

COMPENDIO dei
**CONTRATTI
PUBBLICI**

dopo il **NUOVO CODICE**
(D.Lgs. 31 marzo 2023, n. 36)

a cura di
Roberto **GAROFOLI**

Adele **BERTI SUMAN**
Valerio **BELLO**

Pietro **DE BERARDINIS**
Loretta **PALAZZOLO**

I Edizione
2023


Neldiritto
Editore

SOMMARIO

CAPITOLO I	
L'AUTONOMIA CONTRATTUALE DELLE P.A. E IL NUOVO CODICE: STRUTTURA, NUOVO SISTEMA DELLE FONTI, DISCIPLINA INTERTEMPORALE, PRINCIPALI NOVITÀ, GOVERNANCE	
	3
1. Considerazioni introduttive. Il ruolo del diritto dell'Unione europea nell'evoluzione della disciplina italiana dei contratti pubblici.	3
2. Capacità giuridica di diritto privato della Pubblica amministrazione. Il principio di autonomia contrattuale previsto dall'art. 8 del nuovo Codice.	5
2.1. Assoggettamento alle regole del diritto comune e limiti all'autonomia negoziale della Pubblica amministrazione.	9
2.2. Il recesso dai contratti ex art. 21 <i>sexies</i> , l. n. 241 del 1990.	14
2.3. I contratti atipici: rinvio.	15
2.4. Il partenariato pubblico privato: finanza di progetto, locazione finanziaria, contratto di disponibilità, <i>global service</i> .	16
3. Evoluzione normativa in tema di contratti pubblici.	19
3.1. Il PNRR e la successiva legge 21 giugno 2022, n. 78 " <i>Delega al Governo in materia di contratti pubblici</i> ".	20
4. Il nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36).	22
4.1. La struttura.	22
4.2. La disciplina intertemporale.	22
4.3. Il nuovo sistema delle fonti: da Regolamento e Linee guida ANAC al rilievo degli Allegati al nuovo Codice e della Relazione illustrativa.	23
5. Il riparto di competenze tra Stato e regioni.	28
6. Le principali novità: quadro d'insieme. Cenni e rinvio.	32
6.1. Responsabile unico di progetto.	32
6.2. Commissione giudicatrice.	34
6.3. Digitalizzazione del ciclo dei contratti pubblici.	35
6.4. Qualificazione delle stazioni appaltanti.	36
6.5. Programmazione e progettazione.	37
6.6. Raggruppamenti e subappalto.	38
6.7. Il recepimento delle disposizioni emergenziali.	39
7. Responsabile unico del progetto e conflitto di interessi.	39

8. La nuova <i>Governance</i> .	43
SCHEDA DI SINTESI	46
CAPITOLO II	
I PRINCIPI NEL NUOVO CODICE	
	50
1. Considerazioni introduttive.	50
2. Il principio del risultato.	53
3. Il principio della fiducia.	56
4. Il principio dell'accesso al mercato.	58
5. I principi di buona fede e di tutela dell'affidamento.	60
6. I principi di solidarietà e di sussidiarietà orizzontale.	63
7. Il principio di auto-organizzazione amministrativa.	66
8. Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale.	68
9. I principi di tassatività delle cause di esclusione e di massima partecipazione.	71
10. Il principio di applicazione dei contratti collettivi nazionali di settore.	74
11. I principi per le fasi dell'affidamento e dell'esecuzione.	76
11.1. Concorrenza e suddivisione in lotti.	76
11.2. Il principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti.	78
11.3. I principi di pubblicità, tempestività ed equivalenza.	80
11.4. I principi relativi alla fase dell'esecuzione.	82
11.5. I principi generali relativi all'aggiudicazione e all'esecuzione delle concessioni.	83
SCHEDA DI SINTESI	84
CAPITOLO III	
L'AMBITO OGGETTIVO DI APPLICAZIONE DEL CODICE	
	88
1. Classificazione dei contratti della Pubblica Amministrazione.	88
2. La tradizionale distinzione tra settori ordinari, esclusi e speciali, appalti e concessioni, contratti onerosi e gratuiti: nozioni introduttive.	90
3. Contratti attivi e passivi.	93
4. I contratti esclusi.	94
4.1. I contratti concernenti servizi legali.	95
5. I contratti a titolo gratuito.	97
6. Nozione europea di appalti pubblici. Delimitazione oggettiva e soggettiva. I contratti sopra e sottosoglia.	99
6.1. L'appalto pubblico.	101
6.2. La concessione.	103

6.2.1.	Concessioni e partenariato pubblico-privato.	107
6.2.2.	Concessioni e finanza di progetto.	110
7.	Gli appalti sottosoglia.	114
7.1.	L'affidamento diretto e la procedura negoziata senza bando.	116
7.2.	Il procedimento ed i criteri per l'aggiudicazione.	118
8.	I contratti misti (di appalto e di concessione).	120
9.	I contratti atipici.	123
9.1.	Il contratto di brokeraggio.	123
9.2.	Il contratto di sponsorizzazione.	124
9.3.	Il contratto di tesoreria.	125
9.4.	Il leasing pubblico.	126
SCHEDA DI SINTESI		129
CAPITOLO IV		
L'AMBITO SOGGETTIVO DI APPLICAZIONE DEL CODICE		133
1.	Premessa. La nozione europea "a geometrie variabili" della pubblica amministrazione.	133
2.	L'organismo di diritto pubblico.	136
2.1.	L'influenza pubblica dominante.	137
2.2.	Il requisito teleologico: la preposizione al soddisfacimento di bisogni generali a carattere non industriale o commerciale.	140
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.	141
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.	142
2.3.	La personalità giuridica.	145
2.4.	Organismo di diritto pubblico <i>in parte qua</i> . La teoria del contagio.	147
3.	L'impresa pubblica. Nozione e tratti di distinzione dall'organismo di diritto pubblico.	150
3.1.	Appalti non rientranti nell'ambito di applicazione della disciplina dei settori speciali: la disciplina applicabile e i connessi profili di giurisdizione.	151
4.	I soggetti privati titolari di diritti speciali o esclusivi.	155
5.	I soggetti aggiudicatori.	156
SCHEDA DI SINTESI		157

CAPITOLO V
STAZIONI APPALTANTI, CENTRALI DI COMMITTENZA
E QUALIFICAZIONE **160**

1.	Premessa. Caratteristiche generali delle Stazioni appaltanti e delle centrali di committenza.	160
2.	Evoluzione normativa dell'istituto della centralizzazione delle committenze.	162
2.1.	Le prime due fasi.	163
2.1.1.	La terza e la quarta fase.	165
2.2.	L'interpretazione dell'ANAC sul caso Asmel e l'intervento della Corte di Giustizia europea.	170
3.	Dal (l'inattuato) sistema di qualificazione del codice del 2016 alle previsioni del PNRR.	175
4.	Il nuovo impianto normativo. Aggregazione e qualificazione.	177
4.1.	Il sistema di qualificazione (necessario): livelli ed indicatori.	179
4.1.1.	I (tre) macro-indici.	181
4.2.	(Segue). Il sistema di qualificazione e le corrispondenti attività.	183
4.3.	I soggetti esclusi.	185
5.	Il potere sanzionatorio di ANAC e il nuovo Regolamento sull'esercizio del potere sanzionatorio dell'Autorità in materia di contratti pubblici, ai fini dell'adeguamento alle nuove disposizioni del d. lgs. 31 marzo 2023 n.36 adottato con Delibera 20 giugno 2023, n. 271.	187
SCHEDA DI SINTESI		190

CAPITOLO VI
GLI OPERATORI ECONOMICI **196**

1.	Premessa. I soggetti ammessi a partecipare alle procedure di affidamento.	196
2.	I raggruppamenti e le associazioni temporanee di imprese (RTI e ATI).	198
2.1.	Il superamento della distinzione tra raggruppamento orizzontale e verticale.	199
2.2.	Il rapporto di mandato e la responsabilità solidale dei partecipanti al RTI.	202
2.3.	Modifiche dal lato soggettivo e recesso dall'RTI. Modificazione per addizione, non più solo per riduzione.	203
3.	I consorzi di imprese.	206

4.	I consorzi stabili. Differenze con i consorzi ordinari.	207
4.1.	I consorzi stabili nel Nuovo Codice e il meccanismo di qualificazione “alla rinfusa”.	208
4.2.	(Segue). Requisiti generali e partecipazione (plurima) alla gara.	210
5.	Le reti di impresa.	212
6.	I gruppi europei di interesse economico (GEIE).	214
SCHEDA DI SINTESI		218
CAPITOLO VII		
DIGITALIZZAZIONE, ACCESSO E RISERVATEZZA		221
1.	La digitalizzazione dell'intero ciclo di vita di gestione di un contratto pubblico (artt. 19-34): uno sguardo d'insieme.	221
2.	La legge delega e gli obiettivi in materia di digitalizzazione.	224
3.	I principi fondamentali dettati dall'art. 19 del nuovo Codice in tema di digitalizzazione delle attività.	225
4.	Il ciclo di vita digitale dei contratti pubblici e l'ecosistema nazionale di approvvigionamento digitale (<i>e-procurement</i>).	228
5.	L'interoperabilità delle banche dati come strumento di monitoraggio: la Banca dati nazionale dei contratti pubblici, il Fascicolo virtuale dell'operatore economico, le Piattaforme di approvvigionamento digitale, l'Anagrafe degli operatori economici partecipanti agli appalti.	229
6.	Pubblicità legale degli atti di gara e trasparenza dei contratti pubblici.	232
7.	L'uso di procedure automatizzate nel ciclo di vita dei contratti pubblici.	233
7.1.	Sistemi dinamici di acquisizione, asta elettronica, cataloghi elettronici.	236
8.	Accesso agli atti di gara: le ragioni di una disciplina speciale. Le novità introdotte dal codice dei contratti pubblici del 2023.	238
8.1.	L'ambito applicativo della disciplina in tema di accesso: l'accesso agli atti della fase esecutiva.	239
8.2.	L'esplicito riconoscimento dell'accesso generalizzato e la positivizzazione delle conclusioni di Cons. St., A.P., 2 aprile 2020, n. 10.	240
8.3.	La disciplina del differimento dei termini di ostensibilità (art. 35, commi 2 e 3).	242

8.4.	La disciplina dei limiti e controlimiti all'accesso (artt. 35, commi 4 e 5, e 36, comma 5).	243
8.5.	L'accesso digitale (artt. 35, comma 1, e 36, commi 1, 2 e 3).	245
8.6.	La disciplina processuale (artt. 36, commi 4, 5, 6, 7 e 8).	247
SCHEDA DI SINTESI		248
CAPITOLO VIII		
LA PROGETTAZIONE E L'APPALTO INTEGRATO (ARTT. 41-47)		251
1.	Art. 41: la progettazione, le novità del nuovo Codice.	251
1.1.	Livelli e contenuti della progettazione.	254
1.2.	Verifica preventiva dell'interesse archeologico.	255
1.3.	L'impugnabilità dei livelli di progettazione e i vizi del progetto.	256
2.	Art. 42: verifica della progettazione e validazione.	259
3.	Art. 43: metodi e strumenti di gestione informativa digitale delle costruzioni.	262
4.	Art. 44: appalto integrato.	264
4.1.	Le innovazioni e gli effetti della nuova disciplina: profili problematici.	266
4.2.	Il raffronto con l'istituto previsto dall'art. 48, co. 5, del d.l. n. 77/2021.	269
5.	Art. 45: l'incentivazione delle funzioni tecniche.	270
5.1.	Spunti problematici della nuova disciplina.	272
6.	Art. 46: concorsi di progettazione e concorsi di idee.	274
6.1.	Raffronto con la disciplina previgente e implicazioni applicative.	276
7.	Art. 47: il Consiglio superiore dei lavori pubblici.	277
SCHEDA DI SINTESI		279
CAPITOLO IX		
LE FASI DELLE PROCEDURE DI AFFIDAMENTO		287
1.	La formazione della volontà negoziale della pubblica amministrazione: il procedimento ad evidenza pubblica.	287
2.	La determina a contrarre.	288
3.	Il bando di gara.	290
4.	L'aggiudicazione.	299
5.	Il contratto e la sua stipulazione.	308
SCHEDA DI SINTESI		314

CAPITOLO X		
LE PROCEDURE DI SCELTA DEL CONTRAENTE		318
1.	Le procedure di scelta del contraente e i relativi presupposti nel d.lgs. n. 50 del 2016.	318
2.	Le novità introdotte dal nuovo Codice.	324
2.1.	La procedura aperta.	327
2.2.	La procedura ristretta.	329
2.3.	La procedura competitiva con negoziazione.	330
2.4.	Il dialogo competitivo.	331
2.5.	Il partenariato per l'innovazione.	333
2.6.	La procedura negoziata senza pubblicazione del bando.	334
SCHEDA DI SINTESI		339
CAPITOLO XI		
I REQUISITI DI PARTECIPAZIONE E I CRITERI DI AGGIUDICAZIONE		342
1.	La partecipazione alla procedura di gara: i requisiti di partecipazione.	342
2.	Le cause di esclusione automatica: il rilievo della sentenza di patteggiamento, interdittive, violazioni di obblighi tributari e previdenziali, liquidazione giudiziale e concordato.	343
3.	Le cause di esclusione non automatica e il grave illecito professionale.	346
4.	Esclusione dalla gara per violazione degli obblighi informativi.	348
5.	I requisiti di ordine speciale e il sistema di qualificazione.	350
6.	L'esclusione e la verifica del possesso dei requisiti. Il c.d. <i>self cleaning</i> .	353
7.	Soccorso istruttorio.	355
8.	L'avvalimento.	357
9.	Le garanzie per la partecipazione alle procedure.	363
10.	La selezione delle offerte: i criteri di aggiudicazione.	365
11.	Le offerte anormalmente basse.	370
SCHEDA DI SINTESI		376
CAPITOLO XII		
I SETTORI SPECIALI		381
1.	Premessa: i settori speciali e le novità del nuovo Codice.	381
2.	L'ambito soggettivo di applicazione.	384

3.	L'ambito oggettivo di applicazione: esenzioni dall'applicazione del Codice.	386
4.	Le attività dei settori speciali.	388
5.	Le procedure di scelta del contraente.	391
5.1.	La procedura ristretta e la procedura negoziata.	392
6.	La selezione dei partecipanti e delle offerte: la procedura ordinaria, la procedura basata sul sistema di qualificazione e le cd. procedure regolamentate.	395
6.1.	Offerte di prodotti originari di Paesi terzi e relazioni con Paesi terzi. Relazioni uniche sulle procedure di aggiudicazione degli appalti. Servizi sociali e altri servizi assimilati (artt. 170-173).	397
SCHEDA DI SINTESI		400
CAPITOLO XIII		
L'ESECUZIONE		404
1.	Premessa generale.	404
2.	Requisiti per l'esecuzione dell'appalto.	406
3.	Direzione dei lavori e dell'esecuzione, controllo tecnico-contrabile e amministrativo, collaudo e garanzia di conformità.	408
4.	Le garanzie nella fase di esecuzione.	412
5.	Il subappalto: le novità introdotte dal nuovo Codice in materia di appalti e concessioni.	413
6.	Le modifiche al contratto pubblico in corso di esecuzione.	415
7.	La regola del quinto (d'obbligo).	419
8.	Proroga e rinnovo.	420
9.	La sospensione dell'esecuzione.	422
10.	La risoluzione degli appalti pubblici tra natura pubblicistica e privatistica.	423
10.1.	La risoluzione e il recesso nei contratti di concessione.	426
11.	Il recesso negli appalti pubblici.	429
12.	La revisione dei prezzi.	432
13.	La revisione del contratto di concessione.	437
14.	Anticipazione, modalità e termini di pagamento del corrispettivo, penali e premi di accelerazione.	438
SCHEDA DI SINTESI		439

CAPITOLO XIV		
LE MISURE PRECONTENZIOSE DEFLATTIVE		443
1.	I rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale.	443
2.	L'accordo bonario per i lavori.	446
3.	L'accordo bonario per i servizi e le forniture.	447
4.	La transazione.	448
5.	L'arbitrato.	448
6.	Il collegio consultivo tecnico.	452
7.	I pareri di precontenzioso dell'ANAC.	454
SCHEDA DI SINTESI		457
CAPITOLO XV		
LA TUTELA GIURISDIZIONALE		460
1.	Le principali modifiche introdotte dal nuovo Codice dei contratti pubblici.	460
2.	Il riparto di giurisdizione.	464
3.	Il rito in materia di contratti pubblici.	472
4.	Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto.	480
SCHEDA DI SINTESI		495
INDICE ANALITICO		499