

UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI NAPOLI PARTHENOPE
Dipartimento di Giurisprudenza

CORSO DI STUDI in *MANAGEMENT PUBBLICO*

Codice degli appalti e *procurement*

Prof.ssa Bianca Nicla Romano

A.A. 2022-2023

**I soggetti aggiudicatari: Partecipanti
alle gare, Consorzi, R.T.I.**

I soggetti aggiudicatari

Rispetto al profilo soggettivo, la disciplina dei contratti pubblici fa riferimento ai soggetti aggiudicatari, ovvero coloro che possono partecipare ad una gara e, a seguito dell'aggiudicazione, possono stipulare il contratto con la P.A.

Tra tali soggetti rientrano innanzitutto gli **operatori economici**, vale a dire *le persone fisiche o giuridiche, gli enti pubblici, i raggruppamenti di tali persone o enti, comprese le ATI (associazioni temporanee di impresa), gli enti senza personalità giuridica compreso il GEIE (gruppo europeo di interesse economico) che offrono al mercato la realizzazione di lavori o opere, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi (art. 3).*

L'art. 3 definisce, inoltre, l'**offerente** e il **candidato**.

Il primo è l'operatore economico che ha presentato l'offerta e il secondo è l'operatore che ha sollecitato un invito o è stato invitato ad una procedura ristretta, ad una procedura competitiva con negoziazione o ad una procedura per l'aggiudicazione della concessione.

Il **concessionario** è l'operatore economico cui è stata affidata o aggiudicata una concessione;

Il **promotore** è colui che partecipa ad un partenariato pubblico-privato.

Il Codice, all'art. 45, individua le categorie dei soggetti che sono ammessi a partecipare ad una gara, e cioè, oltre agli operatori economici di cui all'articolo 3, comma 1, lettera p), «*gli operatori economici stabiliti in altri Stati membri, costituiti conformemente alla legislazione vigente nei rispettivi Paesi. Gli operatori economici, i raggruppamenti di operatori economici, comprese le associazioni temporanee, che in base alla normativa dello Stato membro nel quale sono stabiliti, sono autorizzati a fornire la prestazione oggetto della procedura di affidamento, possono partecipare alle procedure di affidamento dei contratti pubblici anche nel caso in cui essi avrebbero dovuto configurarsi come persone fisiche o persone giuridiche, ai sensi del presente codice*».

In particolare, il comma 2 di tale articolo individua quali operatori economici:

a) gli imprenditori individuali, anche artigiani, e le società, anche cooperative;

b) i consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro (L. 25 giugno 1909, n. 422, e D. Lgs. 14 dicembre 1947, n. 1577) e i consorzi tra imprese artigiane (L. 8 agosto 1985, n. 443);

c) i consorzi stabili, costituiti anche in forma di società consortili ai sensi dell'articolo 2615-*ter* c.c., tra imprenditori individuali, anche artigiani, società commerciali, società cooperative di produzione e lavoro.

La norma, inoltre, prevede che i consorzi stabili debbano essere 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.

- d) i raggruppamenti temporanei di concorrenti, costituiti dai soggetti di cui alle lettere a), b) e c) (e quindi imprenditori individuali, consorzi tra società cooperative di produzione e lavoro e consorzi stabili) 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 c.c., costituiti tra i soggetti di cui alle lettere a), b) e c) anche in forma di società ai sensi dell'articolo 2615-*ter* c.c.;
- f) le aggregazioni tra le imprese aderenti al **contratto di rete** (art. 3, comma 4-*ter*, D. L. 5 del 2009, n. 5, conv. nella L. 33 del 2009);
- g) i soggetti che abbiano stipulato il contratto di gruppo europeo di interesse economico (**GEIE** -D. Lgs. 23 luglio 1991, n. 240).

I consorzi

I consorzi di cooperative fra società cooperative di produzione e lavoro e i consorzi stabili sono figure tra loro assimilabili. Essi infatti assumono entrambi i caratteri di una struttura permanente in quanto presentano un oggetto consortile generale, dunque non limitato ad un determinato appalto, una propria fisionomia giuridica ed una propria autonomia anche patrimoniale.

In particolare costituiscono un soggetto giuridico a sé stante, distinto organizzativamente e giuridicamente dalle consorziate che, mediante il contratto di consorzio, possono così realizzare anche appalti non assumibili singolarmente per mancanza dei requisiti richiesti dalla stazione appaltante.

I consorzi

Pertanto, sia i consorzi stabili che i consorzi di cooperative costituiscono **aggregazioni munite di una stabile organizzazione d'impresa**, dotate di una propria soggettività ed autonoma qualificazione, al fine della partecipazione alle gare per l'aggiudicazione di appalti pubblici.

Infatti è il consorzio come tale - inteso cioè come soggetto giuridico distinto dalle imprese consorziate di cui coordina l'attività imprenditoriale - il titolare formale e sostanziale del rapporto con la stazione appaltante.

I consorzi

L'articolo 47 del Codice, al comma 1, disciplina sia i requisiti di partecipazione che devono essere posseduti dai consorzi di cooperative fra società cooperative di produzione e lavoro e dai consorzi stabili, sia i requisiti di idoneità tecnica e finanziaria per l'ammissione alle procedure di affidamento.

Tali requisiti devono essere posseduti e comprovati con le medesime modalità previste per tutti gli altri operatori economici, salvo che per quelli relativi alla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera, nonché all'organico medio annuo, che sono computati cumulativamente in capo al consorzio ancorché posseduti dalle singole imprese consorziate.

I consorzi

Il comma 2 dell'articolo 47 specifica, poi, rispetto ai consorzi stabili, che, al fine della qualificazione, questi possono utilizzare sia i requisiti di qualificazione maturati in proprio, sia quelli posseduti dalle singole imprese consorziate designate per l'esecuzione delle prestazioni.

Per poter utilizzare i requisiti delle consorziate non designate per l'esecuzione del contratto è, invece, necessario il ricorso allo strumento dell'avvalimento interno.

I consorzi

La giurisprudenza ha chiarito la piena assimilazione dei consorzi di cooperative ai consorzi stabili (*ex pluribus* T.A.R. Campania, Napoli, 10 novembre 2017, n. 5300 e T.A.R. Sardegna, Cagliari, 10 aprile 2015, n. 693), tenuto conto dell'analogia tra i consorzi stabili e consorzi di cooperative e, in particolare, del carattere permanente di queste ultime che realizzano una nuova struttura soggettiva e costituiscono l'unica controparte del rapporto di appalto, in quanto il rapporto che viene a realizzarsi tra struttura consortile e cooperative consorziate ha carattere organico, con la conseguenza che è il consorzio ad interloquire con l'amministrazione appaltante.

I consorzi

Da tale assimilazione consegue l'applicazione della disciplina dettata per i consorzi stabili anche ai consorzi di cooperative, pure in materia di requisiti di partecipazione.

Pertanto, sia i consorzi di cooperative fra società cooperative di produzione e lavoro che i consorzi stabili possono far valere, ai fini della qualificazione ad una procedura di gara, la somma dei requisiti maturati in proprio a cui si aggiungono quelli delle imprese consorziate indicate come esecutrici. Mentre, per poter usufruire dei requisiti maturati dalle imprese consorziate non indicate come esecutrici dovranno entrambi ricorrere all'istituto dell'avvalimento.

Il contratto di rete

Si tratta di un nuovo strumento giuridico, introdotto nell'ordinamento italiano tramite l' art. 3, co. 4 ter, D.L. 10 febbraio 2009, n. 5, convertito con L. 9 aprile 2009, n. 33; tale norma definisce il **contratto di rete** come il «*contratto con il quale due o più imprese si obbligano ad esercitare in comune una o più attività economiche, rientranti nei rispettivi oggetti sociali, allo scopo di accrescere la reciproca capacità innovativa e la competitività sul mercato*».

In pratica, esso consente alle aggregazioni di imprese di instaurare tra loro una collaborazione organizzata e duratura, mantenendo la propria autonomia e la propria individualità (senza costituire un'organizzazione come la società o il consorzio), nonché di fruire di rilevanti incentivi e di agevolazioni fiscali.

A loro volta le **aggregazioni di imprese** rappresentano una realtà produttiva costituita da una molteplicità di imprese, tipicamente di piccole e medie dimensioni, tra le quali intercorrono particolari rapporti di collaborazione ed interdipendenza, diversi ed ulteriori rispetto al mero scambio di beni o prestazioni e rispetto alle comuni relazioni di concorrenza di mercato.

Il contratto di rete

Nella completa assenza di specificazioni o limitazioni legislative, pacificamente si ritiene che qualunque tipo di impresa (individuale o societaria - grande, media o piccola - artigiana - agricola) possa essere parte del contratto di rete, purché sostanzialmente corrisponda alla figura descritta dall'art. 2082 c.c. e formalmente sia iscritta nel registro delle imprese.

Limite della norma è, però, quello di escludere dal contratto di rete i soggetti che non siano imprenditori, quali ad esempio i professionisti, gli enti di ricerca, le università e le associazioni di categoria.

Il contratto di rete

Esso deve indicare:

- la denominazione sociale delle imprese aderenti alla rete;
- l'indicazione delle attività comuni poste a base della rete;
- l'individuazione di un programma di rete che indichi le modalità di realizzazione dello scopo comune da perseguire attraverso l'istituzione di un fondo patrimoniale comune;
- la durata del contratto;
- l'organo comune incaricato di eseguire il contratto di rete, i suoi poteri, anche di rappresentanza;
- le modalità di partecipazione di ogni impresa all'attività dell'organo.

Il contratto di rete

È dotato di un **fondo patrimoniale** e di un **organo decisionale**, ma non ha **soggettività giuridica**, la quale può essere acquisita solo su base volontaria, a seguito dell'iscrizione del contratto nel registro delle imprese.

Se viene acquisita, l'organo comune agisce in rappresentanza della rete.

Se non viene acquisita l'organo comune agisce solo in rappresentanza degli imprenditori anche individuali partecipanti al contratto.

GEIE (Gruppo Europeo di Interesse Economico)

Il GEIE, invece, è un raggruppamento temporaneo di imprese avente lo scopo di agevolare e sviluppare l'attività economica delle imprese che ne fanno parte e di migliorare ed accrescere i risultati di questa attività.

Non realizza profitti per se stesso e la sua attività è ausiliaria all'attività economica di chi ne fa parte.

Per potere essere istituito è necessario che almeno due dei suoi componenti abbiano l'amministrazione centrale in uno degli Stati membri dell'UE.

Ad una gara possono partecipare anche le **microimprese** e le **PMI**.

L'art. 30, infatti, prevede, al comma 7, *«I criteri di partecipazione alle gare devono essere tali da non escludere le microimprese, le piccole e le medie imprese»*.

Mentre l'art. 51, proprio *al fine di favorire l'accesso delle microimprese, piccole e medie imprese*, prevede che le stazioni appaltanti, sia nei settori ordinari che in quelli speciali, suddividano gli appalti in lotti funzionali, motivando il caso in cui non venga effettuata tale suddivisione nel bando di gara o nella lettera di invito e nella relazione unica di cui agli articoli 99 (per i settori ordinari) e 139 (per i settori speciali).

Raggruppamenti di imprese

Sono costituiti da un insieme di imprenditori o fornitori o prestatori di servizi costituiti anche mediante scrittura privata, allo scopo di partecipare alla procedura di affidamento, di uno speciale contratto pubblico, mediante prestazione di una unica offerta.

La ragione per la quale si sceglie di fare ricorso ad essi è che, da un lato, essi favoriscono la cooperazione fra le imprese per la partecipazione a gare che hanno per oggetto l'affidamento di opere o servizi di particolare complessità senza che venga costituita un'impresa; dall'altro, essi hanno il vantaggio di essere temporanei per cui, eseguito l'oggetto del singolo contratto di appalto cui sono legati, essi si sciolgono.

Raggruppamenti di imprese

Possono essere

orizzontali, se le imprese svolgono attività per realizzare lavori della stessa categoria o per eseguire il medesimo tipo di prestazione in caso di forniture o servizi;

verticali, se la ripartizione interna è di tipo *qualitativo*, nel senso che uno degli operatori economici riuniti (e cioè l'*impresa capogruppo*) realizza i lavori della categoria prevalente ovvero le prestazioni di servizi o di forniture intese come principali, mentre gli altri operatori partecipanti (le cd. *imprese mandanti*) eseguono gli altri lavori (detti *scorporabili*), ovvero le prestazioni indicate come *secondarie* (art. 48, co. 1 e 2).

Raggruppamenti di imprese

Segnatamente, per **lavori di categoria prevalente**, ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. oo-bis, si intende *«la categoria di lavori, generale o specializzata, di importo più elevato fra le categorie costituenti l'intervento»*.

Mentre per **lavori scorporabili**, ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. oo-ter si intendono le categorie di lavori *«non appartenenti alla prevalente e comunque di importo superiore al 10 per cento dell'importo complessivo dell'opera o lavoro, ovvero di importo superiore a 150.000 euro»*. A tale categoria appartengono le opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, come le strutture o gli impianti, ma anche opere speciali.

Raggruppamenti di imprese

La norma dell'art. 48, ai commi 4 e 5, prevede che, in caso di partecipazione ad una gara di un raggruppamento o di un consorzio, nella relativa offerta devono essere specificate le categorie di lavori o le parti del servizio o della fornitura che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti o consorziati.

Inoltre, l'offerta degli operatori economici raggruppati o dei consorziati determina la loro responsabilità solidale sia nei confronti della stazione appaltante, che nei confronti del subappaltatore e dei fornitori.

Invece, per gli assuntori di lavori scorporabili e, nel caso di servizi e forniture, per gli assuntori di prestazioni secondarie, la responsabilità è limitata all'esecuzione delle prestazioni di rispettiva competenza, ferma restando la responsabilità solidale del mandatario.

Raggruppamenti di imprese

Lo strumento giuridico tramite il quale si costituisce un raggruppamento temporaneo è il mandato: in pratica, gli operatori economici partecipanti devono conferire, **con un unico atto**, mandato collettivo speciale con rappresentanza ad uno di essi, detto **mandatario**, il quale, in ragione di ciò, ha la rappresentanza esclusiva, anche processuale, delle mandanti nei confronti della stazione appaltante per tutte le operazioni e gli atti di qualsiasi natura dipendenti dall'appalto e fino all'estinzione di ogni rapporto (art. 48, comma 15).

Ovviamente il mandato deve risultare da scrittura privata autenticata ed è *gratuito ed irrevocabile* (la sua revoca, anche se per giusta causa, non produce effetti nei confronti della stazione appaltante).

È prevista la **revoca del mandato collettivo speciale**, con il consenso delle parti, nei casi di inadempimento dell'impresa mandataria al fine di consentire alla stazione appaltante il pagamento diretto nei confronti delle altre imprese del raggruppamento.

Raggruppamenti di imprese

La disciplina relativa ai raggruppamenti prevede l'espresso divieto, per i concorrenti, **di partecipare alla gara in più di un raggruppamento temporaneo o consorzio ordinario di concorrenti**, ovvero di partecipare alla gara anche in forma individuale qualora abbia partecipato alla gara medesima in raggruppamento o consorzio ordinario di concorrenti.

A tal fine, i consorzi sono tenuti ad indicare, in sede di offerta, per quali consorziati il consorzio concorre; e se il consorziato designato sia, a sua volta, un consorzio, anche questo è tenuto ad indicare, in sede di offerta, i consorziati per i quali concorre.

Lo stesso divieto di partecipare, in qualsiasi altra forma, alla medesima gara è previsto anche per questi ultimi consorziati e, in caso di violazione, **sono esclusi dalla gara sia il consorzio sia il consorziato**, pena, in caso di inosservanza di tale divieto, la reclusione da sei mesi a cinque anni oltre alla multa da euro 103 a euro 1.032 previste dall'art. 353 del codice penale per i casi di turbata libertà degli incanti.

Raggruppamenti di imprese

Inoltre, il comma 9 dell'art. 48, prescrive che, salve le eccezioni previste al comma 17 per la mandataria, e al comma 18 per una delle mandanti, 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, pena l'annullamento dell'aggiudicazione e la nullità del conseguente contratto stipulato con il soggetto illegittimamente modificato.

Raggruppamenti di imprese

Il c.d. correttivo al Codice dei contratti pubblici, di cui al D.Lgs. n. 56 del 2017, ha in parte ritoccato la disciplina originaria dell'art. 48, estendendo le originarie eccezioni consentite dai commi 17 e 18, con riferimento al fallimento e alle altre ipotesi di procedure concorsuali (in quanto la sottoposizione ad esse costituisce causa di esclusione ai sensi dall'art. 80, comma 5, lett. b), anche alla fase di gara.

La modifica soggettiva del raggruppamento è permessa nella sola fase dell'esecuzione, anche per la perdita di uno degli altri requisiti dell'art. 80 in capo ad uno dei componenti; ed è comunque vietato il recesso di uno dei componenti per ragioni di mera riorganizzazione interna al raggruppamento, laddove queste ragioni siano in realtà finalizzate a colmare l'assenza dei requisiti partecipativi.

Requisiti per partecipare ad una gara

Per la partecipazione ad una gara si deve, ovviamente, essere in possesso dei requisiti prescritti.

Il Codice distingue i **requisiti di carattere generale** dai **requisiti di carattere speciale**.

I primi sono legati all'*affidabilità morale* del futuro contraente, e la loro mancanza comporta l'esclusione dalla gara in quanto presupposto indefettibile per stipulare contratti con la P. A.

I secondi, invece, attengono alle *qualità* dei concorrenti.

Tra i requisiti di carattere generale sono comprese le **cause di esclusione dalla gara**, disciplinate dall'art. 80.