Roberto GAROFOLI - Giulia FERRARI

Manuale *dei* CONTRATTI PUBBLICI

alla luce del Nuovo Codice D.lgs. 31 marzo 2023, n. 36

- Analisi di tutti gli aspetti della nuova disciplina
- Raffronto con il vecchio Codice
- Illustrazione dei problemi interpretativi
- Ricchissimo indice analitico

I edizione
2023

Neldiritto Editore

Premessa

Il **nuovo Codice dei contratti pubblici**, approvato con d.lgs. 31 marzo 2023, n.36, in attuazione della legge delega 21 giugno 2022, n. 78, presenta **profili fortemente innovativi.**
Quanto ai **contenuti**, tra le principali novità vi è senza dubbio l'introduzione, nella prima parte del Codice, di ben **dieci principi generali**.
Quanto alla **impostazione**, il nuovo Codice non rinvia a ulteriori provvedimenti attuativi ed è **immediatamente autoesecutivo**. Fondamentale rilievo assumono gli **Allegati al Codice** (legislativi in prima applicazione, regolamentari a regime), destinati ad assorbire le linee guida ANAC e i regolamenti ancora vigenti.
Quanto, infine, all'**efficacia nel tempo**, il nuovo Codice entra in vigore con i relativi Allegati il 1° aprile 2023, ma è **efficace solo a partire dal 1° luglio 2023**.
È infatti prevista una **fase transitoria di tre mesi**, sicché il d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, abrogato dal 1° luglio 2023, continua da quella data ad applicarsi esclusivamente ai *procedimenti in corso*. Vi sarà quindi una **convivenza delle due discipline**.
In questa prospettiva, il volume "*Manuale dei contratti pubblici*" è diretto ad offrire un esame approfondito della nuova disciplina contenuta nel nuovo Codice e nei relativi Allegati.
L'Opera non si limita, infatti, a segnalare le **novità introdotte**, a **raffrontarle** con la **disciplina precedente** e a prefigurare possibili **implicazioni applicative**, avendo anche l'ambizione di **descrivere**, ancorché in modo asciutto, **l'intera disciplina dei contratti pubblici**, come si addice ad una autentica **trattazione manualistica**.
Per ciascun istituto o aspetto della disciplina del nuovo Codice la trattazione segue quindi, tendenzialmente, il seguente **ordine espositivo**:

- La **disciplina del nuovo Codice**
- Il **raffronto con la disciplina previgente**
- Le **implicazioni applicative**

L'Opera **offre** così una trattazione – "**tempestiva**" e ciò nonostante **organica e approfondita** – di una disciplina che impegnerà nei prossimi mesi e anni **migliaia** di **avvocati, magistrati, stazioni appaltanti, imprese**.

Sommario

PARTE I
DISPOSIZIONI GENERALI SUI CONTRATTI PUBBLICI

Sezione I | Il nuovo sistema delle fonti 3
1. La disciplina del Codice. 3
1.1. Il nuovo sistema delle fonti. 3
1.2. Il superamento del regolamento e delle linee guida. 7
1.3. Il rango degli allegati. 9
1.4. Il rilievo della relazione al Codice. 10
2. Il raffronto con la disciplina precedente. 10
3. Le implicazioni applicative. 11

Sezione II | Principi generali 13
1. Il principio del risultato - La disciplina del Codice (art. 1). 14
1.1. L'amministrazione di risultato. 14
1.2. La struttura della norma. 16
1.3. I limiti che conformano il principio del risultato. 17
1.4. Il principio del risultato e la sua incidenza sul rapporto di pubblico impiego. 18
2. Il raffronto con la disciplina previgente. 18
3. Le implicazioni applicative. 19
4. Principio della fiducia - La disciplina del Codice (art. 2). 20
4.1. Presunzione di buona fede e presunzione di legittimità. Il principio della fiducia, anch'esso innovativo, è complementare al principio del risultato e ricompone, nell'ambito della contrattualistica pubblica, presunzioni di buona fede e prerogative di affidamento reciproco. 20
4.2. La responsabilità erariale nella contrattualistica pubblica. 21
5. Il raffronto con la disciplina previgente. 22
5.1. Presunzioni di legittimità dell'azione amministrativa e affidamento. 22
5.2. La giurisprudenza della Corte dei conti. 22
6. Le implicazioni applicative. 23
7. Il principio dell'accesso al mercato - La disciplina del Codice (art. 7) 23
7.1. La concorrenza negli appalti pubblici nelle sue accezioni più moderne. 24
8. Il raffronto con la disciplina previgente. 25
8.1. L'estensione dei principi della concorrenza. 25
8.2. Il bilanciamento tra concorrenza e valori antagonisti. 26
9. La disciplina del Codice (art. 4). 27
10. Principio di buona fede e di tutela dell'affidamento - La disciplina del Codice (art. 5). 28
10.1. Pubblica amministrazione e affidamento. 28
10.2. Le interferenze dei terzi. 29
11. Il raffronto con la disciplina previgente. 30
11.1. L'affidamento come parametro di valutazione dell'azione amministrativa. 30
11.2. L'affidamento come parametro di valutazione della condotta dell'operatore economico. 32
12. Le implicazioni applicative. 32
12.1. Il problematico riparto di giurisdizione in tema di responsabilità precontrattuale. 32
13. Principi di solidarietà e di sussidiarietà orizzontale - La disciplina del Codice (art. 6). 34
14. Il raffronto con la disciplina previgente. 36
15. Le implicazioni applicative. 36
16. Principio di autonomia contrattuale - La disciplina del Codice (art. 8). 36
16.1. La capacità negoziale dell'amministrazione. 36
16.2. Prestazioni d'opera intellettuale ed equo compenso. 37
16.3. Pubblica amministrazione e liberalità. 38
17. Il raffronto con la disciplina previgente. 39
18. Le implicazioni applicative. 40

19. Principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale - La disciplina del Codice (art. 9). 41
19.1. Equilibrio contrattuale ed eventi imprevedibili. 41
19.2. Ulteriore rinegoziazione contrattuale e rinvio a norme di attuazione del sistema. 43
20. Il raffronto con la disciplina previgente. 43
21. Le implicazioni applicative. 45
21.1. Problematiche di giurisdizione. 45
21.2. Nuove frontiere di tutela. 45
22. Principi di tassatività delle cause di esclusione e di massima partecipazione - La disciplina del Codice (art. 10). 46
23. Il raffronto con la disciplina previgente..... 47
24. Principio di applicazione dei contratti collettivi nazionali di settore - La disciplina del Codice (art. 11)..... 47
25. Il raffronto con la disciplina previgente. 48
26. Le implicazioni applicative. 49
27. Rinvio esterno - La disciplina del Codice (art. 12). 50
28. Il principio di auto-organizzazione amministrativa: la disciplina (art. 7). 50
28.1. L'*in house*: gli elementi costitutivi dell'istituto e il rinvio dell'Allegato alle direttive europee. 51
29. Il raffronto con la disciplina previgente. Gli elementi strutturali dell'*in house* nella disciplina italiana prima del nuovo Codice dei contratti pubblici. 52
29.1. Il controllo analogo prima e dopo il nuovo Codice. 53
29.1.1. Il controllo a cascata prima e dopo il nuovo Codice. 55
29.1.2. Il controllo frazionato o congiunto prima e dopo il nuovo Codice. 55
29.1.3. Il controllo inverso e orizzontale prima e dopo il nuovo Codice. 58
29.2. Il requisito funzionale del prevalente svolgimento dell'attività in favore dell'ente controllante, prima e dopo il nuovo Codice. 60
29.3. La partecipazione pubblica (quasi) totalitaria, prima e dopo il nuovo Codice. 61
29.4. La scelta tra *in house* e esternalizzazione: le diverse discipline per l'affidamento di lavori, servizi e forniture, nonché per i servizi pubblici locali. 63
29.4.1. La scelta tra *in house* e esternalizzazione in caso di affidamento di lavori, servizi e forniture. Cosa cambia con il nuovo Codice. 63
29.4.2. Il principio di autonomia organizzativa. 64
29.4.3. Gli oneri valutativi e motivazionali ribaditi dal nuovo Codice per l'affidamento *in house* di lavori, servizi e forniture. Il superamento dell'iscrizione nell'elenco ANAC. 65
29.4.4. La deroga per le prestazioni strumentali. 67
29.4.5. La compatibilità unionale dei doveri di valutazione e motivazione rafforzati. 68
29.5. L'*in house* per l'affidamento di servizi pubblici locali. 70
29.6. La cooperazione orizzontale fra Amministrazioni: il partenariato pubblico-pubblico. 73

Sezione III | L'ambito oggettivo di applicazione del Codice 77

1. La disciplina del Codice: le concessioni e la traslazione del rischio operativo; la differenza con l'appalto (artt. 177-186). 77
1.1. La legge delega e il favore per il partenariato pubblico privato. 77
1.1.1. La metanorma sul partenariato pubblico-privato, dal *genus* alla *species* concessoria. 78
1.1.2. I casi di partenariato pubblico-privato "atipici" e i contratti-tipo nelle forche caudine del diritto dell'Unione europea. 79
1.1.3. Le scelte del nuovo Codice: tra discrezionalità delle stazioni appaltanti e *potestas* di orientamento e di *soft law* della Autorità di regolazione. 80
1.1.4. Gli elementi connotanti la concessione: definizione e tratti causali distintivi (art. 2, Allegato I.1. e art. 177). 80
1.1.5. La traslazione del rischio e il diritto di gestore i lavori o i servizi quale *pretium* del contratto. 81
1.1.6. La disciplina delle concessioni di servizi, inclusi i servizi economici di interesse generale (SIEG) (art. 176). 82
1.1.7. La durata del rapporto (art. 178). 83
1.1.8. Soglie e metodi di calcolo del valore delle concessioni (art. 179). 83
1.1.9. I contratti misti di concessione (art. 180). 84
1.1.10. I contratti misti: segue (art. 180). 85
1.1.11. Il bando (art. 181). 86
1.1.12. La procedura di affidamento (art. 183). 87

1.1.13. Le regole del giuoco: i termini per la partecipazione e le comunicazioni (art. 184). 88
1.1.14. I criteri di aggiudicazione (art. 185). 88
1.1.15. L'affidamento a terzi da parte dei concessionari (art. 186). 89
1.2. Il raffronto con la disciplina previgente. 90
1.2.1. La traslazione del rischio e i tratti distintivi della concessione rispetto all'appalto. 90
1.2.2. Il bando e la procedura di affidamento. 91
1.2.3. L'affidamento a terzi da parte dei concessionari. 92
1.3. Implicazioni operative. 92
1.3.1. I contratti misti e la conformazione del bando. 92
1.3.2. La procedura di affidamento. 93
1.3.3. Le regole del giuoco: i termini per la partecipazione e le comunicazioni. 94
1.3.4. I criteri di aggiudicazione. 95
1.3.5. L'affidamento a terzi da parte dei concessionari. 95
2. I contratti esclusi. 96
2.1. La disciplina del Codice. 96
2.1.1. I contratti esclusi, secondo le direttive, e i contratti attivi e i contratti a titolo gratuito (art. 13). 96
2.1.2. In particolare: i contratti a titolo gratuito (All. I.1., art. 2, co. 1, lett. g) e i contratti attivi (All. I.1., art. 2, co. 1, lett. h). 97
2.1.3. I contratti a titolo gratuito: segue. 97
2.2. Il raffronto con la disciplina previgente. 98
2.2.1. I contratti esclusi secondo le direttive, i contratti attivi e i contratti a titolo gratuito. 98
2.3. Implicazioni operative. 98
2.3.1. La necessaria onerosità dei contratti pubblici e la disciplina applicabile ai contratti esclusi....98
3. Le soglie (art. 14). 99
3.1. La disciplina del Codice. 99
3.1.1. Le soglie e i metodi calcolo (art. 14). 99
3.1.2. Il divieto di frazionamento artificioso ed elusivo e l'abuso del diritto. 100
3.2. La disciplina previgente. 100
3.3. Implicazioni operative. 101

Sezione IV | L'ambito soggettivo di applicazione del Codice 104

1. La disciplina del Codice: il rilievo delle nozioni soggettive nel perimetrare l'ambito di applicazione. 104
2. L'organismo di diritto pubblico. 104
2.1. L'influenza pubblica dominante. Il caso della Federazione italiana giuoco calcio. 105
2.2. Il requisito teleologico: la preposizione al soddisfacimento di bisogni generali a carattere non industriale o commerciale. 107
2.2.1. La necessità di procedere alla doppia verifica relativa al carattere prima generale e poi non commerciale o industriale dei bisogni: il caso dell'Ente Fiera di Milano e di Fiera di Roma S.r.l. 108
2.2.2. Il carattere non commerciale o industriale dei bisogni. L'approccio funzionale e il rilievo solo indiziante del regime concorrenziale. La diversa teoria dello scopo istituzionale. 110
2.3. La personalità giuridica. L'unico profilo problematico postosi in relazione a quest'ultimo elemento costitutivo attiene all'idoneità della nozione di organismo di diritto pubblico a ricomprendere, in uno alle persone giuridiche cui in ambito nazionale si riconosce natura pubblica, anche quelle di diritto privato. 113
2.4. Organismo di diritto pubblico *in parte qua*. La teoria del contagio. 114
3. L'impresa pubblica. 117
3.1. Appalti non rientranti nell'ambito di applicazione della disciplina dei settori speciali: la disciplina applicabile e i connessi profili di giurisdizione. 118

Sezione V | Stazioni appaltanti, centrali di committenza e qualificazione (artt. 62- 64) 123

1. La disciplina del Codice. 123
1.1. Premessa. 123
1.2. Il sistema di qualificazione e i requisiti di qualificazione per la progettazione e l'affidamento di lavori e/o di servizi e forniture. 125
1.3. *Status* e facoltà dei soggetti che interagiscono nel sistema qualificazione. 128
1.4. La qualificazione per la fase esecutiva. 130

1.5. La ripartizione di responsabilità fra i soggetti coinvolti nelle attività di committenza ausiliaria e nelle altre attività di committenza. 132
1.6. Appalti che coinvolgono stazioni appaltanti di Stati membri diversi. 132
2. Il raffronto con la disciplina previgente. 133
3. Le implicazioni applicative. 134

Sezione VI | Gli operatori economici (artt. 65-69) 136
1. La disciplina del Codice. 136
2. Il raffronto con la disciplina previgente. 138
3. Le implicazioni applicative. 169

Sezione VII | Responsabile unico del progetto e conflitto di interessi (artt. 15 e 16) 175
1. Responsabile unico del progetto (art. 15) - La disciplina del Codice. 175
1.1. Il RUP diventa un *Project Manager*? 175
1.2. La nomina del RUP. 176
1.3. I requisiti soggettivi del RUP. 177
1.4. La struttura di supporto del RUP. 178
1.5. I compiti e le funzioni del RUP comuni a tutte le fasi dell'affidamento. 179
1.6. Compiti specifici del RUP per la fase dell'affidamento. 180
1.7. Compiti specifici del RUP per la fase dell'esecuzione. 181
1.8. Il RUP negli acquisti aggregati, negli acquisti centralizzati e in caso di accordi tra amministrazioni. 182
1.9. Incompatibilità tra ruolo di RUP e membro della commissione giudicatrice. 183
2. Il raffronto con la disciplina previgente. 184
3. Le implicazioni applicative. 185
4. Conflitto di interessi (art. 16) - La disciplina del Codice. 186
5. Il raffronto con la disciplina previgente. 188
6. Le implicazioni applicative. 190

PARTE II
LA DIGITALIZZAZIONE DEL CICLO DI VITA DEI CONTRATTI. ACCESSO AGLI ATTI E RISERVATEZZA.

Sezione I | La digitalizzazione delle procedure (artt. 19-34) 195
1. La digitalizzazione delle procedure nei contratti pubblici (artt. 19-34). Introduzione. 195
2. La legge delega e l'origine dei principi sulla digitalizzazione delle procedure declinati nel decreto legislativo di attuazione. 199
3. I principi fondamentali dettati dall'art. 19 del nuovo Codice in tema di digitalizzazione delle attività. 201
3.1. La disciplina del nuovo Codice. 201
3.2. La disciplina precedente. 203
4. Il principio di trasparenza in materia di contratti pubblici. 204
4.1. La disciplina del nuovo Codice. 204
5. Gestione del Ciclo di vita digitale dei contratti pubblici tramite l'Ecosistema nazionale di approvvigionamento digitale (*e-procurement*). 206
5.1. La disciplina del nuovo Codice. 206
6. La Banca dati nazionale dei contratti pubblici e il Fascicolo virtuale dell'operatore economico. 207
6.1. La disciplina del nuovo Codice. 207
6.2. La disciplina previgente. 210
7. Le Piattaforme di approvvigionamento digitale. 213
7.1. La disciplina del nuovo Codice. 213
8. L'anagrafe degli operatori economici partecipanti agli appalti. 215
8.1. La disciplina del nuovo Codice. 215
9. Pubblicità legale degli atti di gara e trasparenza dei contratti pubblici. 215
9.1. La disciplina del nuovo Codice. 215

9.2. La disciplina previgente. 217
10. L'uso di procedure automatizzate nel ciclo di vita dei contratti pubblici. 218
10.1. La disciplina del nuovo Codice. 218
10.2. Il raffronto con la disciplina previgente in base ai principi espressi in sede giurisprudenziale. 221
11. Specifiche procedure di gara informatizzate. 227
11.1. I sistemi dinamici di acquisizione. 227
11.1.1. La disciplina del nuovo Codice. 227
11.2. Aste elettroniche. 230
11.2.1. La disciplina del nuovo Codice. 230
11.3. I Cataloghi elettronici. 234
11.3.1. La disciplina del nuovo Codice. 234

Sezione II | L'accesso agli atti e la riservatezza (artt. 35-36) 238
1. 1. La disciplina del Codice (artt. 35 e 36) 238
1.1. L'ambito applicativo della disciplina in tema di accesso: l'accesso agli atti della fase esecutiva. 239
1.2. L'espresso riconoscimento dell'accesso generalizzato e la positivizzazione delle conclusioni di Cons. St., A. Plen., 2 aprile 2020, n. 10. 240
2. La disciplina del differimento dei termini di ostensibilità (art.35, co.2 e 3). 242
3. La disciplina dei limiti e controlimiti all'accesso (artt. 35, co. 4 e 5, e 36, co. 5). 242
4. L'accesso digitale (artt. 35, co. 1, e 36, co. 1, 2 e 3). 244
5. La disciplina processuale (artt. 36, co. 4, 5, 6, 7 e 8). 245

PARTE III
LA PROGRAMMAZIONE E IL DIBATTITO PUBBLICO

La programmazione e il dibattito pubblico 249
1. Considerazioni introduttive. 249
2. La programmazione dei lavori e degli acquisti di beni e servizi. La disciplina del Codice. 250
2.1. Il raffronto con la disciplina previgente. 252
3. La localizzazione e approvazione del progetto delle opere. La disciplina del Codice. 254
3.1. Le implicazioni applicative. 257
4. La programmazione e progettazione delle infrastrutture strategiche e di preminente interesse nazionale. La disciplina del Codice. 262
4.1. Il raffronto con la disciplina previgente. 264
5. Le implicazioni applicative. 264
6. Il dibattito pubblico. 266
6.1. La disciplina del Codice. 267
6.2. Il raffronto con la disciplina previgente. 268
6.3. Le implicazioni applicative. 269

PARTE IV
LA PROGETTAZIONE E L'APPALTO INTEGRATO (ARTT. 41-47)

La progettazione e l'appalto integrato (artt. 41-47) 275
1. Art. 41. Livelli e contenuti della progettazione - La disciplina del nuovo Codice. 275
1.1. Definizione dei livelli della progettazione. 278
1.2. Verifica preventiva dell'interesse archeologico. 280
2. Il raffronto con la disciplina previgente. 281
3. Le implicazioni applicative. L'impugnabilità dei livelli di progettazione. 284
3.1. Le implicazioni applicative. La competenza. I vizi del progetto. 287
3.2 Le implicazioni applicative. Affidamento della progettazione a or-gani interni o a soggetti esterni. 290
4. Art. 42. Verifica della progettazione - La disciplina del nuovo Codice. 291

5. Le implicazioni applicative. Responsabilità e garanzie. ... 294
6. Art. 43. Metodi e strumenti di gestione informativa digitale delle costruzioni - La disciplina del nuovo Codice. ... 294
7. Art. 44. Appalto integrato - La disciplina del nuovo Codice. ... 297
8. Il raffronto con la disciplina previgente. ... 299
9. Le implicazioni applicative. ... 301
10. Art. 45. L'incentivazione delle funzioni tecniche - La disciplina del nuovo Codice. ... 304
11. Il raffronto con la disciplina previgente. ... 306
12. Implicazioni applicative. ... 307
13. Art. 46. Concorsi di progettazione e concorsi di idee - La disciplina del nuovo Codice. ... 309
14. Raffronto con la disciplina previgente e implicazioni applicative. ... 312
15. Art. 47. Consiglio superiore dei lavori pubblici - La disciplina del nuovo Codice. ... 313
16. Raffronto con la disciplina e implicazioni applicative. ... 315

PARTE V
L'APPALTO

Sezione I | Le fasi delle procedure di affidamento e il contratto ... 319
1. La disciplina del Codice: formazione della volontà negoziale della P.A., procedure pubblicistiche e contratto (artt. 17 e 18). ... 319
1.1. La determina a contrarre (art. 17, co. 1 e 2). ... 320
1.2. I termini di conclusione della procedura di selezione, le conseguenze della relativa inosservanza e i rapporti tra la stessa e la pendenza di un contenzioso (art. 17, co. 3, 4 e 10). ... 321
1.3. Rifiuto di aggiudicare la gara e meccanismi di tutela (art. 108, co. 10, del nuovo Codice) ... 322
1.4. La proposta di aggiudicazione, la rilevanza giuridica dell'approvazione e i rapporti tra la stessa e la pendenza di un contenzioso (art. 17, co. 5, 6 e 10) ... 324
1.5. Il controllo sulla proposta di aggiudicazione (art. 17, co. 5) ... 325
1.6. L'aggiudicazione: natura giuridica e rilievo dello *jus superveniens*. ... 326
1.7. Il contratto, la sua forma, i termini di conclusione, le conseguenze della relativa inosservanza e l'approvazione (art. 18, co. 1, 2, 5, 6, 7 e 8). ... 327
1.8. L'avvio di esecuzione (art. 17, co. 8 e 9) e lo *stand still*, sostanziale e processuale (art. 18, co. 4 e 5). ... 330
1.9. La possibilità per le stazioni appaltanti di stipulare contratti di assicurazione per la responsabilità civile derivante dalla conclusione del contratto e dalla prosecuzione o sospensione della sua esecuzione (art. 18, co. 9). ... 332

Sezione II | I contratti di importo inferiore alle soglie europee (48-55) ... 333
1. Disposizioni comuni agli affidamenti sotto soglia. ... 333
1.1. La disciplina del Codice. ... 333
1.2. Il raffronto con la disciplina previgente. ... 334
1.3. Le implicazioni applicative. ... 334
2. Modalità di affidamento dei contratti di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria. ... 335
2.1. La disciplina del Codice. ... 335
2.1.1. Le procedure. ... 335
2.1.2. L'esecuzione anticipata del contratto. ... 339
2.2. Il raffronto con la disciplina previgente. ... 339
2.3. Le implicazioni applicative. ... 340
3. Il principio di rotazione degli affidamenti. ... 341
3.1. La disciplina del Codice. ... 341
3.2. Il raffronto con la disciplina previgente. ... 342
3.3. Le implicazioni applicative. ... 343
4. La composizione della commissione giudicatrice e ruolo del RUP. ... 343
4.1. La disciplina del Codice. ... 343
4.2. Il raffronto con la disciplina previgente. ... 344
4.3. Le implicazioni applicative. ... 344

5. Il controllo delle dichiarazioni attestanti il possesso dei requisiti di partecipazione e di qualificazione. 345
5.1. La disciplina del Codice. 345
5.2. Il raffronto con la disciplina previgente. 345
5.3. Le implicazioni applicative. 345
6. Le garanzie a corredo dell'offerta. Garanzia provvisoria e garanzia definitiva. 346
6.1. La disciplina del Codice. 346
6.2. Il raffronto con la disciplina previgente. 346
6.3. Le implicazioni applicative. 346
7. L'esclusione automatica delle offerte anomale. 347
7.1. La disciplina del Codice. 347
7.2. Il raffronto con la disciplina previgente. 348
7.3. Le implicazioni applicative. 348
8. Termini dilatori per la stipulazione del contratto. 349
8.1. La disciplina del Codice. 349
8.2. Il raffronto con la disciplina previgente. 350
8.3. Le implicazioni applicative. 350

Sezione III | Istituti e clausole comuni (57-61) 353

1. Clausole sociali del bando di gara e degli avvisi; criteri di sostenibilità energetica e ambientale. 353
1.1. La disciplina del Codice. 353
1.2. Il raffronto con la disciplina previgente. 354
1.3. Le implicazioni applicative. 355
2. La suddivisione dell'affidamento in lotti. 357
2.1. La disciplina del Codice. 357
2.2. Il raffronto con la disciplina previgente. 359
2.3. Le implicazioni applicative. 359
3. Gli accordi quadro. 360
3.1. La disciplina del Codice. 360
3.2. Il raffronto con la disciplina previgente. 361
3.3. Le implicazioni applicative. 362
4. La revisione dei prezzi. 362
4.1. La disciplina del Codice. 362
4.2. Il raffronto con la disciplina previgente. 364
4.3. Le implicazioni applicative. 364
5. I contratti riservati. 364
5.1. La disciplina del Codice. 364
5.2. Il raffronto con la disciplina previgente. 365
5.3. Le implicazioni applicative. 366

Sezione IV | Le procedure di scelta del contraente (artt. 70-76) 368

1. La disciplina del Codice. 368
1.1. I presupposti per la scelta della procedura. 368
1.2. Procedura aperta e la procedura ristretta. 370
1.3. Procedura competitiva con negoziazione. 371
1.4. Dialogo competitivo. 372
1.5. Il partenariato per l'innovazione. 374
1.6. Procedura negoziata senza bando. 376
2. Il raffronto con la disciplina previgente. 378
3. Le implicazioni applicative. 380

Sezione V | Lo svolgimento delle procedure (artt. 77-112) 385

TITOLO I - Gli atti preparatori 385
1. La disciplina del Codice. 385
2. Le "consultazioni preliminari di mercato". 386
2.1. Il raffronto con la disciplina previgente. 386
2.2. Le implicazioni applicative. 386
3. La partecipazione alle consultazioni preliminari di candidati o offerenti. 389
3.1. Le implicazioni applicative. 389

4. Le “specifiche tecniche”. 390
4.1. Le implicazioni applicative. 392
5. Le “etichettature”. 394
5.1. Le implicazioni applicative. 395
6. Gli “avvisi di pre-informazione”. 397
6.1. Le implicazioni applicative. 398
7. I “documenti di gara”. 400
7.1. Le implicazioni applicative. 400
TITOLO II - I bandi, gli avvisi e gli inviti 403
1. Considerazioni preliminari. 403
2. I “bandi e avvisi: contenuti e modalità di redazione”. La disciplina del nuovo Codice. 404
2.1. Il raffronto con la disciplina previgente. 405
2.2. Le implicazioni applicative. 405
3. La “pubblicazione a livello europeo”. 407
3.1. Il raffronto con la disciplina previgente. 408
3.2. Le implicazioni applicative. 409
4. La “pubblicazione a livello nazionale”. 410
4.1. Le implicazioni applicative. 410
5. L’“avviso volontario per la trasparenza preventiva”. 411
5.1. Le implicazioni applicative. 412
6. Il “disciplinare di gara e capitolato speciale”. 412
6.1. Le implicazioni applicative. 413
7. La “disponibilità digitale dei documenti di gara”. 415
7.1. Il raffronto con la disciplina previgente. 415
7.2. Le implicazioni applicative. 415
8. Gli “inviti ai candidati”. 416
8.1. Le implicazioni applicative. 416
9. Le “informazioni ai candidati e agli offerenti”. 418
9.1. Il raffronto con la disciplina previgente. 419
9.2. Le implicazioni applicative. 419
TITOLO III - La documentazione dell’offerente e i termini per la presentazione delle domande e delle offerte. 421
1. Considerazioni preliminari. 421
1.1. Le “domande, il documento di gara unico europeo, le offerte”. 421
1.2. Le implicazioni applicative. 422
2. I “termini per la presentazione delle domande e delle offerte”. 423
2.1. Le implicazioni applicative. 424
TITOLO IV - La commissione giudicatrice (art. 93) **427**
1. La disciplina del Codice. 427
2. Il raffronto con la disciplina previgente. 429
3. Le implicazioni applicative. 432
TITOLO V - I requisiti di partecipazione di ordine generale. Cause di esclusione. Cause di esclusione di partecipanti a raggruppamenti. Illecito professionale grave (artt. 94-98) 437
1. I requisiti di partecipazione di ordine generale: le cause di esclusione automatica e non automatica (artt. 94 e 95) 437
1.1. La disciplina del Codice. 437
1.1.1. Le cause di esclusione automatica. 437
1.1.2. Le cause di esclusione non automatica. 441
1.2. Il raffronto con la disciplina previgente. 442
1.3. Le implicazioni applicative. 444
2. La disciplina dell’esclusione (art. 96). 446
2.1. La disciplina del Codice. 446
2.2. Il raffronto con la disciplina previgente. 447
2.3. Le implicazioni applicative. 448
3. Le cause di esclusione di partecipanti a raggruppamenti temporanei di imprese (art. 97). 449
3.1. La disciplina del Codice. 449
3.2. Il raffronto con la disciplina previgente. 450
3.3. Le implicazioni applicative. 451
4. L’illecito professionale grave (art. 98). 453
4.1. La disciplina del Codice. 453

4.2. Il raffronto con la disciplina previgente. ... 454
4.3. Le implicazioni applicative. ... 456
TITOLO VI - La verifica del possesso dei requisiti. Gli altri requisiti. Il soccorso istruttorio. L'avvalimento. I mezzi di prova. Le garanzie (artt. 99-106) ... 460
1. La verifica del possesso dei requisiti. ... 460
1.1. La disciplina del Codice. ... 460
1.2. Il raffronto con la disciplina previgente. ... 460
1.3. Le implicazioni applicative. ... 462
2. I requisiti di ordine speciale. ... 463
2.1. La disciplina del Codice. ... 463
2.2. Il raffronto con la disciplina previgente. ... 465
2.3. Le implicazioni applicative. ... 471
3. Il soccorso istruttorio. ... 473
3.1. La disciplina del Codice. ... 473
3.2. Il raffronto con la disciplina previgente. ... 473
3.3. Le implicazioni applicative. ... 475
4. Gli impegni dell'operatore economico. ... 476
4.1. La disciplina del Codice. Rinvio. ... 476
5. L'avvalimento. ... 477
5.1. La disciplina del Codice. ... 477
5.2. Il raffronto con la disciplina previgente. ... 479
5.3. Le implicazioni applicative. ... 483
6. Rapporti di prova, certificazioni delle qualità, mezzi di prova, registro *on line* dei certificati e costi del ciclo vita. ... 485
6.1. La disciplina del Codice. ... 485
6.2. Il raffronto con la disciplina previgente. ... 486
6.3. Le implicazioni applicative. ... 487
7. Le garanzie per la partecipazione alla procedura. ... 487
7.1. La disciplina del Codice. ... 487
7.2. Il raffronto con la disciplina previgente. ... 490
7.3. Le implicazioni applicative. ... 492
TITOLO VII - La selezione delle offerte (artt. 107-112) ... **494**
1. La disciplina del Codice in materia di selezione delle offerte. ... 494
1.1. Criterio delle conformità della valutazione delle offerte ai criteri indicati nella *lex specialis*. ... 494
1.2. Presupposti dell'aggiudicazione. ... 495
1.3. Causa facoltativa di non aggiudicazione. ... 496
1.4. L'apertura delle offerte prima della verifica del possesso dei requisiti in capo agli operatori economici. ... 496
2. Implicazioni applicative. ... 497
3. Criteri di aggiudicazione degli appalti di lavori, servizi e forniture. - La disciplina del Codice (art. 108). ... 500
4. Raffronto con la disciplina previgente. ... 502
5. Implicazioni applicative. ... 503
6. Reputazione dell'impresa - La disciplina del Codice (art. 109). ... 509
7. Il raffronto con la disciplina previgente. ... 510
8. Le implicazioni applicative. ... 510
9. Offerte anormalmente basse - La disciplina del Codice (art. 110). ... 511
10. Il raffronto con la disciplina previgente. ... 512
11. Le implicazioni applicative. ... 513
12. Avvisi relativi agli appalti aggiudicati - La disciplina del Codice (art. 111). ... 516
13. Il raffronto con la disciplina previgente. ... 517
14. Le implicazioni applicative. ... 517
15. Relazioni uniche sulle procedure di aggiudicazione degli appalti - La disciplina del Codice (art. 112). ... 517
16. Il raffronto con la disciplina previgente. ... 518
17. Le implicazioni applicative. ... 518

Sezione VI | L'esecuzione (artt. 113-126) ... 519
1. Direzione, controllo, collaudo. ... 519
1.1. La disciplina del Codice. ... 519

1.2. Il raffronto con la disciplina previgente. ... 524
1.3. Le implicazioni applicative. ... 528
2. Le garanzie. ... 530
2.1. La disciplina del Codice. ... 530
2.1.1. Le garanzie definitive. ... 530
2.1.2. Le garanzie per l'esecuzione di lavori di particolare valore. ... 534
2.2. Il raffronto con la disciplina previgente. ... 535
2.2.1. Le garanzie. ... 535
2.2.2. Le garanzie per l'esecuzione di lavori di particolare valore. ... 535
2.3. Le implicazioni applicative. ... 535
3. Il subappalto. ... 537
3.1. La disciplina del Codice. ... 537
3.2. Il raffronto con la disciplina previgente. ... 542
3.3. Le implicazioni applicative. ... 543
4. La modifica dei contratti. ... 545
4.1. La disciplina del Codice. ... 545
4.2. Il raffronto con la disciplina previgente. ... 548
4.3. Le implicazioni applicative. ... 551
5. Le vicende patologiche del contratto: sospensione, proroga, risoluzione, recesso; esecuzione o completamento dei lavori, servizi o forniture nel caso di procedura di insolvenza o di impedimento alla prosecuzione dell'affidamento con l'esecutore designato. ... 552
5.1. La disciplina del Codice. ... 552
5.1.1. La sospensione e la proroga. ... 552
5.1.2. La risoluzione. ... 554
5.1.3. Il recesso. ... 556
5.1.4. Esecuzione o completamento dei lavori, servizi o forniture nel caso di procedura di insolvenza o di impedimento alla prosecuzione dell'affidamento con l'esecutore designato. ... 556
5.2. Il raffronto con la disciplina previgente. ... 557
5.2.1. La sospensione e la proroga. ... 557
5.2.2. La risoluzione. ... 558
5.2.3. Il recesso. ... 558
5.2.4. Esecuzione o completamento dei lavori, servizi o forniture nel caso di procedura di insolvenza o di impedimento alla prosecuzione dell'affidamento con l'esecutore designato. ... 558
5.3. Le implicazioni applicative. ... 559
6. Altre vicende del contratto: pagamento del corrispettivo, premi e penali. ... 561
6.1. La disciplina del Codice. ... 561
6.1.1. Il corrispettivo. ... 561
6.1.2. Le penali e i premi. ... 564
6.2. Il raffronto con la disciplina previgente. ... 564
6.2.1. Il corrispettivo. ... 564
6.2.2. Le penali e i premi. ... 565
6.3. Le implicazioni applicative. ... 565

Sezione VII | Disposizioni particolari per alcuni contratti dei settori ordinari. Servizi sociali, beni culturali, servizi di ricerca e sviluppo, somma urgenza (artt. 127-140) ... 569

TITOLO I - I servizi sociali e i servizi assimilati ... 569
1. La disciplina del Codice (artt. 127 e 128). ... 569
2. Raffronto con la disciplina previgente. ... 572
3. Implicazioni applicative. ... 573
TITOLO II - Gli appalti di servizi sociali e di altri servizi nei settori ordinari ... 574
4. La disciplina del Codice (artt. 129, 130 e 131). ... 574
5. Raffronto con la disciplina previgente. ... 577
TITOLO III - I contratti nel settore dei beni culturali ... 578
6. La disciplina del Codice (artt. 132-134). ... 578
7. Raffronto con la disciplina previgente ... 581
8. Implicazioni applicative. ... 582

TITOLO IV - I servizi di ricerca e sviluppo 583
9. La disciplina del Codice (art. 135). 583
TITOLO V - I contratti nel settore della difesa e sicurezza; i contratti secretati 584
10. La disciplina del Codice (artt. 136, 137, 138 e 139). 584
11. Raffronto con la disciplina previgente. 587

PARTE VI
APPALTI NEI SETTORI SPECIALI

Sezione I | Disposizioni applicabili e ambito soggettivo (artt. 141-152) 591
1. La disciplina del Codice: ambito e norme applicabili (art. 141). 592
1.1. Il raffronto con la disciplina previgente. 593
2. Esenzioni dall'applicazione del Codice (in particolare: art. 142 "*Joint venture* e affidamenti a imprese collegate"; art. 143 "Attività esposte direttamente alla concorrenza"; art. 144 "Appalti aggiudicati a scopo di rivendita o di locazione a terzi"; art. 145 "Attività svolte in Paesi terzi"). 595
3. Disposizioni in tema di particolari fonti di energia (art. 146 "Gas ed energia termica"; art. 147 "Elettricità") - Premessa. 596
3.1. La disciplina del Codice. 598
4. Acqua (art. 148). 599
5. Servizi di trasporto (art. 149) – Premessa. 599
5.1. La disciplina del Codice. 600
6. Settore dei porti e degli aeroporti (art. 150). 600
7. Settore dei servizi postali (art. 151) - Premessa. 601
7.1. La disciplina del Codice. 601
8. Estrazione di gas e prospezione o estrazione di carbone o di altri combustibili solidi (art. 152). 602

Sezione II | Le procedure di scelta del contraente (artt. 153-158) 603
1. La disciplina del Codice: norme applicabili (art. 153) e Accordi quadro (art. 154). 603
2. La disciplina del Codice: tipi di procedure (art. 155). 604
3. La disciplina del Codice: procedura ristretta (art. 156). 605
4. La disciplina del Codice: procedura negoziata con pubblicazione di un bando (art. 157). 606
5. La disciplina del Codice: procedura negoziata senza pubblicazione di un bando (art. 158). 606

Sezione III | I bandi, gli avvisi e gli inviti (artt. 159-166) 611
1. La disciplina del Codice: disponibilità digitale dei documenti di gara (art. 159). 611
2. La disciplina del Codice: comunicazione delle specifiche tecniche (art. 160). 611
3. La disciplina del Codice: pubblicità e avviso periodico indicativo (art. 161). 612
4. La disciplina del Codice: avvisi sull'esistenza di un sistema di qualificazione (art. 162). 612
5. La disciplina del Codice: bandi di gara e avvisi relativi agli appalti aggiudicati (art. 163). 613
6. La disciplina del Codice: redazione e modalità di pubblicazione dei bandi e degli avvisi (art. 164). 613
7. La disciplina del Codice: inviti ai candidati (art. 165). 613
8. La disciplina del Codice: informazioni a coloro che hanno chiesto una qualificazione, ai candidati e agli offerenti (art. 166). 614

Sezione IV | La selezione dei partecipanti e delle offerte (artt. 167-173) 616
1. La disciplina del Codice: ulteriori disposizioni applicabili nella scelta del contraente (art. 167). 616
1.1. Il raffronto con la normativa previgente e le implicazioni applicative. 617
2. La disciplina del Codice: procedure di gara con sistemi di qualificazione (art. 168). 618
3. La disciplina del Codice: procedure di gara regolamentate (art. 169). 619
4. La disciplina del Codice: offerte contenenti prodotti originari di Paesi terzi (art. 170). 621
5. La disciplina del Codice: relazioni con Paesi terzi in materia di lavori, servizi e forniture (art. 171). 622

6. La disciplina del Codice: relazioni uniche sulle procedure di aggiudicazione degli appalti (art. 172). ... 623
7. La disciplina del Codice: servizi sociali e altri servizi assimilati (art. 173). Premessa: i servizi sociali nell'ordinamento europeo ed in quello nazionale. ... 624

PARTE VII
IL PARTENARIATO PUBBLICO-PRIVATO E LE CONCESSIONI

Sezione I | Disposizioni generali (artt. 174-175) ... 631
1. La disciplina del Codice. ... 631
1.1. La definizione di partenariato pubblico-privato. ... 631
1.2. Il partenariato pubblico-privato contrattuale ed istituzionale. ... 632
1.3. La qualificazione dell'ente concedente. ... 632
1.4. La programmazione e la valutazione preliminare. ... 633
1.5. Il controllo e il monitoraggio. ... 635
2. Il raffronto con la disciplina previgente. ... 635
2.1. La definizione di partenariato. ... 635
3. Le implicazioni applicative. ... 637
3.1. I contratti di partenariato pubblico-privato tipici e atipici e la valutazione di meritevolezza. 637
3.2. La riserva in favore degli enti concedenti qualificati. ... 638
3.3. Il programma triennale delle esigenze pubbliche da soddisfare mediante partenariato pubblico-privato. ... 639
3.4. La valutazione preliminare di convenienza e fattibilità. ... 640
3.5. Il controllo sull'esecuzione del contratto. ... 640
3.6. Il monitoraggio centralizzato dei contratti di partenariato pubblico-privato. ... 641
3.7. Il parere relativo ai progetti di interesse statale o finanziati con contributi statali. ... 642

Sezione II | I contratti di concessione ... 643
TITOLO I - Aggiudicazione ed esecuzione (182-192) ... 643
1. La disciplina del Codice. ... 643
1.1. Il bando e la documentazione di gara. ... 643
1.2. Le eccezioni all'obbligo della preventiva pubblicazione di un bando. ... 644
1.3. I termini per presentare la domanda di partecipazione. ... 645
1.4. La procedura di aggiudicazione. ... 645
1.5. La valutazione delle offerte e i criteri di valutazione. ... 647
1.6. Gli affidamenti dei concessionari. ... 647
1.7. L'affidamento delle concessioni di importo inferiore alla soglia di rilevanza europea. ... 649
1.8. Il subappalto. ... 649
1.9. La revisione del contratto di concessione. ... 649
1.10. La modifica del contratto di concessione. ... 650
1.11. Il recesso dal contratto di concessione. ... 651
1.12. La risoluzione del contratto di concessione. ... 651
1.13. La prosecuzione dell'attività da parte del concessionario e il subentro. ... 652
2. Il raffronto con la disciplina previgente. ... 653
3. Le implicazioni applicative. ... 656
3.1. Il contenuto della documentazione di gara. ... 656
3.2. L'affidamento senza gara. ... 657
3.3. La procedura di gara. ... 658
3.4. Il soccorso istruttorio. ... 659
3.5. La riduzione del numero dei partecipanti. ... 659
3.6. L'oscuramento dei nominativi degli operatori economici. ... 660
3.7. L'elaborazione della valutazione delle offerte tecniche ed economiche. ... 660
3.8. Le soluzioni innovative. ... 661
3.9. Gli affidamenti dei concessionari. ... 662
3.10. L'affidamento delle concessioni "sottosoglia". ... 664
3.11. La congruità dell'offerta. ... 665
3.12. Il divieto di cessione e il subappalto. ... 667
3.13. La revisione del contratto di concessione. ... 668

3.14. Il subentro. 668
TITOLO II - La finanza di progetto (193-195) 670
1. La disciplina del Codice. 670
1.1. Inquadramento generale. 670
1.2. Procedure di affidamento. 670
1.3. Società di scopo. 671
1.4. Obbligazioni delle società di scopo. 672
2. Il raffronto con la disciplina previgente. 672
2.1. Una procedura flessibile ed "incentivante". 672
2.2. Società di scopo "obbligatoria". 673
3. Le implicazioni applicative. 674
3.1. Uno strumento ad iniziativa del privato. 674
3.2. Il diritto di prelazione. 675
3.3. Società di scopo. 676
3.4. Collocamento obbligazionario. 677
3.5. La finanza di progetto nella riflessione della giurisprudenza. 677

Sezione III | La locazione finanziaria (art. 196) 680
1. La disciplina del Codice. 680
1.1. Nozione generale di locazione finanziaria. 680
1.2. La locazione finanziaria come strumento "tipico" a disposizione dell'Amministrazione. 680
2. Il raffronto con la disciplina precedente. 681
2.1. Realizzazione, acquisizione e completamento di opere pubbliche o di pubblica utilità. 681
3. Le implicazioni applicative. 683
3.1. Schema trilaterale e *leasing* traslativo. 683
3.2. La locazione finanziaria nella riflessione giurisprudenziale. 684

Sezione IV | Il contratto di disponibilità (art. 197) 686
1. La disciplina del Codice. 686
1.1. Introduzione. 686
1.2. Disciplina del contratto di disponibilità. 686
2. Il raffronto con la disciplina previgente. 687
2.1. Definizione e semplificazione. 687
2.2. La ripartizione di rischi, poteri e facoltà delle parti. 688
3. Le implicazioni applicative. 689

Sezione V | Altre disposizioni (artt. 198-202) 692
1. La disciplina del Codice. 692
2. Il raffronto con la disciplina previgente. 697
3. Le implicazioni applicative. 699

Sezione VI | I servizi globali (artt. 203-208) 702
1. La disciplina del Codice. 702
2. Il raffronto con la disciplina previgente. 708
3. Le implicazioni applicative. 709

PARTE VIII
IL CONTENZIOSO

Sezione I | I ricorsi giurisdizionali (art. 209) 715
1. La disciplina del nuovo Codice. 715
1.1. L'art. 120 c.p.a. 715
1.2. L'art. 121 c.p.a. 722
1.3. L'art. 124 c.p.a. 725
2. Il raffronto con la disciplina previgente. 726
3. Le implicazioni applicative. 727
3.1. Ambito applicativo. 727

3.2. La *ratio* acceleratoria. ... 728
3.3. Lo "stato dell'arte" del rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale. ... 733
3.4. L'inefficacia contrattuale a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione: la diatriba antecedente al Codice. ... 737
3.5. Le questioni: natura della pronuncia di inefficacia, inquadramento dogmatico del vizio, potere-dovere di declaratoria di inefficacia e natura della giurisdizione. ... 742
3.6. Sorte del contratto e giurisdizione nel caso di autotutela amministrativa sull'aggiudicazione. ... 746
3.7. Tutela in forma specifica e per equivalente. ... 748

Sezione II I rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale (art. 210-220) ... 757
1. La disciplina del Codice ... 757
1.1. L'accordo bonario. ... 757
1.2. La transazione. ... 760
1.3. L'arbitrato ... 762
1.4. Il Collegio Consultivo Tecnico. ... 765
1.5. I pareri di precontenzioso dell'ANAC. ... 767
2. Il raffronto con la disciplina previgente. ... 768
2.1. L'accordo bonario ... 768
2.2. La transazione. ... 769
2.3. L'arbitrato. ... 769
2.4. Il Collegio Consultivo Tecnico. ... 770
2.5. I pareri di precontenzioso dell'ANAC. ... 772
3. Le implicazioni applicative. ... 773

PARTE IX
LA *GOVERNANCE*

La *governance* ... 780
1. Indirizzo, coordinamento e monitoraggio presso la Cabina di regia. *Governance* dei servizi. ... 780
1.1. La disciplina del Codice. ... 780
1.2. Il raffronto con la disciplina previgente. ... 782
2. Autorità nazionale anticorruzione (ANAC). ... 782
2.1. La disciplina del Codice. ... 782
2.1.1. Inquadramento generale. ... 782
2.1.2. Le funzioni di regolazione e consultive. ... 785
2.1.3. La vigilanza e i poteri sanzionatori. ... 788
2.1.4. La Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici e la digitalizzazione. ... 790
2.2. Il raffronto con la disciplina previgente. ... 790
3. Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e struttura tecnica di missione. ... 791
3.1. La disciplina del Codice. ... 791

Indice analitico ... 794