

IL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI: I NODI DEL SETTORE DELLA SANITA'



Studio Legale Associato
CATTE MARIANI

Avv. Prof. Marco Mariani

Pisa, 16 maggio 2018

**CERTEZZA DEL DIRITTO:
E' CONOSCIBILE LA MATERIA DEI CONTRATTI PUBBLICI?
*NORMATIVA***

- 1. Codice dei contratti pubblici (D. Lgs. n. 50/2016 e s.m.i.)**
- 2. L. 241/1990 e smi (rinvio ex art. 30, c.8)**
- 3. Codice civile (rinvio ex art. 30, c.8)**
- 4. L. 11/2016 (legge di delegazione)**
- 5. Direttive 23-24-25/2014/UE**
- 6. CPA**

CERTEZZA DEL DIRITTO:

E' CONOSCIBILE LA MATERIA DEI CONTRATTI PUBBLICI?

NORMATIVA DI DETTAGLIO del D. Lgs. 50/2016 e smi

NO regolamento, ma 53 atti attuativi:

- 17 Decreti MIT
- 14 LG ANAC (vincoli o consigli?)
- 6 DPCM
- 16 DM

**CERTEZZA DEL DIRITTO:
E' CONOSCIBILE LA MATERIA DEI CONTRATTI PUBBLICI?
*INTERPRETAZIONE***

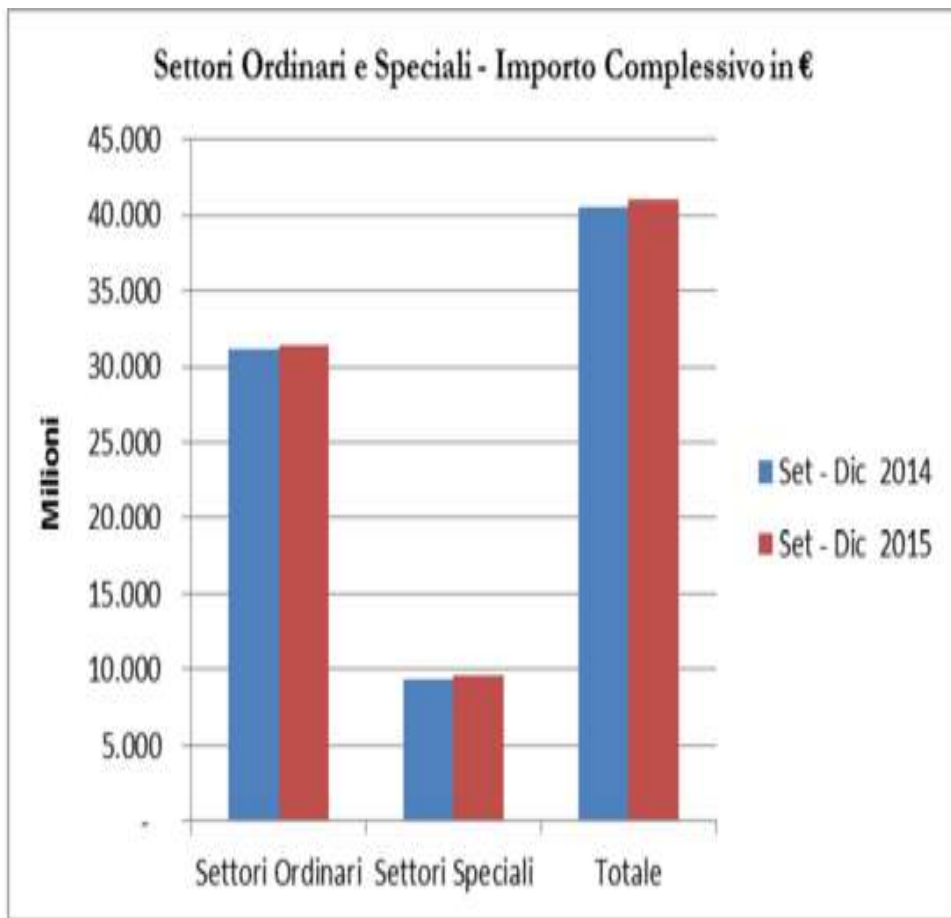
- 1. Dottrina giuridica**
- 2 Prassi amministrativa**
- 3 Giurisprudenza**

**CERTEZZA DEL DIRITTO:
E' CONOSCIBILE LA MATERIA DEI CONTRATTI PUBBLICI?
*INTERPRETAZIONE GIURISPRUDENZIALE***

1. Giustizia Amministrativa (TAR, CdS, A.P.)
2. Giustizia Ordinaria (civile e penale, 3 gradi)
3. Giustizia Contabile (2 gradi)
4. Giustizia Costituzionale
5. CGUE
6. ANAC *

Impatto economico degli acquisti

fonte: Rapporto quadrimestrale ANAC (sett-dic-2015)



Servizi: 44-45%

Forniture: 24-25%

Lavori: 19-21%

13-14% (sanità)

19-20% (Comuni)

20/21% (Centrali Committenza)

EVOLUZIONI (1)

1. **D. Lgs. 18.4.2016 n. 50**

- composto da **n. 220** articoli (1.354 commi, 743 lettere e 32 sottopunti) e **n. 25** allegati
- suddiviso in **n. 6** Parti, **n. 17** Titoli, **n. 14** Capi e **n. 9** Sezioni
- composto da **oltre 130.000 parole** che comprendono **770.000 caratteri (spazi esclusi)**

NB: la parola ANAC ricorre 124 volte

2. **Avviso di rettifica GU n. 164 del 15.7.2016**

- 181 errori

3. **D.L. 30.12.2016 n. 244**

EVOLUZIONI (2)

4. D. Lgs. 19.4.2017 n. 56 (cd. 1° decreto correttivo)

- viene sostituita la rubrica nella più breve e semplice di “Codice dei contratti pubblici”;
- sono apportate modifiche a 128 dei 220 articoli;
- sono effettuate nei 128 articoli quasi 450 modifiche con una media di oltre 3 ad articolo;
- è abrogato 1 articolo (207);
- vengono inseriti 2 nuovi articoli (17-bis e 113-bis)
- sono inseriti oltre 60 nuovi commi;
- vengono abrogati oltre 10 commi.

5. L. 21.6.2017 n. 96

6. L. 27.12.2017, n. 205

Struttura e portata del correttivo

Correttivo unico: esigenze di **stabilizzazione** della normativa VS. rischio proliferazione **successivi interventi disorganici**;

Termine breve: **1 anno** per l'esercizio della delega (attuazione Codice ancora largamente incompleta);

Razionalizzazione di alcuni aspetti del nuovo Codice, **senza stravolgimenti**.

Iter di approvazione

- Deliberazione C.d.M. del 23 febbraio 2017;
- Parere Conferenza Unificata del 30 marzo 2017;
- Parere del Consiglio di Stato del 31 marzo 2017;
- Parere delle competenti commissioni di Camera e Senato;
- Deliberazione C.d.M. di adozione del 13 aprile 2017;
- Pubblicazione in Gazzetta Ufficiale del 5 maggio 2017;
- Entrata in vigore dopo 15 giorni: 20 maggio 2017.

Tipologia degli interventi correttivi

- Eliminazione refusi ed errori materiali;
- Coordinamento con altre disposizioni “esterne” al Codice;
- Rimozione errori di recepimento delle Direttive UE e della legge delega;
- Rimedio a difficoltà insorte in fase di prima applicazione.

Principali innovazioni (1)

- Affidamenti sotto soglia, specialmente sotto l'importo di € 40.000,00;
- Rating di impresa;
- Appalto integrato;
- Motivi di esclusione

Principali innovazioni (2)

- Soccorso istruttorio;
- Avvalimento;
- Criteri di aggiudicazione;
- Anomalia delle offerte;
- Subappalto.

Principali innovazioni (3)

- Poteri ANAC;
- Costo del lavoro;
- Aspetti legati alla fase esecutiva (modifica di contratti durante il periodo di efficacia, termine emissione certificati di pagamento, accordo bonario);
- Concessioni e PPP

FASI DELLE PROCEDURE DI AFFIDAMENTO (ART. 32)

- Rispetto degli atti di **programmazione**
- **Determina a contrarre**
- Selezione dei partecipanti e delle offerte con uno dei sistemi e secondo i criteri previsti dal **Codice**
- Unicità dell'**offerta**, irrevocabile e vincolante per 180 gg
- **Aggiudicazione** (non equivale ad accettazione dell'offerta)
- **Efficacia** dopo verifica dei requisiti
- **Stipulazione** entro 60 gg (ma *stand still* e nel caso di ricorso cautelare non prima di 20 gg da notifica)
- Contratto (claudicante): atto pubblico notarile informatico o per corrispondenza se < 40.000
- **Esecuzione anticipata?**

Conflitto di interessi ed incompatibilità

Art. 42

DLgs. 50/2016

1. Le stazioni appaltanti prevedono misure adeguate per contrastare le frodi e la corruzione nonché per individuare, prevenire e risolvere in modo efficace ogni ipotesi di conflitto di interesse nello svolgimento delle procedure di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni, in modo da evitare qualsiasi **distorsione della concorrenza** e garantire la parità di trattamento di tutti gli operatori economici.

Conflitto di interessi

Art. 42

2. Si ha conflitto d'interesse quando il **personale di una stazione appaltante** (o di un prestatore di servizi che, anche per conto della stazione appaltante, interviene nello svolgimento della procedura di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni o può influenzarne, in qualsiasi modo, il risultato), **ha, direttamente o indirettamente, un interesse** finanziario, economico o altro interesse personale che può essere **percepito come una minaccia alla sua imparzialità e indipendenza** nel contesto della procedura di appalto o di concessione. In particolare, costituiscono situazione di conflitto di interesse quelle che determinano l'obbligo di astensione previste dall'articolo 7 del decreto del Presidente della Repubblica 16 aprile 2013, n. 62.

Conflitto di interessi

Art. 42

3. Il personale che versa nelle ipotesi di cui al comma 2 è **tenuto a darne comunicazione** alla stazione appaltante, ad **astenersi dal partecipare alla procedura di aggiudicazione** degli appalti e delle concessioni. Fatte salve le ipotesi di responsabilità amministrativa e penale, **la mancata astensione** nei casi di cui al primo periodo costituisce comunque fonte di responsabilità **disciplinare a carico del dipendente pubblico**.

4. Le disposizioni dei commi da 1, 2 e 3 valgono anche per la fase di **esecuzione dei contratti pubblici**.

5. La **stazione appaltante vigila** affinché gli adempimenti di cui ai commi 3 e 4 siano rispettati.

CONFLITTO DI INTERESSI

- **art. 6-bis Legge n. 241/1990**
- **art. 98, c. 8, D.Lgs. 163/2006**
- **art. 35 dir. 23/2014/UE; art. 24 dir. 24/2014/UE; art. 42 dir. 25/2014/UE**
- **Art. 42**
- **art. 80, c. 5, lett. d)**
- **Art. 77**
- **Art.102**
- **Art. 66 e 67**
- ❖ **CdS, V, 11.7.2017, n. 3415**
- ❖ **CdS, V, 29.3.2018, n.2534**

RUP
art. 31
LG ANAC 3/2018

- Nomina del RUP
- Compiti in generale
- Compiti specifici
- Requisiti di professionalità

Avvio della esecuzione

RUP/RES	DEC
accerta e certifica CARENZA IN ORGANICO personale idoneo a rivestire il ruolo di DE	
AUTORIZZA il Direttore esecuzione all'avvio della esecuzione (o a quella anticipata);	
AUTORIZZA l'esecuzione anticipata del contratto attraverso apposito provvedimento che indica in concreto i motivi che giustificano l'esecuzione anticipata	Cura ed ordina la esecuzione anticipata del contratto
	Redige e firma Il verbale di avvio della esecuzione (in doppio esemplare firmato anche dall'esecutore)

SOSPENSIONE DEL CONTRATTO

Res	DEC
<p>Può ordinare la sospensione dell'esecuzione del contratto (è il caso di inerzia del DE)</p>	<p><u>ordina</u> la sospensione, indicando le ragioni e l'imputabilità delle medesime.</p>
<p>Prende atto e controlla il verbale di sospensione (controllo sulle cause di legittima o illegittima sospensione)</p>	<p><u>Compila e firma</u> il <u>verbale di sospensione</u></p>

SOSPENSIONE DEL CONTRATTO

RUP	DEC
Riceve la eventuale <u>DIFFIDA</u> alla ripresa	Cura la ripresa della esecuzione. Affida un nuovo termine ultimo.
Prende atto e controlla il verbale di ripresa della esecuzione (controllo sulle cause di legittima o illegittima sospensione).	Redige e firma apposito <u>verbale</u> di ripresa della esecuzione

CONTRATTI CD. SOTTO SOGLIA

ART. 35: SOGLIE DI RILEVANZA COMUNITARIA

SETTORI ORDINARI

- a) euro **5.548.000** per gli **appalti pubblici di lavori e per le concessioni**;
- b) euro **144.000** per gli **appalti pubblici di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione** aggiudicati dalle amministrazioni aggiudicatrici che sono autorità governative **centrali** indicate nell'allegato III;
- c) euro **221.000** per gli **appalti pubblici di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione** aggiudicati da amministrazioni aggiudicatrici **sub-centrali**;
- d) euro **750.000** per gli appalti di **servizi sociali e di altri servizi specifici** elencati all'allegato IX.

CONTRATTI CD. SOTTO SOGLIA

ART. 35: SOGLIE DI RILEVANZA COMUNITARIA

SETTORI SPECIALI: artt. 114 ss: contratti pubblici relativi a gas, energia termica, elettricità, acqua, trasporti, servizi postali, sfruttamento di area geografica

- a) euro **5.548.000** per gli **appalti di lavori**;
- b) euro **443.000** per gli **appalti di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione**;
- c) euro **1.000.000** per i **contratti di servizi, per i servizi sociali e altri servizi specifici** elencati all'allegato IX.

PRINCIPI

1. DIRETTIVA 2014/24/UE

“L’aggiudicazione degli appalti pubblici da o per conto di autorità degli Stati membri deve rispettare i principi del trattato sul funzionamento dell’Unione europea (TFUE) e in particolare la libera circolazione delle merci, la libertà di stabilimento e la libera prestazione di servizi, nonché i principi che ne derivano, come la parità di trattamento, la non discriminazione, il mutuo riconoscimento, la proporzionalità e la trasparenza. Tuttavia, per gli appalti pubblici con valore superiore a una certa soglia è opportuno elaborare disposizioni per coordinare le procedure nazionali di aggiudicazione degli appalti in modo da garantire che a tali principi sia dato effetto pratico e che gli appalti pubblici siano aperti alla concorrenza.” (1° considerando).

PRINCIPI

2. **LEGGE DELEGA N. 11/2016**

- Massima semplificazione e rapidità dei procedimenti, salvaguardando i principi di trasparenza e imparzialità (art. 1, lett. g).
- Adeguati livelli di pubblicità e trasparenza delle procedure assicurando, anche nelle forme semplificate di aggiudicazione, la valutazione comparativa tra più offerte... (art. 1, lett. ii).

D. LGS 50/2016 E S.M.I.:

AMBITO SOGGETTIVO

Come Codice de Lise: Esclusione per Imprese pubbliche e soggetti titolari di diritti esclusivi operanti nei settori speciali (cfr. loro Regolamenti)

Art. 114, c. 1: settori ordinari e speciali

Art. 164, c. 2: appalti e concessioni

DISCIPLINA NORMATIVA

- **Art. 36:** disciplina di base
- **Art. 32:** deroghe allo *standstill*, alla forma del contratto e all'affidamento sulla base di determina a contrarre
- **Art. 37:** qualificazione SA
- **Art. 77:** commissione di gara
- **Art. 95:** OEPV
- **Art. 97:** offerte anomale
- **Art. 105:** subappalto
- **Art. 163:** affidamenti di somma urgenza

DISCIPLINA NORMATIVA

- **Art. 23, c. 3-bis:** semplificazione progettuale per lavori m.o. < 2.500.000
- **Art. 93, c. 1:** semplificazione cauzione provvisoria
- **Art. 103, c. 11:** semplificazione cauzione definitiva
- **Art. 102, c. 2:** semplificazione collaudo

PROCEDURE SEMPLIFICATE VS. ORDINARIE

- Libera scelta
- Garanzie procedurali crescenti
- **Lett. a)**: onere motivazionale?
- **Lett. b) e c)**: facoltà di pubblicità successiva per legge (avviso di postinformazione) e preventiva in base a LG
- Motivazione (da LG)

L.G. 4/20018 (1)

- facoltà di utilizzare alle procedure ordinarie, anziché semplificate
- § 3.6 e 3.7 **principio di rotazione**

a) < 40.000 euro: affidamento diretto

< 1.000 euro: è possibile derogare all'obbligo di rotazione, con scelta sintetica

< 5.000: stipula sulla base di autodichiarazione su requisiti generali (verifiche prima della stipula...e clausole specifiche che prevedano risoluzione e incameramento)

>5.000 < 20.000: autodichiarazione (verifiche prima della stipula...)

> 20.000 < 40.000: verifiche su requisiti

AFFIDAMENTO DIRETTO

ART. 36 - lett. a)

- Vi rientrano anche incarichi di progettazione, coordinamento sicurezza e supporto RUP (31, c. 8).
- Nessuna previsione esplicita su procedimento.

PROCEDURA NEGOZIATA
ART. 36 - lett. b)
Lavori < 150.000; Forniture e Servizi

- A. Regolamento proprio
- B. Determina a contrarre
 - 1. Indagini di mercato
 - 2. Confronto competitivo tra o.e. selezionati e invitati (lavori < 150.000: > 10; forniture/servizi: > 5)
 - 3. stipulazione

PROCEDURA NEGOZIATA
ART. 36 - lett. c)
Lavori > 150.000 < 1.000.000

A. Regolamento proprio

B. Determina a contrarre

1. Indagini di mercato

2. Confronto competitivo tra o.e. selezionati e invitati (> 15)

3. stipulazione

AFFIDAMENTO DIRETTO

ART. 36 - lett. a)

Richiamo di principi:

- **Art. 30:** economicità*, efficacia, tempestività e correttezza (affidamento ed esecuzione) principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché di pubblicità (affidamento).
- **Art. 34:** Criteri di sostenibilità energetica e ambientale
- **Art. 42:** conflitto di interessi
- **Art. 50 (facoltativo):** clausola sociale.

* Il principio di economicità **può essere subordinato**, nei limiti in cui è espressamente consentito dalle norme vigenti e dal presente codice, ai criteri, previsti nel bando, ispirati a **esigenze sociali**, nonché alla tutela della **salute**, dell'**ambiente**, del **patrimonio culturale** e alla **promozione dello sviluppo sostenibile**, anche dal punto di vista energetico.

AFFIDAMENTO DIRETTO

Art. 36 - lett. a)

- Obbligo di motivazione
- NO qualificazione SA (ma obbligo centrali di committenza...)
- Verifica requisiti (art. 36, c. 5; art. 105, c. 6)
- Requisiti di partecipazione proporzionati

AFFIDAMENTO DIRETTO

-lett. a) -

1. **Criteri di aggiudicazione:** sempre consentito prezzo più basso (ma sconsigliato per servizi intellettuali)
1. **Verifica anomalia:** scorrimento senza provvedimento di esclusione
1. **Se OEPV:** commissione interna
1. **Costi manodopera e Oneri sicurezza:** NO indicazione

AFFIDAMENTO DIRETTO

Art. 36 -lett. a)

1. **Standstill:** deroga (art. 37, c. 10, lett. b)
1. **Garanzia offerta:** facoltà di non chiederla
1. **Garanzia esecuzione:** facoltà di non chiederla (art. 103, c. 11, introdotto da Decreto correttivo)

AFFIDAMENTO DIRETTO

-lett. a) -

1. **Stipula contratto:** anche per corrispondenza (art. 32, c. 14).
2. **Collaudo:** facoltà di sostituzione ... con certificato regolare esecuzione (art. 102, c. 2).
3. **Subappalto:** obbligo di indicare la terna (introdotto da Decreto correttivo) nel caso di attività maggiormente esposte a rischio infiltrazione mafiosa.

AFFIDAMENTO DIRETTO

-lett. a) -

1. **Stipula contratto:** anche per corrispondenza (art. 32, c. 14).
2. **Collaudo:** facoltà di sostituzione ... con certificato regolare esecuzione (art. 102, c. 2).
3. **Subappalto:** obbligo di indicare la terna (introdotto da Decreto correttivo) nel caso di attività maggiormente esposte a rischio infiltrazione mafiosa.

IL PRINCIPIO DI ROTAZIONE nella Giurisprudenza (1)

TAR Toscana, sez. II, 23.3.2017, n. 454:

- Anche per concessioni

TAR Campania, Salerno, I, 16.5.2017, n. 926:

- Rotazione degli inviti;
- Anche per RTI;
- Anche precedenti aggiudicatari;
- È la regola e non l'eccezione

IL PRINCIPIO DI ROTAZIONE nella Giurisprudenza (2)

TAR Lombardia, Brescia, II, 26.3.2018 n. 354

Esclusione solo dalla prima gara successiva alla scadenza del contratto (sempre che l'invito non sia giustificato).

Consiglio di Stato, V, 3.4.2018 n. 2079:

Lett. b): conferma l'orientamento CdS, V, 13.12.2017 n. 5854; CdS, VI, 31.8.2017 n. 4125 (rotazione obbligatoria soprattutto nei mercati in cui il numero di o.e. non è elevato).

Trasparenza e accesso agli atti (art. 29)

- Introduzione obbligo pubblicazione atti relativi alla «**composizione della commissione giudicatrice e ai curricula dei suoi componenti**»: NO impugnazione immediata (principi giurisprudenziali acquisiti);
- Entro due giorni: pubblicazione ammessi ed esclusi + comunicazione individuale (modalità), con **indicazione dell'ufficio o del collegamento informatico tramite il quale accedere agli atti**;
- Gli atti recano, prima dell'intestazione o in calce, la data di pubblicazione sul profilo del committente.

Trasparenza e accesso agli atti (art. 29)

- I termini cui sono collegati gli effetti giuridici della pubblicazione decorrono dalla pubblicazione sul profilo del committente.
- Termine ex art. 120, comma 2-bis decorre dal momento in cui **gli atti sono resi in concreto disponibili, corredati di motivazione.**
- Anche in assenza di pubblicazione sulla sezione del sito “Amministrazione trasparente” dell’Ente, il **termine decorre in caso di “piena conoscenza”** (T.A.R. Toscana, 18 aprile 2017, n. 582);

Appalto-integrato

Art. 59, co. 1: è vietato l'affidamento congiunto della progettazione e dell'esecuzione dei lavori, ad esclusione dei casi di:

- **Affidamento a contraente generale** (realizza solo il progetto esecutivo);
- **finanza di progetto** (in gara sia progetto definitivo che esecutivo);
- **Affidamento in concessione** (in gara progetto definitivo ed esecutivo; cfr. art. 3, lett. uu);
- **partenariato pubblico-privato** (in gara tutti i livelli di progett.);
- **contratto di disponibilità** (?; cfr. art. 183, co. 3 e art. 180, co. 1).

Appalto-integrato (segue)

- il divieto **non** opera nei **settori speciali** (cfr. Linee guida ANAC n. 1/2016, par 5.2);
- **Opere di urbanizzazione a scomputo**, totale o parziale, del contributo previsto per il rilascio del permesso di costruire (progetto definitivo acquisito in sede di offerta: in gara progettazione esecutiva ed esecuzione; cfr. art. 1, co. 2, lett. e).

Appalto integrato: nuove ipotesi previste dal correttivo

- locazione finanziaria;
- il divieto non opera se i **progetti preliminari o definitivi risultino approvati alla data di entrata in vigore del Codice: 19 aprile 2016 (art. 216, co. 4bis);**
- affidamento anche della **progettazione esecutiva** se: 1) **l'elemento tecnologico o innovativo delle opere sia nettamente prevalente** rispetto all'importo complessivo dei lavori; 2) partenariato per l'innovazione o dialogo competitivo: **ipotesi stralciata**; 3) urgenza qualificata, con obbligo di avvio lavori entro 30 giorni dall'affidamento: **ipotesi stralciata.**

Commissione giudicatrice (artt. 77-78)

- Situazione invariata, sino al termine del regime transitorio;
- nomina di **alcuni componenti interni, escluso il Presidente**, per appalti: 1) di servizi e fornitura sotto-soglia o di lavori sotto 1 milione di euro; 2) che non presentano particolare complessità (es. procedure mediante piattaforme telematiche); 3) di elevato contenuto scientifico e tecnologico (R&S)

Commissione giudicatrice (art. 77-78)

- Ruolo del RUP: incompatibilità da valutare **caso per caso** (contrasto giurisprudenziale);
- T.A.R. Brescia, 19 dicembre 2016, n. 1757; *contra* T.A.R. Lazio, 23 maggio 2017, n. 315; cfr. Linee-guida RUP);
- Integrazione Linee-guida: modalità funzionamento commissione (seduta pubblica / riservata, ecc. – art. 78, co. 1-*bis*)

Parere di precontenzioso ANAC

(art. 211, co. 1, del Codice)

- Oggetto: questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara
- Iniziative di almeno una delle parti
- Contraddittorio
- Parere (in alcuni casi è vincolante, cmq impugnabile)

Poteri ANAC (segue)

- Il correttivo elimina l'istituto delle raccomandazioni vincolanti;
- Il CDS, nel suo parere, aveva proposto meccanismo di impugnazione diretta del provvedimento illegittimo, in gravi casi, da parte dell'ANAC (cfr. nuovo art. 211, commi 1-bis/1-quater)

Requisiti generali – art. 80

- Causa di esclusione per **condanna definitiva**:
- Ambito oggettivo: tassatività reati, non più ogni reato grave incidente sulla moralità professionale;
 - catalogo di singoli reati;
 - ogni altro delitto da cui derivi, quale pena accessoria, l'incapacità a contrattare con la p.a. (ragioni di coordinamento);
 - l'art. 32-*quater*, c.p., indica più titoli di reato a cui consegue l'incapacità a contrattare con la p.a.

Requisiti generali (art. 80)

- Applicazione obbligatoria dell'art. 80 anche per gli **enti aggiudicatori che non sono amministrazioni aggiudicatrici**, nei settori speciali (art. 136, co. 1);
- Introduzione del reato di false comunicazioni sociali nel catalogo di cui all'art. 80, co. 1 (ancora esclusi reati "sensibili", tributari e fallimentari);
- Tendenza: sanzionare tali fattispecie come gravi illeciti professionali ex art. 80, co. 5 (anche sentenza non definitiva)

Requisiti generali – art. 80 (segue)

- Estensione **ambito soggettivo**: per le società di capitali, oltre ai membri del c.d.a. dotati di legale rappresentanza e ai soci di maggioranza in società con meno di 4 soci, anche gli **institori, i procuratori generali, i membri degli organi con poteri di direzione o vigilanza, i soggetti muniti di potere di rappresentanza, direzione o controllo**;
- Secondo Ad. Plen., solamente i soggetti dotati di “*poteri decisionali di particolare ampiezza e riferiti a una pluralità di oggetti*”; ora la norma non distingue: quindi tutti i procuratori *ad negotia*? Caso dell’acquisizione di aziende o rami aziendali (v. doc. 3)
- Dichiarazione cumulativa: OK, Ad. Plen. 16/2014 (doc. 2)

Requisiti generali – art. 80 (segue)

- Obbligo dichiarativo anche con riferimento ai **subappaltatori**, nei casi in cui sia obbligatorio indicare la terna di subappaltatori;
- Indicazione terna sub-appaltatori obbligatoria sopra-soglia, eccetto opere specialistiche, ovvero se richiesta dal bando (art. 105, co. 6);
- Il concorrente deve dimostrare l'assenza di motivi di esclusione in capo ai subappaltatori (art. 105, co. 4, lett. c);
- ≠ avvalimento (art. 89, co. 3) **contrasto art. 71**, par. 6, lett. b), Direttiva 2014/24/UE

Requisiti generali – art. 80 (segue)

- Ambito temporale: 5 anni, se la sentenza non fissa la durata dell'incapacità a contrattare, salvo che la pena principale sia di durata inferiore o sia intervenuta nelle more la riabilitazione (co. 10);
- **Self-cleaning:** Se pena < 18 mesi ovvero se riconosciuta l'attenuante della collaborazione: NO ESCLUSIONE a condizione che vi sia stato integrale risarcimento + prova adozione idonee misure di prevenzione;

Correttivo: ulteriori cause di esclusione – art. 80 (segue)

- False dichiarazioni in gara (lacuna colmata);
- Iscrizione nel casellario ANAC per falsa dichiarazione e/o presentazione di falsa documentazione (divieto di partecipazione, finché dura l'iscrizione);
- Interdittive antimafia: obbligo di dichiarare l'assenza di interdittive in capo a tutti i soggetti tenuti a rendere le dichiarazioni sui precedenti penali.

Requisiti generali (art. 80) altri motivi di esclusione

- Violazioni ex art. 80, co. 4 e 5: obblighi tributari e contributivi + illeciti professionali;
- Esclusione: 3 anni dalla data del fatto (mancata specificazione = refuso, violazione direttive, v. art. 57, co. 7);
- Correttivo: 3 anni dall'accertamento definitivo dell'evento, salvo che sia intervenuta sentenza di condanna (in tal caso, dalla pubblicazione della sentenza, anche se non definitiva)

AVVALIMENTO (art. 89)

- Specificazione dei requisiti forniti e delle risorse, **a pena di nullità**;
- Fino all'adozione delle linee-guida ANAC per i lavori (art. 83, co. 2), si applica il D.P.R. 207/2010, come interpretato da Cons. Stato, Ad. Plen. n. 23/2016 (superata?);
- In caso di accertate elusioni in sede di esecuzione (utilizzo di risorse proprie, anziché dell'ausiliaria), **risoluzione del contratto**;
- Avvalimento non ammesso *tout court* se nell'oggetto dell'appalto rientrano opere per cui sono necessari lavori o componenti altamente tecnologici o tecnicamente complessi

AVVALIMENTO (ART. 89)

Distinzione tra:

- a) Avvalimento **operativo**
 - b) Avvalimento **di garanzia** (capacità economico-finanziaria; fatturato specifico?)
-
- **CGUE 7.4.2016 n. 324**
 - **AP CdS n. 23/2016: cfr art. 1363 e 1367 Cod. civ. (TAR Campania, Napoli, 16.5.2017 n. 2643)**
 - **CdS, V, 30.3.2017 n. 1456: oggetto determinato/determinabile**
 - **Consiglio di Stato, Sez. III, 4 aprile 2018, n. 2102: elementi dell'avvalimento di garanzia**

SUBAPPALTO (ART. 105)

DIRETTIVE UE: libertà di subappaltare

NORMATIVA ITALIANA: esigenze di ordine pubblico e giuslavoristiche

Applicazione generalizzata (settori ordinari e speciali; sopra e sotto soglia; lavori, servizi e forniture; appalti e PPP)

Distinzione tra:

- **Subcontratti e subappalti**
- **Subappalti puri e subappalti assimilati**

SUBAPPALTO (ART. 105)

Divieti e limiti

Presupposti sostanziali (limiti del Codice e requisiti del subappaltatore) e **formali** (adempimenti in gara – indicazione specifica terna, se terna obbligatoria indicazione dei nomi - e dopo l'aggiudicazione)

Conseguenze: distinzione tra subappalto necessario e facoltativo

Procedimento di **autorizzazione** al subappalto

SOCCORSO ISTRUTTORIO (art. 83, co. 9)

- Sanabile qualsiasi carenza (mancanza , incompletezza, irregolarità essenziale) relativa a “elementi formali della domanda” e al “DGUE”;
- Non sanabili le carenze afferenti al contenuto intrinseco dell’offerta tecnica ed economica o le irregolarità che incidono sulla segretezza dell’offerta;
- Problemi: a) sottoscrizione offerta?; b) chiarimenti tecnici richiesti dalla Commissione di gara? c) oneri della sicurezza

Soccorso istruttorio (segue)

- **Cfr art. 3 Legge n. 241/1990: giusto procedimento**
- **Irregolarità essenziali** = non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della dichiarazione (cfr. Determinazione ANAC n. 1/2015);
- **Irregolarità essenziali “non sanabili”** = 1) incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta; 2) non integrità del plico, ecc.
- **Irregolarità formali** o mancanza/incompletezza di dichiarazioni **non essenziali**: info o documenti non indispensabili, ma utili alla stazione appaltante

Soccorso istruttorio (segue)

- Novità apportate dal **correttivo**;
- 1) **esclusione solo per mancata integrazione di carenze essenziali sanabili** (prima anche nei casi di mancata integrazione di irregolarità formali o di carenze relative a dichiarazioni non essenziali, la s.a. era tenuta a escludere);
- 2) **abolizione sanzione**, per incostituzionalità (contrasto con lett. z) della L. delega (“*possibilità di integrazione documentale non onerosa*”) e dubbia compatibilità con i principi euro-unitari: cfr. : sorte delle sanzioni già applicate e contestate?

Soccorso istruttorio (segue)

- Casistica giurisprudenziale:
 - 1) Mancata prestazione di garanzia fideiussoria in vista dell'esecuzione: soccorso istruttorio escluso (T.A.R. Sardegna, 21 aprile 2017, n. 275; T.A.R. Lazio, 18 gennaio 2017, n. 878);
 - 2) Carenze dell'offerta tecnica (T.A.R. Liguria, 27 febbraio 2017, n. 145); ma v. parere CDS sulla bozza del nuovo Codice circa l'ammissibilità di richieste di chiarimenti da parte della Commissione di gara;
 - 3) Mancata allegazione del cronoprogramma: non emendabile (T.A.R. Napoli, 20 febbraio 2017, n. 1020).

Soccorso istruttorio (segue):

SOCCORSO ISTRUTTORIO PROCESSUALE (CdS, III, 2.3.2017 n. 975)

L'annullamento dell'aggiudicazione può avvenire:

- quando emerga che la carenza dell'aggiudicatario sia di tipo sostanziale sicché neanche con l'attivazione del soccorso istruttorio in sede di gara si sarebbe potuto sanare il vizio;
- quando l'accertamento sulla sussistenza o meno del requisito non sia attività di natura vincolata, ma involgente valutazioni di tipo discrezionale precluse al GA, tanto da rendere necessaria la riedizione della gara;
- quando l'impresa non allegghi la documentazione richiesta per dimostrare la sussistenza del requisito richiesto, non assolvendo all'onere della prova ex 2967 c.c.

ACCESSO DEFENSIONALE (ART. 53)

TAR Lazio, Roma, 25.7.2017 n. 8944: differimento solo busta B e C

ONERE SICUREZZA INTERNA (95, c. 10)

TAR Lazio, Roma, II-ter, 20.7.2017 n.8819 : soccorso istruttorio se irregolarità formale

TAR Basilicata, ord., 25 luglio 2017, n. 525 : rimette alla Corte di giustizia UE la questione interpretativa pregiudiziale ex art. 267 del TFUE sull'omessa indicazione degli oneri per la sicurezza aziendale:

“a) Se i principi comunitari di tutela del legittimo affidamento e di certezza del diritto, unitamente ai principi di libera circolazione delle merci, di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi, di cui al Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), nonché i principi che ne derivano, come la parità di trattamento, la non discriminazione, il mutuo riconoscimento, la proporzionalità e la trasparenza, di cui alla direttiva n. 2014/24/UE, ostino all'applicazione di una normativa nazionale, quale quella italiana derivante dal combinato disposto degli artt. 95, comma 10, e 83, comma 9, del D. Lg.vo n. 50/2016, secondo la quale l'omessa separata indicazione dei costi di sicurezza aziendale, nelle offerte economiche di una procedura di affidamento di appalti pubblici, determina, in ogni caso, l'esclusione della ditta offerente senza possibilità di soccorso istruttorio, anche nell'ipotesi in cui l'obbligo di indicazione separata non sia stato specificato nell'allegato modello di compilazione per la presentazione delle offerte, ed anche a prescindere dalla circostanza che, dal punto di vista sostanziale, l'offerta rispetti effettivamente i costi minimi di sicurezza aziendale”

CASO PRATICO AOU CAREGGI FIRENZE:

LAVORI, SERVIZI E FORNITURE FINALIZZATI ALLA PROGETTAZIONE, REALIZZAZIONE E GESTIONE DI 8 SALE OPERATORIE...PRESSO CTO

costo complessivo previsto: 35 milioni di euro

**contributo di AOU Careggi: < a 10,6 milioni di euro
(30% del totale)**

CASO PRATICO AOU CAREGGI FIRENZE:

LAVORI, SERVIZI E FORNITURE FINALIZZATI ALLA PROGETTAZIONE, REALIZZAZIONE E GESTIONE DI 8 SALE OPERATORIE...PRESSO CTO

Le esigenze in termini di performance dell'AOU Careggi erano le seguenti:

- 1) realizzare un maggiore livello di integrazione nell'intervento che si intende effettuare: progettazione, costruzione e rinnovo, ristrutturazione e gestione coerente degli apparecchi elettromedicali, attivazione dei servizi collegati;**
- 2) operare in modo coerente rispetto alle esigenze di una realtà complessa come quella dell'ospedale in continua e rapida trasformazione, ad alta complessità e rapida obsolescenza economica e tecnologica, che richiede il superamento della logica per appalti su interventi parziali, dilazionati nel tempo ed incrementali;**
- 3) operare all'interno di costi sostenibili;**
- 4) evitare che un intervento complesso ed intrinsecamente unitario, perché non oggettivamente separabile, possa essere eseguito con più affidamenti dai tempi incerti e a basso livello di integrazione;**

...

CASO PRATICO AOU CAREGGI FIRENZE:

LAVORI, SERVIZI E FORNITURE FINALIZZATI ALLA PROGETTAZIONE, REALIZZAZIONE E GESTIONE DI 8 SALE OPERATORIE...PRESSO CTO

.....

- 5) sopperire **all'insufficienza di fondi disponibili** per la realizzazione del progetto unitario;
- 6) **trasferire i rischi sostenibili dall'operatore pubblico all'operatore economico come richiesto da SEC/2010 e successivi aggiornamenti;**
- 7) operare all'interno di un *off balance*;
- 8) **ridurre i tempi e le frammentazioni di 'montaggio', accorpendoli;**
- 9) attivare formule alternative a quelle ordinarie più confacenti alla complessità ospedaliera e valutarne appieno l'efficienza-efficacia;
- 10) **delineare il rapporto con l'operatore economico affidatario attraverso un contratto basato su un approccio prestazionale (orientato agli output).**

CASO PRATICO AOU CAREGGI FIRENZE:

LAVORI, SERVIZI E FORNITURE FINALIZZATI ALLA PROGETTAZIONE, REALIZZAZIONE E GESTIONE DI 8 SALE OPERATORIE...PRESSO CTO

1) DIALOGO COMPETITIVO (artt. 64 e 181, c. 1) L'intera procedura di selezione del contraente attraverso il dialogo competitivo è suddivisa in 6 diverse fasi:

- **fase I:** pubblicazione del bando di gara;
- **fase II:** procedura post pubblicazione del bando di gara, consistente nella valutazione dei requisiti di qualificazione dei concorrenti, secondo quanto stabilito nel bando di gara;
- **fase III:** dialogo competitivo attraverso incontri con i concorrenti;
- **fase IV:** predisposizione dei documenti di gara e della lettera di invito e l'invio di questa ai concorrenti;
- **fase V:** ricezione delle offerte dei concorrenti;
- **fase VI:** valutazione delle offerte da parte della commissione di gara.

CASO PRATICO AOU CAREGGI FIRENZE:

LAVORI, SERVIZI E FORNITURE FINALIZZATI ALLA PROGETTAZIONE, REALIZZAZIONE E GESTIONE DI 8 SALE OPERATORIE...PRESSO CTO

2) PPP: artt. 180 e ss.



Menu ▾

Cerca

Notizie Dal Web

Le migliori notizie su internet : politica nazionale e locale,cronaca,sport,economia,notizie dal mondo e altro.

Corruzione, Cantone (Anac): “Pezzi della pubblica amministrazione hanno boicottato il codice degli appalti” – Il Fatto Quotidiano



“Questo codice ha fatto scelte coraggiose che purtroppo



Iscriviti



Grazie per l'attenzione!

Avv. Prof. Marco Mariani

Studio Legale Associato Catte Mariani

Via Lamarmora n. 53, FIRENZE

Via della Conciliazione n. 10, ROMA

E mariani@cattemariani.com

T 055.587829 | F 055.5521012