

Roberto GAROFOLI

Giulia FERRARI

I CONTRATTI PUBBLICI

Con online

 **Approfondimenti** avanzati

 **Temi** svolti

 **Giurisprudenza** per esteso

Edizione **2024**


Neldiritto
Editore

Premessa

La preparazione al **Concorso di Magistratura** e ai **Concorsi superiori** impone lo studio approfondito di materie dal perimetro assai esteso, al cui interno sono agevolmente enucleabili **Macrosettori** con una **netta identità contenutistica**, perché connotati da propri principi, regole, linguaggi (si pensi ai Contratti pubblici, al Governo del territorio, alla Giustizia, quanto al Diritto amministrativo).

Per molti è un'opportunità poter disporre, quindi, di **trattazioni settoriali**, tanto più se arricchite da contenuti ulteriori rispetto alla illustrazione Manualistica.

In questa prospettiva, la Collana *L(a)w content book- I Manuali superiori tematici*, oltre ad offrire per ciascuna delle Aree tematiche individuate la trattazione del **corrispondente Manuale superiore Neldiritto Editore**, offre i seguenti **contenuti online**:

- **approfondimenti autorali** avanzati;
- **tracce di tema svolte**;
- passaggi motivazionali delle **sentenze** più importanti **riportate per esteso**.

I **contenuti online** sono segnalati nel **Sommario** dell'Opera (con indicazione, per ciascuno, della pagina del Volume nella quale è trattato l'aspetto cui gli stessi sono riferiti) e, con appositi segni grafici, nei tioletti *a latere* del Volume.

I Volumi della Collana costituiscono, in tal modo, un avanzatissimo strumento di preparazione, idoneo a fornire un'**offerta formativa completa ed organica**.

La Collana **si rivolge**, così, a chi, pur avendo un **approccio di grande serietà** nell'affrontare la prova concorsuale:

- già **dispone di manuali e compendi diversi** e intende **approfondire alcuni ambiti tematici** o, per gli stessi, disporre di una “**campana**” **illustrativa differente**;
- avendo **tempi stringenti** di preparazione non compatibili con quelli di studio del **Manuale superiore Nel Diritto** ritiene per ora di limitarla, in vista del **ravvicinato Concorso in Magistratura**, ad alcuni importanti **Ambiti settoriali**, salvo a completarla per successive tornate selettive.

Indice

I CONTRATTI DELLA P.A.

SEZIONE I • IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI (D.LGS. 31 MARZO 2023, N. 33)

1.	Centralità della disciplina dei contratti pubblici. Il ruolo del diritto dell'Unione.	3
2.	Capacità giuridica di diritto privato della Pubblica amministrazione.	4
3.	Assoggettamento alle regole del diritto comune e limiti all'autonomia negoziale della Pubblica amministrazione.	5
3.1.	Il recesso dai contratti <i>ex art. 21 sexies</i> , l. n. 241 del 1990.	9
4.	Classificazione dei contratti della Pubblica amministrazione.	11
5.	Evoluzione normativa in tema di contratti pubblici.	12
5.1.	Il PNRR e la successiva legge 21 giugno 2022, n. 78 " <i>Delega al Governo in materia di contratti pubblici</i> ".	13
6.	Il nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36).	14
6.1.	La struttura.	14
6.2.	La disciplina intertemporale.	14
6.3.	Il nuovo sistema delle fonti.	15
6.4.	Riparto di competenze tra Stato e Regioni.	16
7.	L'ambito oggettivo di applicazione del nuovo Codice. Appalti e concessioni. Contratti esclusi, gratuiti, attivi.	18
7.1.	Le soglie di rilevanza europea.	22
8.	L'ambito soggettivo di applicazione del nuovo Codice.	24
9.	I contratti tipici: cenni.	25
10.	I contratti atipici.	26
11.	I contratti derivati.	28
12.	I contratti misti.	29

SEZIONE II • I PRINCIPI GENERALI, LA DIGITALIZZAZIONE, L'ACCESSO E LA RISERVATEZZA

13.	Il ruolo e il rilievo applicativo dei principi nel nuovo Codice del 2023.	31
13.1.	Il carattere realmente innovativo e l'attitudine interpretativa dei principi.	32
14.	Il principio del risultato.	33
15.	Il principio della fiducia. La nuova responsabilità erariale nel settore dei contratti pubblici (Cenni). La copertura assicurativa.	34
16.	Il principio dell'accesso al mercato.	35
17.	Il principio di buona fede e tutela dell'affidamento.	35
18.	Il principio di solidarietà e sussidiarietà orizzontale.	36
19.	Il principio di auto-organizzazione amministrativa e di autonomia contrattuale.	37
20.	Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale. Sopravvenienze rilevanti e diritto alla rinegoziazione.	38
21.	Il principio di tassatività delle cause di esclusione e di massima partecipazione.	39
22.	I principi per le fasi dell'affidamento e dell'esecuzione.	39
22.1.	Concorrenza e suddivisione in lotti.	40
22.2.	Il principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti.	40
22.3.	I principi di pubblicità, tempestività ed equivalenza.	42
22.4.	I principi relativi alla fase dell'esecuzione.	43
23.	La digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti. L'uso di algoritmi e intelligenza artificiale.	43
24.	L'accesso agli atti e il principio di riservatezza.	44

24.1.	La disciplina del Codice (artt. 35 e 36).	45
24.1.1.	L'ambito applicativo della disciplina in tema di accesso: l'accesso agli atti della fase esecutiva.	46
24.2.	L'esplicito riconoscimento dell'accesso generalizzato e la positivizzazione delle conclusioni di Cons. St., A. Plen., 2 aprile 2020, n. 10.	46
24.3.	La disciplina del differimento dei termini di ostensibilità (art. 35, co. 2 e 3).	48
24.4.	La disciplina dei limiti e controlimiti all'accesso (artt. 35, co. 4 e 5, e 36, co. 5).	48
24.4.1.	La nozione di segreto e la distribuzione degli oneri probatori.	50
24.5.	L'accesso digitale (artt. 35, co. 1, e 36, co. 1, 2 e 3).	52
24.6.	La disciplina processuale (artt. 36, co. 4, 5, 6, 7 e 8).	53

SEZIONE III ▪ LA FASE PROPEDEUTICA ALLA GARA: PIANIFICAZIONE, PROGRAMMAZIONE E PROGETTAZIONE. IL RESPONSABILE UNICO DI PROGETTO (RUP)

25.	La pianificazione e la programmazione. Il dibattito pubblico.	55
26.	La progettazione e la sua verifica. L'appalto integrato.	56
27.	Il responsabile unico di progetto (RUP).	59
28.	Il conflitto di interesse nella disciplina degli appalti pubblici.	60

SEZIONE IV ▪ L'APPALTO

I - LA FORMAZIONE DELLA VOLONTÀ NEGOZIALE DELLA P.A.: LE FASI DELLE PROCEDURE DI AFFIDAMENTO. I DOCUMENTI DI GARA.

29.	Formazione della volontà negoziale della P.A.: le fasi delle procedure di affidamento, il contratto e la sua stipulazione.	62
30.	La determinazione a contrarre.	63
31.	Il bando di gara: natura giuridica e criteri di interpretazione.	64
31.1.	Immodificabilità del bando di gara, <i>jus superveniens</i> ed integrazione negoziale.	67
31.2.	Rapporti fra il bando di gara e l'aggiudicazione.	69
31.3.	L'impugnazione delle clausole del bando. Impugnabilità immediata e necessità o meno della domanda di partecipazione alla procedura.	69
31.4.	La disapplicabilità del bando.	73
32.	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. Rifiuto o ritardo nell'aggiudicazione della gara: tutela.	75

II. LE PROCEDURE DI SCELTA DEL CONTRAENTE

33.	I sistemi di aggiudicazione.	78
34.	La procedura aperta e la procedura ristretta.	79
35.	La procedura competitiva con negoziazione, il dialogo competitivo e il partenariato per l'innovazione.	80
36.	La procedura negoziata senza pubblicazione del bando.	83
37.	Le procedure di gara informatizzate. Il sistema dinamico di acquisizione, l'asta elettronica, i cataloghi elettronici.	84

III. I REQUISITI DI PARTECIPAZIONE E LA SELEZIONE DELLE OFFERTE

38.	La partecipazione alla procedura di gara: i requisiti di partecipazione.	85
38.1.	Le cause di esclusione automatica: il rilievo della sentenza di patteggiamento, interdittive, violazioni di obblighi tributari e previdenziali, liquidazione giudiziale e concordato.	85
38.2.	Le cause di esclusione non automatica e il grave illecito professionale.	87

38.3.	Esclusione dalla gara per violazione degli obblighi informativi.....	89
38.4.	I requisiti di ordine speciale e il sistema di qualificazione.....	90
38.5.	L'esclusione e la verifica del possesso dei requisiti. Il c.d. <i>self cleaning</i>	92
38.6.	Soccorso istruttorio.....	94
39.	Partecipazione associata alle gare.	96
39.1.	Raggruppamenti temporanei di imprese.	96
39.1.1.	Il superamento della distinzione tra raggruppamento orizzontale e verticale.	96
39.1.2.	Il rapporto di mandato e la responsabilità solidale dei partecipanti al RTI.	98
39.1.3.	Modifiche dal lato soggettivo e recesso dall'RTI. Modificazione per addizione, non più solo per riduzione.....	99
39.2.	Consorzi.....	101
39.3.	Le reti di impresa.....	103
39.4.	L'avvalimento.....	104
40.	Le garanzie per la partecipazione alle procedure.....	109
41.	La selezione delle offerte: i criteri di aggiudicazione.....	110
42.	Le offerte anormalmente basse.....	114

IV - L'AGGIUDICAZIONE E LA STIPULA DEL CONTRATTO. 119

43.	L'aggiudicazione: natura giuridica e rilievo dello <i>jus superveniens</i>	119
43.1.	La proposta di aggiudicazione e i controlli sulla stessa, la rilevanza giuridica dell'approvazione.....	120
43.2.	Annullamento del bando, caducazione automatica dell'aggiudicazione e tutela del terzo aggiudicatario.....	122
44.	Il contratto, la sua forma, i termini di conclusione, le conseguenze della relativa inosservanza e l'approvazione.....	124
45.	L'avvio di esecuzione e lo <i>stand still</i> sostanziale e processuale.....	127

V - L'ESECUZIONE DEL CONTRATTO..... 130

46.	Premessa.....	130
47.	Requisiti per l'esecuzione dell'appalto.	131
48.	Direzione dei lavori e dell'esecuzione. Il RUP e i suoi collaboratori.	132
49.	Il collaudo e la verifica di conformità.	135
50.	Le garanzie.....	136
51.	Il subappalto. Il subappalto a cascata.	137
52.	Le modifiche del contratto in corso di esecuzione. Proroga e rinnovo del contratto in corso di esecuzione.....	139
53.	Vicende particolari in corso di esecuzione: sospensione, risoluzione e il recesso.	143

SEZIONE V • IL PARTENARIATO PUBBLICO-PRIVATO E LE CONCESSIONI

54.	Il partenariato pubblico privato (PPP).	150
55.	Le concessioni.....	152
56.	La finanza di progetto.	155
57.	La locazione finanziaria.....	158
58.	Il contratto di disponibilità.	160
59.	I servizi globali.....	161

SEZIONE VI • LA FASE PATOLOGICA DEL CONTRATTO: GLI STRUMENTI DI RISOLUZIONE STRAGIUDIZIALE DELLE CONTROVERSIE E LA TUTELA GIURISDIZIONALE. LA *GOVERNANCE*.

60.	Premessa: la tutela del contraente nella fase patologica del contratto.	162
-----	--	-----

61.	I rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale: l'accordo bonario per i lavori, la transazione, l'arbitrato, la camera arbitrale presso l'ANAC, il Collegio Consultivo Tecnico e il parere precontenzioso dell'ANAC.	162
62.	La tutela giurisdizionale: il riparto di giurisdizione.	165
62.1.	Giurisdizione e controversie riguardanti la fase dell'esecuzione.	167
62.2.	L'autotutela contrattuale e l'autotutela amministrativa.	168
62.3.	Revisione dei prezzi.	169
63.	Il rito speciale appalti.	171
63.1.	I rapporti tra ricorso principale e ricorso incidentale.	175
64.	La sorte del contratto in caso di annullamento dell'aggiudicazione.	175
64.1.	La disciplina della dichiarazione giudiziale di inefficacia del contratto: violazioni gravi e violazioni residuali.	178
64.2.	Le sanzioni alternative previste nel Codice del processo amministrativo.	182
64.3.	Annullamento in autotutela dell'aggiudicazione e sorte del contratto.	183
64.4.	Revoca in autotutela dell'aggiudicazione anche successivamente alla stipula del contratto.	185
65.	La responsabilità e i profili risarcitori.	186
66.	La <i>governance</i>	186

I contenuti *online*



SEZIONE I – Sentenze per esteso

1.	Cass. civ., Sez. Un., 12 maggio 2008, n. 11656.....	5
2.	Corte cost., 23 novembre 2007, n. 401.....	17
3.	Cons. St., A.P., 7 maggio 2013, n. 13.....	29
4.	Con. St., A.P., nn. 20, 21 del 2020.....	35
5.	Cons. St., A.P., 29 gennaio 2003, n. 1.....	70
6.	Cons. St., A. P., n. 22 del 2020,.....	72
7.	Cons. St., A.P., 27 maggio 2021, nn. 9, 10 e 11.....	87
8.	Cons. St., A.P., 27 marzo 2019, n. 6.....	98
9.	Cons. St., A.P., 26 aprile 2022, n. 7.....	110
10.	Corte cost., 26 luglio 2022, n. 198.....	110
11.	Cons. St., A.P., n. 12 del 2020.....	172



SEZIONE II – Tracce svolte

1.	Principio di legalità ed effetti sul provvedimento amministrativo adottato sulla base di legge dichiarata incostituzionale o in contrasto con il diritto dell'Unione Europea.....	3
2.	Disapplicazione dell'atto amministrativo in contrasto con il diritto UE e interpretazione conforme alle direttive: sorte del giudicato.....	4
3.	Rinnovo e proroga della concessione demaniale marittima: profili problematici.....	11
4.	Buona fede e affidamento nel rapporto amministrativo: esami il candidato natura giuridica, patologica e riparto di giurisdizione.....	35
5.	Annullamento del provvedimento favorevole, lesione dell'affidamento e tutela giurisdizionale.....	35
6.	Attività algoritmica, discrezionalità amministrativa e garanzie procedurali.....	43
7.	La tutela del segreto industriale nelle procedure di gara pubblica tra diritto d'accesso civico generalizzato e diritto alla riservatezza. Rimedi giurisdizionali.....	44
8.	Strumenti di coordinamento tra pubbliche amministrazioni, con particolare riferimento alla conferenza dei servizi. La tutela giurisdizionale del privato in relazione all'atto conclusivo.....	56
9.	L'informazione antimafia nel sistema delle misure di contrasto alla criminalità organizzata.....	86
10.	Automaticità e discrezionalità nell'esclusione del partecipante alle gare pubbliche, con particolare riferimento ai gravi illeciti professionali.....	93
11.	La funzione della garanzia provvisoria nelle procedure di appalto pubblico: ambito soggettivo e temporale di applicazione.....	110
12.	<i>Tempus regit actum</i> e procedimento amministrativo. Portata e validità di un atto amministrativo retroattivo.....	110
13.	Collegamenti tra atti amministrativi: atto preparatorio, atto presupposto, atto consequenziale. Il candidato definisca gli atti elencati e le loro relazioni con il provvedimento. Precisi, inoltre, il modo e le circostanze in cui l'invalidità dell'atto precedente influisce sul successivo e le condizioni per far valere in giudizio le invalidità dei diversi atti.....	124
14.	Provvedimenti autorizzativi e concessori e tutela del terzo.....	155
15.	La revisione prezzi nei contratti pubblici: disciplina legale emergenziale, discrezionalità della stazione appaltante e riparto di giurisdizione.....	171
16.	L'esercizio del potere di riesame e i suoi limiti, con particolare riferimento alle ipotesi di autotutela doverosa.....	184



SEZIONE III – Approfondimenti d'autore

1.	Violazioni del diritto europeo e impugnazioni delle sentenze del Consiglio di Stato	1
2.	Continuità e discontinuità nel nuovo Codice dei contratti pubblici.....	14
3.	Dubbia compatibilità delle clausole relative alla copertura geografica diretta nelle gare per l'affidamento dei servizi di recapito e di gestione della corrispondenza non automatizzata.....	18
4.	La <i>vexata questio</i> delle proroghe delle concessioni demaniali marittime tra giurisprudenza nazionale ed europea.....	19
5.	Annulamento per difetto di motivazione e limiti al riesercizio del potere	
6.	La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione e la violazione dei canoni di correttezza e buona fede.....	35
7.	Novità e ricorrenze sull' <i>in house providing</i>	37
8.	L'inquadramento giuridico della rinegoziazione dei contratti pubblici intervenuta dopo la stipulazione e l'estensione della giurisdizione ordinaria sulle controversie riguardanti la fase esecutiva.....	38
9.	La qualificazione del bando di gara quale atto ad oggetto plurimo (lotti) e le sue implicazioni in ordine ai vincoli di partecipazione e di aggiudicazione.	40
10.	Accesso agli atti di gara che contengono segreti tecnici o commerciali: equilibrio tra accesso difensivo e tutela della riservatezza tecnica	44
11.	Termine di impugnazione della aggiudicazione e accesso agli atti.....	44
12.	Il nuovo appalto integrato: prime applicazioni giurisprudenziali (TAR Lazio, 3 gennaio 2024, n. 134)	59
13.	Il principio di buona fede nel rapporto tra cittadino e amministrazione ha carattere bilaterale, comportando obblighi di condotta anche in capo al privato, e rileva nella valutazione di legittimità del silenzio serbato su istanze <i>contra legem</i>	65
14.	Negli accordi tra privato e pubblica amministrazione, di cui all'art. 11 della legge 7 agosto 1990, n. 241, è legittima la previsione di una clausola penale, che resta interamente assoggettata alla disciplina del codice civile, comprensiva del potere del giudice di ridurre la misura, come stabilito dall'art. 1384 c.c.	68
15.	Procedura ristretta e principio di rotazione (TAR Calabria 31 luglio 2023).....	80
16.	L'informazione antimafia nel sistema delle misure di contrasto alla criminalità organizzata. Presupposto ed effetti processuali dell'ammissione a controllo giudiziario, su domanda dell'impresa destinarla dell'informativa.....	86
17.	L'esclusione del partecipante alle gare pubbliche, con particolare riferimento ai gravi illeciti professionali. Teoria del contagio e rilevanza delle misure di <i>self-cleaning</i> in corso di gara	87
18.	L'esclusione dalle procedure di gara ai sensi dell'art. 80, Co. 5 e 10-bis, d.lgs. 50/2016 ...	88
19.	Le misure di <i>self cleaning</i> nelle gare anche alla luce della giurisprudenza UE.....	93
20.	Sulla necessità o meno di verificare che la regolarità fiscale dell'impresa concorrente persista per tutta la durata della procedura di evidenza pubblica.....	93
21.	L'ambito di applicazione del soccorso istruttorio e processuale, con specifico riferimento alle clausole contenenti obblighi previsti a pena di esclusione dal bando di gara.....	95
22.	Il principio di continuità dei requisiti di partecipazione nei raggruppamenti e nelle imprese in crisi.	101
23.	Il c.d. "Cumulo alla rinfusa"	103
24.	Avvalimento premiale: i requisiti della ausiliaria alla luce del nuovo codice dei contratti pubblici.	105
25.	La funzione della garanzia provvisoria nelle procedure di appalto pubblico: natura giuridica e ambito di applicazione.....	110
26.	La tormentata questione delle gare d'appalto aventi ad oggetti servizi con caratteristiche standardizzate e ad alta intensità di manodopera.....	113
27.	Subappalto necessario, SOA e soccorso istruttorio	138

28.	Sul complesso dei rimedi previsti dall'ordinamento in favore del ricorrente in caso di illegittima aggiudicazione.....	162
29.	Contratto valido e responsabilità precontrattuale	166
30.	Termine d'impaginazione dell'aggiudicazione e accesso agli atti. Appellabilità dell'ordinanza pronunciata su richiesta di accesso documentale ex art. 116, co. 2 c.p.a..	172
31.	Il <i>dies a quo</i> di impugnazione dell'aggiudicazione.	172
32.	I rapporti tra ricorso principale e ricorso incidentale.....	175
33.	Il risarcimento del danno	186
34.	La quantificazione del danno in materia di contratti pubblici.	186