cui al comma 4 (mancato pagamento imposte e tasse) che non è applicabile per espressa previsione normativa 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



LIMITE

all'operatività del SELF CLEANING



Art. 80 comma 9

Un operatore economico **escluso con sentenza definitiva dalla partecipazione alle procedure di appalto** non può avvalersi della possibilità prevista dai commi 7 e 8 **nel corso del periodo di esclusione derivante da tale sentenza.**



AGENDA

1. La qualificazione degli operatori e i motivi di esclusione

- Gli operatori economici ammessi a partecipare alle procedure di affidamento
- Le problematiche connesse alla partecipazione di soggetti con idoneità plurisoggettiva.
- Il DGUE
- I motivi di esclusione. Novità ed aspetti problematici
- Il self cleaning
- I requisiti di partecipazione (idoneità professionale, requisiti economici finanziari requisiti tecnico professionali requisiti di qualità).
- Il soccorso istruttorio
- Avvalimento



I requisiti di idoneità professionale e le capacità economico finanziaria e tecnico professionale richieste ai concorrenti devono essere **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**



TAR Lazio, sent. 26 gennaio 2017 n. 1345

La costituzione di un Raggruppamento Temporaneo di Imprese o il ricorso all'avvalimento sono il frutto di scelte discrezionali di tutte le imprese coinvolte, per le quali non è sufficiente la volontà della piccola o media impresa che intende partecipare alla gara, essendo necessaria anche una coincidente volontà delle altre imprese nella costituzione dell'eventuale raggruppamento e dell'impresa o delle imprese ausiliarie nell'avvalimento.

Ne consegue che l'astratta possibilità di costituire un RTI o di ricorrere all'avvalimento non esclude che una preclusione alla possibile partecipazione individuale dell'impresa si concreti in un vulnus al principio del favor participationis e, quindi, in una lesione sia alla sfera giuridica dell'impresa che non può partecipare individualmente sia alle finalità pubblicistiche a base della normativa in materia.

La stazione appaltante ha violato il fondamentale principio del favor participationis stabilendo macro-lotti e limitando in modo irragionevole la facoltà di presentazione individuale delle offerte, non garantendo in tal modo né l'esplicitarsi di un piena apertura del mercato alla concorrenza né i risparmi di spesa potenzialmente derivanti da una più ampia gamma di offerte relative ai singoli lotti



TAR Lazio, sent. 25 gennaio 2017 n. 1324

L'art. 83, comma 2, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 non disciplina in modo compiuto la qualificazione dei Consorzi stabili nelle procedure di affidamento pubbliche, rimettendo alla predisposizione di Linee-guida da parte dell'Anac.

Nelle more della loro adozione la partecipazione alle gare dei Consorzi stabili trova ancora, ai sensi dell'art. 216, comma 4, dello stesso nuovo Codice dei contratti pubblici le proprie disposizioni di riferimento nel precedente ordinamento di settore,. Ancorché tali norme fossero dettate per i lavori, le stesse sono estensibili anche all'affidamento di servizi.

Conseguentemente, il Consorzio stabile attualmente si può qualificare facendo riferimento alla qualificazione posseduta dalle consorziate esecutrici, senza necessità di un avalimento formale.



- 1. Requisiti di idoneità professionale**
- 2. Requisiti di capacità economica e finanziaria**
- 3. Requisiti di capacità tecniche e professionali**



- **Idoneità professionale**

- Per la sussistenza dei requisiti di idoneità professionale gli operatori economici devono, a seconda dell'oggetto dell'affidamento, dimostrare di:

- a) Essere iscritti al Registro delle imprese presso la Camera di Commercio (o equivalenti se l'o.e. è un cittadino di un altro Stato membro non residente in Italia) e;
 - b) Essere iscritti nel registro delle commissioni provinciali per l'artigianato (idem come sopra se non italiani non residenti)
 - c) Essere iscritti presso i competenti ordini professionali (idem come sopra se non italiani non residenti)
 - d) Essere in possesso dell'eventuale autorizzazione prescritta per l'esercizio della specifica attività oggetto di affidamento



- **Capacità economico finanziaria**

- Per appalti di servizi e forniture le S.A. possono chiedere:

- a) Fatturato minimo annuo (compreso quello specifico) comunque non superiore al doppio del valore stimato dell'appalto, salvo in casi specifici adeguatamente motivati. In ogni caso la richiesta del fatturato minimo deve essere motivata;
 - b) Informazioni sui conti annuali (in particolare rapporto attività/passività)
 - c) Adeguata copertura assicurativa contro i rischi professionali

[NB Per gli appalti di lavori continua ad essere previsto il sistema unico di qualificazione – art. 84]



- **Capacità tecnico - professionali**

- Per appalti di servizi e forniture le S.A. possono chiedere, sempre senza eccedere l'oggetto dell'appalto:

- Requisiti per garantire il possesso delle risorse umane e tecniche e l'esperienza necessarie all'esecuzione dell'appalto **con adeguato standard di qualità.**
 - Nel caso di forniture che necessitino di lavori di posa in opera o installazione, servizi o lavori, può essere richiesta **competenza efficienza esperienza e affidabilità.**
 - Deve essere garantita l'esigenza di protezione di segreti tecnici e commerciali

[NB Per gli appalti di lavori continua ad essere previsto il sistema unico di qualificazione – art. 84]



D.Lgs. 50/2016 art. 86 (non presente nel D.Lgs. 163/2006)

Mezzi di prova

1. Le stazioni appaltanti **possono** chiedere i certificati, le dichiarazioni e gli altri mezzi di prova di cui al presente articolo e all'allegato XVII, come prova dell'assenza di motivi di esclusione di cui all'articolo 80 e del rispetto dei criteri di selezione di cui all'articolo 83. Le stazioni appaltanti **non esigono mezzi di prova diversi da quelli di cui al presente articolo, all'allegato XVII e all'articolo 87**. Gli operatori economici possono avvalersi di **qualsiasi mezzo idoneo** documentale per provare che essi disporranno delle risorse necessarie.
2. Le stazioni appaltanti accettano i seguenti documenti come prova sufficiente della non applicabilità all'operatore economico dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80:
 - a) per quanto riguarda i commi 1 , 2 e 3 di detto articolo, il certificato del **casellario giudiziario** o in sua mancanza, un documento equivalente rilasciato dalla competente autorità giudiziaria o amministrativa dello Stato membro o del Paese d'origine o di provenienza da cui risulta il soddisfacimento dei requisiti previsti;
 - b) per quanto riguarda il comma 4 di detto articolo, tramite apposita **certificazione rilasciata dalla amministrazione fiscale** competente e, con riferimento ai contributi previdenziali e assistenziali, tramite il **Documento Unico della Regolarità Contributiva** acquisito d'ufficio dalle stazioni appaltanti presso gli Istituti previdenziali ai sensi della normativa vigente ovvero tramite analoga certificazione rilasciata dalle autorità competenti di altri Stati



D.Lgs. 50/2016 art. 86 (non presente nel D.Lgs. 163/2006)

Mezzi di prova

3. Se del caso, uno Stato membro fornisce una dichiarazione ufficiale in cui si attesta che i documenti o i certificati di cui al comma 2 non sono rilasciati o che questi non menzionano tutti i casi previsti, tali dichiarazioni ufficiali sono messe a disposizione mediante il registro online dei certificati (e-Certis).
4. **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. L'operatore economico, che per **fondati motivi** non è in grado di presentare le referenze chieste dall'amministrazione aggiudicatrice, può provare la propria capacità economica e finanziaria mediante un **qualsiasi altro documento** considerato idoneo dalla stazione appaltante.
5. 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.



D.Lgs. 50/2016 art. 86 (non presente nel D.Lgs. 163/2006)

Mezzi di prova

- 5-bis. L'esecuzione dei lavori è documentata dal certificato di esecuzione dei lavori redatto secondo lo schema predisposto dall'ANAC con le linee guida di cui all'articolo 83, comma 2. L'attribuzione, nel certificato di esecuzione dei lavori, delle categorie di qualificazione, relative ai lavori eseguiti, viene effettuata con riferimento alle categorie richieste nel bando di gara o nell'avviso o nella lettera di invito. Qualora il responsabile unico del procedimento riporti nel certificato di esecuzione dei lavori categorie di qualificazione diverse da quelle previste nel bando di gara o nell'avviso o nella lettera di invito, si applicano le sanzioni previste dall'articolo 213, comma 13, nel caso di comunicazioni non veritiere.
6. Per il tramite della cabina di regia sono messe a disposizione degli altri Stati membri, su richiesta, le informazioni riguardanti i motivi di esclusione elencati all'articolo 80, l'idoneità all'esercizio dell'attività professionale, la capacità finanziaria e tecnica degli offerenti di cui all'articolo 83, nonché eventuali informazioni relative ai mezzi di prova di cui al presente articolo.



D.Lgs. 50/2016 art. 82 (non presente nel D.Lgs. 163/2006)

Rapporti di prova, certificazione e altri mezzi di prova

1. Le amministrazioni aggiudicatrici possono esigere che gli operatori economici presentino, **come mezzi di prova di conformità ai requisiti o ai criteri stabiliti nelle specifiche tecniche, ai criteri di aggiudicazione o alle condizioni relative all'esecuzione dell'appalto, una relazione di prova o un certificato rilasciati da un organismo di valutazione della conformità.** Le amministrazioni aggiudicatrici che richiedono la presentazione di certificati rilasciati da uno specifico organismo di valutazione della conformità accettano anche i certificati rilasciati da organismi di valutazione della conformità **equivalenti. Ai fini del presente comma, per «organismo di valutazione della conformità» si intende un organismo che effettua attività di valutazione della conformità, comprese taratura, prove, ispezione e certificazione, accreditato a norma del Regolamento (CE) n. 765/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio oppure autorizzato, per l'applicazione della normativa comunitaria di armonizzazione, dagli Stati membri non basandosi sull'accreditamento, a norma dell'articolo 5, paragrafo 2, dello stesso regolamento (CE) n. 765/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio. Nei casi non coperti da normativa comunitaria di armonizzazione, si impiegano i rapporti e certificati rilasciati dagli organismi eventualmente indicati nelle disposizioni nazionali di settore.**



D.Lgs. 50/2016 art. 82 (non presente nel D.Lgs. 163/2006)

Rapporti di prova, certificazione e altri mezzi di prova - segue

2. Le amministrazioni aggiudicatrici accettano altri **mezzi di prova appropriati**, diversi da quelli di cui al comma 1, ivi compresa una documentazione tecnica del fabbricante, **se l'operatore economico interessato non aveva accesso ai certificati o alle relazioni di prova di cui al comma 1, o non poteva ottenerli entro i termini richiesti, purché il mancato accesso non sia imputabile all'operatore economico interessato e purché questi dimostri che i lavori, le forniture o i servizi prestati soddisfano i requisiti o i criteri stabiliti nelle specifiche tecniche, i criteri di aggiudicazione o le condizioni relative all'esecuzione dell'appalto.**

3. Le informazioni relative alle prove e ai documenti presentati a norma del presente articolo e degli articoli 68, comma 8, e 69 sono messe a disposizione degli altri Stati membri, su richiesta, dalla Cabina di regia. Lo scambio delle informazioni è finalizzato a un'efficace cooperazione reciproca, ed avviene nel rispetto delle regole europee e nazionali in materia di protezione dei dati personali.



D.Lgs. 163/2006 art. 43 e 44

Art. 43 - Qualora richiedano la presentazione di certificati rilasciati da organismi indipendenti per attestare l'ottemperanza dell'operatore economico a determinate norme in materia di garanzia della qualità, le stazioni appaltanti fanno riferimento ai sistemi di assicurazione della qualità basati sulle serie di norme europee in materia e certificati da organismi conformi alle serie delle norme europee relative alla certificazione. Le stazioni appaltanti riconoscono i certificati equivalenti rilasciati da organismi stabiliti in altri Stati membri. Esse ammettono parimenti altre prove relative all'impiego di misure equivalenti di garanzia della qualità prodotte dagli operatori economici.

D.Lgs. 50/2016 art. 87 c. 1

Art. 87 c. 1 - Qualora richiedano la presentazione di certificati rilasciati da organismi indipendenti per attestare che l'operatore economico soddisfa determinate norme di garanzia della qualità, compresa l'accessibilità per le persone con disabilità, le stazioni appaltanti si riferiscono ai sistemi di garanzia della qualità basati sulle serie di norme europee in materia, **certificati da organismi accreditati**. Le stazioni appaltanti riconoscono i certificati equivalenti rilasciati da organismi stabiliti in altri Stati membri. Esse ammettono parimenti altre prove relative all'impiego di misure equivalenti di garanzia della qualità, **qualora gli operatori economici interessati non avessero la possibilità di ottenere tali certificati entro i termini richiesti per motivi non imputabili agli stessi operatori economici, a condizione che gli operatori economici dimostrino che le misure di garanzia della qualità proposte soddisfano le norme di garanzia della qualità richieste**



D.Lgs. 163/2006 art. 43 e 44

Art. 43 - Qualora richiedano la presentazione di certificati rilasciati da organismi indipendenti per attestare l'ottemperanza dell'operatore economico a determinate norme in materia di garanzia della qualità, le stazioni appaltanti fanno riferimento ai sistemi di assicurazione della qualità basati sulle serie di norme europee in materia e certificati da organismi conformi alle serie delle norme europee relative alla certificazione. Le stazioni appaltanti riconoscono i certificati equivalenti rilasciati da organismi stabiliti in altri Stati membri. Esse ammettono parimenti altre prove relative all'impiego di misure equivalenti di garanzia della qualità prodotte dagli operatori economici.

D.Lgs. 50/2016 art. 87 c. 1

Art. 87 c. 1 - Qualora richiedano la presentazione di certificati rilasciati da organismi indipendenti per attestare che l'operatore economico soddisfa determinate norme di garanzia della qualità, compresa l'accessibilità per le persone con disabilità, le stazioni appaltanti si riferiscono ai sistemi di garanzia della qualità basati sulle serie di norme europee in materia, **certificati da organismi accreditati**. Le stazioni appaltanti riconoscono i certificati equivalenti rilasciati da organismi stabiliti in altri Stati membri. Esse ammettono parimenti altre prove relative all'impiego di misure equivalenti di garanzia della qualità, **qualora gli operatori economici interessati non avessero la possibilità di ottenere tali certificati entro i termini richiesti per motivi non imputabili agli stessi operatori economici, a condizione che gli operatori economici dimostrino che le misure di garanzia della qualità proposte soddisfano le norme di garanzia della qualità richieste**



AGENDA

1. La qualificazione degli operatori e i motivi di esclusione

- Gli operatori economici ammessi a partecipare alle procedure di affidamento
- Le problematiche connesse alla partecipazione di soggetti con idoneità plurisoggettiva.
- Il DGUE
- I motivi di esclusione. Novità ed aspetti problematici
- Il self cleaning
- I requisiti di partecipazione (idoneità professionale, requisiti economici finanziari requisiti tecnico professionali requisiti di qualità).

Il soccorso istruttorio

Avvalimento



Il soccorso istruttorio attua il principio enunciato dalle direttive europee secondo il quale la stazione appaltante può chiedere all'operatore economico di sanare eventuali carenze formali della documentazione presentata in qualunque stato della procedura



Il soccorso istruttorio può essere attivato per le **carenze di qualsiasi elemento formale della domanda** e, quindi, in caso di mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del DGUE, **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.



Il tema dell'applicabilità dell'istituto del soccorso istruttorio e i relativi limiti anche dopo la riforma costituiscono un aspetto molto dibattuto, come testimoniano le molte pronunce giurisprudenziali sul punto



TAR Liguria sent. 28 febbraio 2017 n. 45

E' esclusa la possibilità di utilizzare l'istituto del soccorso istruttorio per sopperire a carenze dell'offerta tecnica.

La norma previgente, infatti, ammetteva il soccorso istruttorio anche rispetto all'offerta con l'unico limite costituito dalla previsione di cui all'art. 46, comma 1 – bis laddove, facendo riferimento all'incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, escludeva la possibilità di sanare ex post mediante il soccorso istruttorio quelle mancanze, incompletezze o irregolarità dell'offerta che avessero determinato incertezza sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta.

La nuova norma esclude in radice la possibilità di operare mediante il soccorso istruttorio in favore di elementi afferenti l'offerta.

Le certificazioni relative alle caratteristiche di un prodotto da fornire afferiscono all'offerta tecnica e la loro mancanza non è sanabile con il soccorso istruttorio.



TAR Napoli sent. 20 febbraio 2017 n. 1020

E' esclusa la possibilità di utilizzare l'istituto del soccorso istruttorio per sopperire alla mancanza del cronoprogramma richiesto dalla lex specialis di gara per la valutazione delle varianti proposte.

Tale documento assurge ad elemento essenziale dell'offerta - la cui carenza non è emendabile mediante il potere di soccorso istruttorio - rappresentando impegno negoziale sul rispetto della tempistica delle singole fasi lavorative e certificando la serietà della complessiva offerta contrattuale, almeno in relazione ai tempi di esecuzione: pertanto, ove il cronoprogramma sia stato previsto non solo formalmente ma, soprattutto, sostanzialmente quale elemento imprescindibile per la valutazione della serietà dell'offerta (come avvenuto nel caso di specie) dalla sua mancata allegazione può legittimamente farsi discendere la sanzione dell'esclusione dell'impresa concorrente inadempiente.



TAR Napoli, sent. 1 febbraio 2017 n. 685

Il soccorso istruttorio non è utilizzabile per integrare requisiti di partecipazione non posseduti dal concorrente entro il termine di scadenza dell'offerta.

La lex specialis di gara richiedeva la produzione di documentazione attestante le autorizzazioni rilasciate per l'operatività degli impianti di smaltimento utilizzati dal concorrente.

A seguito di integrazione documentale l'operatore economico ha prodotto certificazioni di nuovi impianti, diversi da quelli in precedenza indicati nella domanda di partecipazione alla gara, modificando un elemento afferente ad un requisito di partecipazione alla gara non posseduto dal concorrente entro il termine di scadenza dell'offerta.

Il soccorso istruttorio in tal caso violerebbe il principio della par condicio competitorum.



TAR Molise sent. n. 28 ottobre 2016 n. 444

Ai sensi dell'art. 83, comma 9, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, costituiscono irregolarità sanabili a seguito del c.d. soccorso istruttorio, e non determinano quindi l'esclusione del concorrente dalla gara, l'omessa allegazione di copia del documento d'identità all'autocertificazione e la mancata apposizione della data al curriculum professionale versato nella documentazione allegata alla domanda di partecipazione.



AGENDA

1. La qualificazione degli operatori e i motivi di esclusione

- Gli operatori economici ammessi a partecipare alle procedure di affidamento
- Le problematiche connesse alla partecipazione di soggetti con idoneità plurisoggettiva.
- Il DGUE
- I motivi di esclusione. Novità ed aspetti problematici
- Il self cleaning
- I requisiti di partecipazione (idoneità professionale, requisiti economici finanziari requisiti tecnico professionali requisiti di qualità).
- Il soccorso istruttorio
- Avvalimento



Una forma che potremmo definire di partecipazione **plurisoggettiva** “**impropria**” è l’ istituto dell’**avvalimento**:

L’ ”avvalimento” è la possibilità, riconosciuta a qualunque operatore economico, singolo o in raggruppamento, di soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti economici, finanziari e/o tecnici previsti da una procedura di gara, **facendo affidamento** sulle capacità di altri soggetti e ciò indipendentemente dai legami sussistenti con questi ultimi.

La definiamo “impropria” perché l’impresa ausiliaria, pur essendo solidalmente responsabile dell’adempimento del contratto nel limite dei requisiti prestati, non è l’aggiudicataria dello stesso e rimane estranea al rapporto negoziale dell’appaltatore con la stazione appaltante.



- Con l'avvento dell'avvalimento si assiste, di fatto, ad una progressiva “**spersonalizzazione**” del contratto di appalto pubblico.
- Per utilizzare un'espressione particolarmente suggestiva (Cons. Stato Sez. VI, 6 aprile 2006, n. 1873), con l'avvalimento si è ritenuta ammissibile la **circolazione oggettiva** di alcune delle referenze proprie dell'operatore economico, le quali, in quanto non strettamente personali dell'imprenditore, possono essere utilizzate da un diverso soggetto alla sola condizione che esso dimostri di poterne effettivamente disporre.



L'avvalimento c.d. «rinforzato»

L'art. 110 c. 5 del Codice prevede che, sentito il giudice delegato, ANAC può subordinare la partecipazione, l'affidamento di subappalti e la stipulazione dei relativi contratti alla necessità che il curatore dell'impresa fallita ma autorizzata all'esercizio provvisorio o l'impresa in concordato si avvalgano di un altro operatore in possesso dei requisiti di carattere generale, di capacità finanziaria, tecnica, economica, nonché di certificazione, richiesti per l'affidamento dell'appalto, che si impegni nei confronti dell'impresa concorrente e della stazione appaltante a mettere a disposizione, per la durata del contratto, le risorse necessarie all'esecuzione dell'appalto e a subentrare all'impresa ausiliata nel caso in cui questa nel corso della gara, ovvero dopo la stipulazione del contratto, non sia per qualsiasi ragione più in grado di dare regolare esecuzione all'appalto o alla concessione, nei seguenti casi a) irregolarità nel versamento delle retribuzioni e dei contributi previdenziali e b) altri casi rimessi allo scrutinio dell'ANAC in apposito atto regolatorio

Attualmente le linee guida sull'avvalimento c.d. «rinforzato» sono in consultazione.



L'avvalimento c.d. «rinforzato»

Il documento attualmente in consultazione chiarisce che, ad avviso dell'Autorità, il perimetro di applicazione dell'art. 110 si estende anche agli affidamenti sottosoglia e anche ai settori speciali.

Resta, invece, da chiarire secondo ANAC se la previsione normativa possa estendersi anche a procedure concorsuali diverse dal fallimento con autorizzazione all'esercizio provvisorio e dal concordato con continuità aziendale.

ANAC propende, tuttavia, per l'inapplicabilità ad ulteriori fattispecie come il fallimento senza autorizzazione all'esercizio provvisorio e la liquidazione coatta.



Tar Bolzano, sent. 14 marzo 2017 n. 99

Anche nella vigenza del nuovo Codice, si deve ritenere legittima l'aggiudicazione di una gara di appalto ad un concorrente che ha fatto ricorso all'istituto dell'avvalimento infragrupo societario ai sensi dell'art. 89, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 dimostrando l'avvalimento con una semplice dichiarazione unilaterale e non con il relativo contratto; trattandosi di avvalimento infragrupo societario è, infatti, sufficiente che l'impresa capogruppo dimostri, anche con una dichiarazione, il legame societario intercorrente tra essa stessa e l'impresa ausiliaria.

Nell'ambito dell'avvalimento infragrupo, infatti, l'obbligo dell'impresa ausiliaria controllata di mettere a disposizione dell'impresa concorrente controllante le risorse necessarie per tutta la durata del contratto, è dovuto proprio al controllo direzionale societario tra capogruppo e partecipata, che può essere comprovato da una dichiarazione unilaterale attestante il legame giuridico ed economico esistente nel gruppo.



Tar Catania, sent. 20 gennaio 2017 n. 122

In sede di gara pubblica, ai fini del contenuto del contratto di avvalimento occorre distinguere fra requisiti generali (requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico-organizzativo) e risorse, per le quali soltanto si giustifica l'esigenza di una messa "a disposizione" in modo specifico, con la conseguenza che il contratto di avvalimento dovrà per ciò stesso essere ad oggetto necessariamente determinato, piuttosto che semplicemente determinabile.

E' infatti evidente che la certificazione di qualità o il fatturato, generale o specifico, non corrispondono in alcun modo alla definizione di "bene" in senso tecnico-giuridico: ovvero di "cose che possono formare oggetto di diritti" ex art. 821 cod. civ.. Più in particolare ad essi non preesiste una utilità spendibile al di fuori ed a prescindere dallo svolgersi di una pubblica gara; al contrario essi acquistano una giuridica esistenza solo in relazione allo svolgersi di una determinata procedura di evidenza pubblica



Tar Liguria, sent. 2 dicembre 2016 n. 1201

A fronte di un contratto di avalimento generico non è possibile fare ricorso al c.d. “soccorso istruttorio”, atteso che ai sensi dell’art. 83, comma 9, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 il soccorso istruttorio non è esperibile per sopperire alle irregolarità che impediscono in maniera radicale di individuare il contenuto della documentazione.

Il principio è già stato chiarito dall’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 4 novembre 2016, n. 23, che ha rimarcato la necessità di indicare nel contratto di avalimento, in modo determinato o determinabile, i mezzi concreti che l’impresa ausiliaria mette a disposizione dell’ausiliata, evidenziando altresì che l’esigenza di una puntuale individuazione dell’oggetto dell’avalimento, oltre ad avere un sicuro ancoraggio sul terreno civilistico negli artt. 1325, 1346 e 1418 c.c., che configurano quale causa di nullità del contratto l’indeterminatezza ed indeterminabilità del relativo oggetto, trova la propria essenziale giustificazione funzionale nella necessità di non permettere agevoli aggiramenti del sistema dei requisiti di ingresso alle gare pubbliche.



AGENDA

2. I criteri di aggiudicazione e la commissione giudicatrice

- Le commissioni di gara, compiti e funzioni. Il procedimento di nomina
- I criteri di aggiudicazione.
- Criteri minimi ambientali
- La verifica di anomalia, costo della manodopera e oneri aziendali



Periodo transitorio (art. 216 comma 12 Codice)

12. Fino alla adozione della disciplina in materia di iscrizione all'Albo di cui all'articolo 78, la commissione giudicatrice **continua ad essere nominata dall'organo della stazione appaltante competente ad effettuare la scelta del soggetto affidatario del contratto, secondo regole di competenza e trasparenza preventivamente individuate da ciascuna stazione appaltante.** Fino alla piena interazione dell'Albo di cui all'articolo 78 con le banche dati istituite presso le amministrazioni detentrici delle informazioni inerenti ai requisiti dei commissari, le stazioni appaltanti verificano, **anche a campione**, le autodichiarazioni presentate dai commissari estratti in ordine alla sussistenza dei requisiti dei medesimi commissari. Il mancato possesso dei requisiti o la dichiarazione di incompatibilità dei candidati deve essere tempestivamente comunicata dalla stazione appaltante all'ANAC ai fini della eventuale **cancellazione dell'esperto dall'Albo** e la comunicazione di un nuovo esperto



ANAC ha adottato **le linee guida n. 5** in materia di formazione e tenuta dell'Albo. Tuttavia, con Comunicato del Presidente del 22 marzo 2017 della medesima Autorità è stato precisato che le pertinenti Linee recanti i criteri di scelta dei commissari di gara e di iscrizione degli esperti nell'Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici sono state adottate **rimandando l'entrata in vigore dell'Albo** all'adozione di un Regolamento ANAC teso a disciplinare le **procedure informatiche** per garantire la casualità della scelta, la corrispondenza delle professionalità richieste, la rotazione degli esperti, nonché le modalità di comunicazione tra l'Autorità, le stazioni appaltanti e i commissari di gara, **stabilendo altresì i termini del periodo transitorio da cui scatta l'obbligo del ricorso all'Albo**. Fino all'adozione di quest'ultimo Regolamento, la nomina della commissione giudicatrice continua ad essere di esclusiva spettanza delle pubbliche Amministrazioni secondo regole di organizzazione, competenza e trasparenza preventivamente individuate.



Successivamente all'approvazione del correttivo al Codice Contratti, le linee guida n. 5 sono state aggiornate con **Deliberazione n. 4 del 10 gennaio 2018**, confermando che la fine del periodo transitorio verrà stabilita dalle linee guida, di futura emanazione, con le quali verranno determinati:

- a) le procedure informatiche per garantire la **casualità della scelta**;
- b) le modalità per garantire la **corrispondenza tra la richiesta di professionalità** da parte della stazione appaltante e la sezione di riferimento dell'Albo;
- c) le modalità per garantire la **rotazione degli esperti**. Al riguardo rilevano il numero di incarichi effettivamente assegnati;
- d) le **comunicazioni** che devono intercorrere tra l'Autorità, stazioni appaltanti e i commissari di gara per la tenuta e l'aggiornamento dell'Albo;
- e) **i termini del periodo transitorio da cui scatta l'obbligo del ricorso all'Albo.**



Le Linee Guida predette saranno emanate entro **tre mesi** dalla pubblicazione del DM di cui al comma 10 dell'art. 77 del Codice dei contratti pubblici e fisseranno, tra l'altro, la data dalla quale saranno accettate le richieste di iscrizione all'Albo.

Con deliberazione che sarà **adottata entro tre mesi dalla data di cui al periodo precedente**, l'Autorità dichiarerà operativo l'Albo e **superato il periodo transitorio** di cui all'art. 216, comma 12, primo periodo, del Codice dei contratti pubblici.



Nelle procedure di aggiudicazione di contratti di appalti o di concessioni, limitatamente ai casi di aggiudicazione **con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa** la valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico ed economico è affidata ad una commissione giudicatrice, composta da esperti nello specifico settore cui afferisce l'oggetto del contratto.

Formulazione equivoca, frutto di un errore



La commissione è composta da **tre o cinque** commissari che non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta.

La nomina del RUP a membro delle commissioni di gara è valutata **con riferimento alla singola procedura.**



Coloro che, nel biennio antecedente all'indizione della procedura di aggiudicazione, hanno ricoperto cariche di **pubblico amministratore**, non possono essere nominati commissari giudicatori relativamente ai contratti affidati dalle Amministrazioni presso le quali hanno esercitato le proprie funzioni d'istituto.

La nomina dei commissari e la costituzione della commissione devono avvenire **dopo la scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte**



Alla Commissione giudicatrice compete la valutazione delle offerte sotto il profilo tecnico ed economico, inoltre le Linee Guida n. 3 relative ai compiti e alle funzioni del RUP precisano che nel caso di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, il RUP verifica la **congruità delle offerte** con l'eventuale supporto della commissione giudicatrice costituita a sensi dell'art. 77.



TAR Lecce, sent. 29 giugno 2017 n. 1074

E' illegittima la composizione della commissione di gara il cui presidente ha approvato e sottoscritto l'Avviso pubblico di indizione della procedura, ponendosi tale nomina in violazione dell'art. 77, comma 4, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, secondo cui i commissari componenti la Commissione giudicatrice non devono aver svolto né possono svolgere altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta.



TAR Milano, sent. 15 febbraio 2018 n. 443

Anche dopo l'entrata in vigore dell'art. 77 del D.Lgs. n. 50/2016 può essere nominato presidente della commissione di gara anche il Responsabile unico del procedimento, in quanto il cumulo delle due funzioni non viola le regole di imparzialità. Non esiste incompatibilità tra l'incarico di procuratore speciale, e quindi di legale rappresentante della Stazione Appaltante, e il ruolo di Responsabile della fase di affidamento.



TAR Emilia Romagna, sent. 25 gennaio 2018 n. 87

Va ricordato che nell'ambito delle amministrazioni locali l'art. 107 del D.Lgs. n. 267 del 2000 attribuisce ai dirigenti "tutti i compiti di attuazione degli obiettivi e dei programmi definiti con gli atti di indirizzo adottati dai medesimi organi, tra i quali in particolare, secondo le modalità stabilite dallo statuto o dai regolamenti dell'ente ... la presidenza delle commissioni di gara e di concorso; la responsabilità delle procedure d'appalto e di concorso ...". E' del tutto evidente che la responsabilità della procedura di gara è affiancata dallo stesso legislatore a quella della presidenza delle commissioni nell'ambito dello stesso assetto di competenze di natura gestionale, sicché può agevolmente affermarsi che la sottoscrizione degli atti indittivi della procedura, poiché costituenti provvedimenti tipici della prima delle due indicate competenze (la quale ben può assorbire quella di responsabile del procedimento ai sensi della regola generale ex art. 5, comma 2, L. n. 241 del 1990), guardata autonomamente ed in linea di principio (ed al netto di specifiche situazioni particolari ove censurate), non può dar luogo ad una necessaria situazione di incompatibilità del presidente della commissione (o altro componente) che sia anche RUP

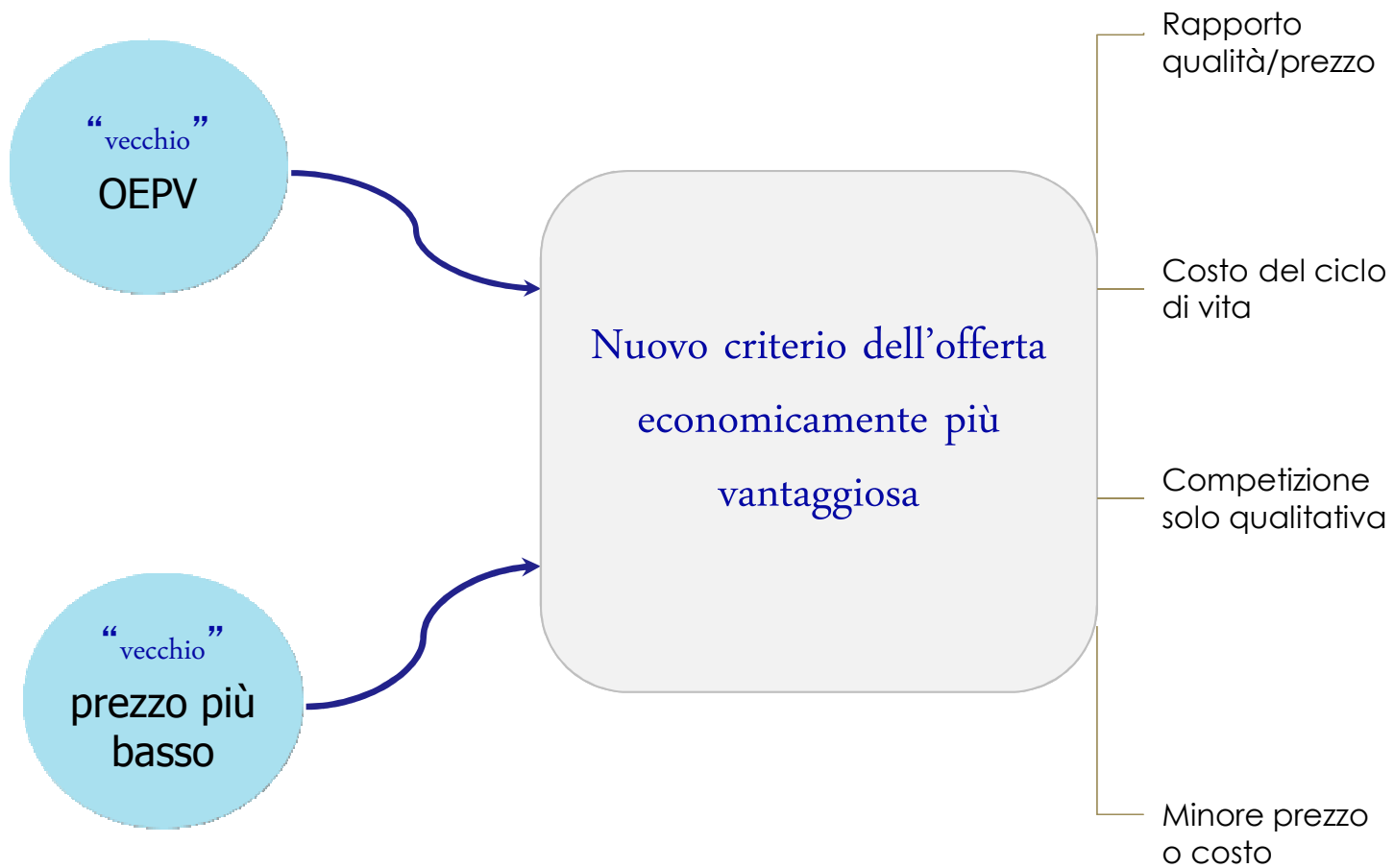


AGENDA

2. I criteri di aggiudicazione e la commissione giudicatrice

- Le commissioni di gara, compiti e funzioni. Il procedimento di nomina
- I criteri di aggiudicazione.
- Criteri minimi ambientali
- La verifica di anomalia, costo della manodopera e oneri aziendali





Le nuove Direttive prevedono un criterio unico di aggiudicazione denominato “**offerta economicamente più vantaggiosa**” che, tuttavia, non coincide con l’attuale omonimo criterio di aggiudicazione – più correttamente indicato dalle nuove direttive come rapporto **qualità-prezzo** – ma comprende sia quest’ultimo, sia l’individuazione dell’offerta migliore basata su un approccio costo/efficacia come il **costo del ciclo di vita**, solo su componenti economiche quali il **prezzo o il costo**, sia, infine, quella basata sui soli **elementi qualitativi** a prezzo invariato



Dalla lettura degli articoli 67 e 68 della Direttiva 2014/24/UE alla luce dei “considerando”, in particolare i nn. 89 e 90, si evince un **favor** del Legislatore Europeo nei confronti delle aggiudicazioni basate sul miglior **rapporto qualità/prezzo** (in particolare per quanto attiene agli appalti innovativi).

Gli Stati membri possono **escludere normativamente** la possibilità di ricorrere all’aggiudicazione basata solo su **elementi economici** per tutte o per alcune tipologie di appalti



Nella formulazione del Codice non appaiono chiari i rapporti tra il comma 2, il comma 3 e il comma 4 dell'art. 95.

La giurisprudenza amministrativa successiva all'entrata in vigore delle nuove disposizioni risulta contraddittoria sul punto.

Il correttivo non ha risolto la criticità.



Aggiudicazione dei contratti in generale (Art. 95 comma 2)

Le stazioni appaltanti, nel rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento, procedono all'aggiudicazione degli appalti e all'affidamento dei concorsi di progettazione e dei concorsi di idee, sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo o sulla base dell'elemento prezzo o del costo, seguendo un criterio di comparazione costo/efficacia quale il costo del ciclo di vita, conformemente all'articolo 96.



Aggiudicazione obbligatoria al miglior rapporto qualità/prezzo (Art. 95 comma 3)

- a) servizi sociali e di ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica, nonché servizi ad alta intensità di manodopera
(decreto correttivo: fatti salvi gli affidamenti ai sensi dell'art. 36, comma 2, lett. a)
- b) servizi di ingegneria, architettura e gli altri servizi di natura tecnica e intellettuale di importo *(decreto correttivo: pari o)* superiore a 40.000 euro



Aggiudicazione facoltativa al «minor prezzo» (Art. 95 comma 4)

- a) Lavori di importo pari o inferiore a 2.000.000 di euro affidati su progetto esecutivo e con «procedure ordinarie» (il senso della definizione è stato chiarito da ANAC su richiesta del MIT)
- b) Servizi e forniture con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato
- c) Servizi e forniture di importo pari o superiore a 40.000 euro e fino alla soglia di cui all'art. 35 caratterizzati da ripetitività elevata, fatta eccezione per quelli aventi elevato contenuto tecnologico o innovativo.



Definizioni Linea Guida n. 2 ANAC

Servizi e forniture “**con caratteristiche standardizzate**” = caratteristiche già definite dal produttore (anche con riferimento alla prassi produttiva sviluppatasi nel mercato di riferimento) e non modificabili su richiesta della stazione appaltante ovvero rispondenti a determinate norme nazionali, europee o internazionali.

Servizi e le forniture “**le cui condizioni sono definite dal mercato**” = sono offerti sulla base di condizioni contrattuali definite dall'insieme dei produttori o dei prestatori in maniera omogenea, escludendo la possibilità di reperire condizioni diverse nel mercato di riferimento.

Servizi e le forniture di importo inferiore alla soglia di interesse europeo, “**caratterizzati da elevata ripetitività**”, sono quelli che soddisfano esigenze generiche e ricorrenti, connesse alla normale operatività delle stazioni appaltati, richiedendo approvvigionamenti frequenti al fine di assicurare la continuità della prestazione.



L'art. 95 non chiarisce espressamente se la previsione dell'obbligatorietà dell'affidamento basato sul rapporto qualità / prezzo di cui al comma 3 (testualmente: "Sono aggiudicati esclusivamente sulla base del miglior rapporto qualità-prezzo...") prevalga comunque, anche nel caso in cui un medesimo appalto rientri al contempo in una delle fattispecie che, ai sensi del successivo comma 4 "possono" essere aggiudicate sulla base del minor prezzo



Posizioni giurisprudenziali relative ai rapporti tra comma 2, 3 e 4 dell'art. 95

TAR Reggio Calabria sent. n. 1186 del 30/11/2016)

TAR Lazio Roma sent. n. 12349 del 13/12/2016

Consiglio di Stato, sentenza n. 2014/2017

L'obbligo di procedere all'aggiudicazione sulla base del miglior rapporto qualità-prezzo ai sensi del comma 3 non può essere derogato sulla base della facoltà di procedere all'affidamento in base al prezzo più basso stabilita dal comma 4 che, viceversa, può valere solo nel caso in cui non si versasse contemporaneamente anche in una delle fattispecie indicate dal comma terzo.

TAR l'Aquila sent. n. 30 del 13/01/2017

Se l'appalto presenta, entrambe le caratteristiche previste dai comma 3 e 4 dell'art. 95 nel senso che, in forza del suo oggetto, rientra tanto nell'ambito di applicazione del comma 3, tanto nell'ambito di applicazione del comma 4, la previsione di esclusività del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa cede il passo alla possibilità di aggiudicare l'appalto al massimo ribasso. In tal caso, cioè, sempre ad avviso del Tar, la disposizione derogatoria del comma 4 consente di aggiudicare l'appalto con il criterio del prezzo più basso.



Elementi di valutazione

L'art. 95 del Codice prevede che l'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, debba essere valutata sulla base di criteri oggettivi, quali gli aspetti qualitativi, ambientali o sociali, connessi all'oggetto dell'appalto.

I possibili elementi di valutazione vengono indicati **a titolo esemplificativo e non esaustivo**, dallo stesso articolo 95 comma 6.



Elementi di valutazione

Agli elementi elencati nel comma 6 si aggiungono:

- il **rating di legalità**, che il comma 13 dell'art. 95 prevede possa essere utilizzato come criterio premiale per la valutazione dell'offerta nonché **ulteriori criteri** per agevolare la partecipazione alle procedure di affidamento per le microimprese, piccole e medie imprese, per i giovani professionisti e per le imprese di nuova costituzione, da utilizzarsi comunque compatibilmente con il diritto dell'Unione europea e con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità;
- Il **rating di impresa** che viene inserito al comma 13 dal correttivo al Codice;
- il maggior punteggio relativo all'offerta concernente beni, lavori o servizi che presentano un **minore impatto** sulla salute e sull'ambiente ivi inclusi i beni o prodotti da **filiera corta** o a **chilometro zero**”
- Il miglioramento dei **CAM**



Tetto massimo dell'elemento prezzo

Il decreto correttivo prevede, per il caso dell'aggiudicazione sul miglior rapporto qualità prezzo, che la stazione appaltante valorizza gli elementi qualitativi dell'offerta e individua criteri tali da garantire un confronto concorrenziale effettivo sui **profili tecnici**.

Per la prima volta viene anche introdotto in via generale ed a prescindere dalla tipologia di affidamento un tetto massimo per il punteggio economico.

Il punteggio economico deve essere stabilito dalla stazione appaltante entro il limite del **30 per cento**



Costo del ciclo di vita

E' innovativa l'introduzione della possibilità di individuare l'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base di un approccio "**costo/efficacia**", in particolare fondato sul **costo del ciclo di vita**, che comprende i costi interni, come le ricerche da realizzare, lo sviluppo, la produzione, il trasporto, l'uso e la e così via, ma può anche abbracciare costi imputabili a esternalità ambientali, in termini, ad esempio, di immissioni inquinanti, cambiamenti climatici e così via, a patto che tali costi esterni siano suscettibili di determinazione in termini monetari



Competizione solo qualitativa

Il comma 7 dell'art. 95 prevede che l'elemento del costo possa assumere la forma di **un prezzo o costo fisso** sulla base del quale gli operatori economici competeranno solo in base a criteri qualitativi. Tale possibilità è riconosciuta certamente nel caso in cui le disposizioni legislative, regolamentari o amministrative stabiliscano i prezzi di determinate forniture o la remunerazione di servizi specifici, ma può essere discrezionalmente estesa ad ulteriori fattispecie.



AGENDA

2. I criteri di aggiudicazione e la commissione giudicatrice

- Le commissioni di gara, compiti e funzioni. Il procedimento di nomina
- I criteri di aggiudicazione.
- Criteri minimi ambientali
- La verifica di anomalia, costo della manodopera e oneri aziendali



Criteri ambientali minimi (art. 34 del Codice)

Il decreto correttivo ha profondamente modificato l'art. 34 del Codice prevedendo l'obbligatorietà di tener conto dei criteri ambientali minimi definiti dal competente ministero dell'Ambiente e della tutela del territorio e del mare per gli affidamenti di qualsiasi importo, relativi alle categorie di forniture e di affidamenti di servizi e lavori oggetto adottati nell'ambito del Piano d'azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della pubblica amministrazione, con alcune specialità per gli interventi di ristrutturazione.



Criteri ambientali minimi definizione

I Criteri Ambientali Minimi (CAM) sono i requisiti ambientali definiti per le varie fasi del processo di acquisto, volti a individuare la soluzione progettuale, il prodotto o il servizio migliore sotto il profilo ambientale lungo il ciclo di vita, tenuto conto della disponibilità di mercato.

La loro applicazione sistematica ed omogenea consente di diffondere le tecnologie ambientali e i prodotti ambientalmente preferibili e produce un effetto leva sul mercato, inducendo gli operatori economici meno virtuosi ad adeguarsi alle nuove richieste della pubblica amministrazione.



Criteri ambientali minimi definizione

I Criteri Ambientali Minimi (CAM) sono i requisiti ambientali definiti per le varie fasi del processo di acquisto, volti a individuare la soluzione progettuale, il prodotto o il servizio migliore sotto il profilo ambientale lungo il ciclo di vita, tenuto conto della disponibilità di mercato.

La loro applicazione sistematica ed omogenea consente di diffondere le tecnologie ambientali e i prodotti ambientalmente preferibili e produce un effetto leva sul mercato, inducendo gli operatori economici meno virtuosi ad adeguarsi alle nuove richieste della pubblica amministrazione. Inoltre i CAM consentono di razionalizzare i consumi della PA, riducendo la spesa pubblica.



Criteri ambientali minimi in vigore

- Arredi per interni;
- Arredo urbano
- Ausili per l'incontinenza;
- Carta;
- Cartucce per stampanti;
- Apparecchiature informatiche per ufficio;
- Edilizia;
- Illuminazione pubblica



Criteri ambientali minimi in vigore

- Illuminazione, riscaldamento/raffrescamento per edifici
- Pulizia per edifici;
- Rifiuti urbani
- Ristorazione collettiva;
- Sanificazione e strutture sanitarie;
- Tessili;
- Veicoli;
- Verde Pubblico



Struttura dei CAM

- **Premessa** (*normativa ambientale ed eventualmente sociale di riferimento, suggerimenti per l'analisi dei fabbisogni, indicazioni relative alla procedura di gara, approccio seguito se non definito in un documento ad hoc*)
- **Oggetto dell'appalto** (*evidenza della sostenibilità ambientale o se del caso sociale al fine di segnalare la presenza dei CAM nell'oggetto dell'appalto*)
- **CAM veri e propri** *declinati per*
 - ✓ *Selezione dei candidati (requisiti di qualificazione)*
 - ✓ *Specifiche tecniche (caratteristiche delle prestazioni)*
 - ✓ *Criteri premianti (elementi per la selezione delle prestazioni con caratteristiche ambientali migliori)*
 - ✓ *Clausole contrattuali (esecuzione dell'affidamento)*
- **Verifiche** (*mezzi di prova per la dimostrazione della conformità*)



AGENDA

2. I criteri di aggiudicazione e la commissione giudicatrice

- Le commissioni di gara, compiti e funzioni. Il procedimento di nomina
- I criteri di aggiudicazione.

- Criteri minimi ambientali
- La verifica di anomalia, costo della manodopera e oneri aziendali



La verifica di anomalia è un momento essenziale del processo di affidamento, anche a tutela di una concorrenza effettiva. La riforma pone l'accento sull'aspetto sostanziale dell'analisi di congruità e meno su quello formale o formalistico. In ogni caso, la verifica di congruità mira a valutare in modo complessivo la sostenibilità e serietà dell'offerta presentata. La facoltà di esclusione automatica è limitata all'ipotesi di affidamenti basati solo sull'elemento prezzo, di importo inferiore alle soglie di interesse europeo e comunque con offerte ammesse non inferiori a 10



Non sono ammissibili giustificazioni in relazione ai trattamenti salariali minimi inderogabili né giustificazioni relative agli oneri di sicurezza di cui al piano di sicurezza e coordinamento.

L'offerta va esclusa comunque se:

- a) non rispetta gli obblighi di cui all'articolo 30, comma 3.
- b) non rispetta gli obblighi di cui all'articolo 105;
- c) sono incongrui gli oneri aziendali della sicurezza di cui all'articolo 95, comma 10 rispetto all'entità e alle caratteristiche dei lavori, dei servizi e delle forniture;
- d) il costo del personale è inferiore ai minimi salariali retributivi indicati nelle apposite tabelle di cui all'articolo 23, comma 16

