

Concorso

298 MASE

Ministero dell'ambiente e della sicurezza energetica

MANUALE di preparazione

per tutte le prove di

92

Funzionari
scienze economiche

20

Funzionari
economia e
contabilità pubblica

con **software online**

NLD
CONCORSI

Parte III

Normativa in materia di contratti ed appalti pubblici

SOMMARIO

Cap. 1 - I contratti della P.A. Il nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 31 marzo 2023, n. 33): struttura del codice, novità, regime transitorio, governance.

Cap. 2 - Il Codice dei contratti pubblici. Ambito di applicazione, soggetti, principi generali, digitalizzazione e accesso

Cap. 3 - La fase propedeutica alla gara

Cap. 4 - Le procedure di affidamento

Cap. 5 - L'esecuzione del contratto e la (eventuale) fase patologica

Cap. 6 - I principali contratti atipici

Capitolo 1

I contratti della P.A. Il nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 31 marzo 2023, n. 33): struttura del codice, novità, regime transitorio, *governance*

SOMMARIO

1. Premessa. La capacità di diritto privato della pubblica amministrazione.- Le tradizionali classificazioni dei contratti della P.A.- 2. Evoluzione normativa in materia di contratti pubblici. - 2.1. Il PNRR (Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza) e la successiva legge 21 giugno 2022 n. 78 di "delega al Governo" in materia di contratti pubblici. - 3. Il nuovo Codice dei contratti pubblici. Linee generali, innovatività, immediata esecutività e regime transitorio. - 3.1. Il nuovo sistema delle fonti. - 3.2. La disciplina intertemporale. - 4. Libri I e II. Ambito di applicazione e norme definitorie. - 5. Libri III e IV. I settori speciali, il partenariato pubblico-privato e le concessioni. - 6. Libro V. Il contenzioso, gli strumenti alternativi alla tutela giurisdizionale e la nuova *Governance*. - 6.1. La Cabina di regia. - 6.2. L'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) - 6.3. Il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti.

1. Premessa. La capacità di diritto privato della pubblica amministrazione. Le tradizionali classificazioni dei contratti della P.A.

La pubblica amministrazione, nel perseguire gli interessi pubblici alla stessa affidati, può utilizzare moduli differenti, ossia può procedere attraverso:

- provvedimenti amministrativi;
- moduli consensuali di esercizio del potere (accordi ex art. 11 l. n. 241 del 1990);
- contratti.

Quando agisce in posizione di supremazia, l'Amministrazione esercita il proprio potere pubblico attraverso l'emanazione di un provvedimento amministrativo, a carattere unilaterale e destinato a produrre effetti nei confronti del destinatario anche in assenza (o contro) la sua volontà; diversamente, quando spende la propria capacità di diritto privato stipulando un contratto, essa si spoglia di detta posizione di supremazia per assumerne una di **parità rispetto al privato contraente**. Detto principio della **piena capacità di diritto privato della pubblica amministrazione**, consacrato all'art. 1, co. 1-bis, l. n. 241 del 1990, a mente del quale "*la Pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme del diritto privato, salvo che la legge disponga diversamente*", trova, tuttavia, un limite rappresentato dal vincolo di "**funzionalizzazione**" che caratterizza entrambe le forme dell'agire amministrativo, esclusivamente volto al perseguimento dell'interesse pubblico sotteso.

Diverse le tradizionali classificazioni in uso dei contratti pubblici.

Una prima distingue tra **contratti attivi** e **contratti passivi**, a seconda che comportino rispettivamente un'entrata ovvero una spesa per l'amministrazione contraente.

Si distingue, inoltre, tra:

- **contratti ordinari** o di diritto comune (ad esempio compravendita, locazione, assicurazione ecc.), tramite i quali l'amministrazione agisce *iure privatorum* per il perseguimento dell'interesse pubblico cui è preposta;
- **contratti di diritto speciale**, caratterizzati per la peculiarità del settore cui si riferiscono (si pensi, ad esempio, ai contratti di trasporto ferroviario), assoggettati ad una legislazione speciale integrativa delle norme di diritto comune;
- **contratti di diritto pubblico** o a oggetto pubblico, nei quali la pubblica

amministrazione, pur assumendo la qualità di contraente, mantiene una posizione di supremazia rispetto alla controparte e ciò si riverbera sulla disciplina interna dei contratti medesimi, condizionati dalla mancanza di parità fra i contraenti, da una sostanziale commistione tra attività provvedimentale (a monte) e attività privatistica e dal tendenziale assolvimento, da parte del contratto stipulato, dell'interesse pubblico perseguito con esso.

2. Evoluzione normativa in materia di contratti pubblici

Prima del recente Codice dei contratti pubblici approvato con **d. lgs. 31 marzo 2023, n. 36**, tale ultima categoria di contratti, per la intuitiva importanza che essi rivestono, è stata oggetto di particolari attenzioni da parte del legislatore, sia nazionale che europeo e numerosi e variegati sono stati gli interventi normativi che si sono succeduti negli anni, i quali hanno trovato un primo coordinamento a partire dal **d.lgs. 12.04.2006, n. 163**, recante il **Codice dei contratti pubblici**, con il relativo **Regolamento di attuazione** di cui al **D.P.R. 05.10.2010, n. 207**.

A seguito dell'intervento del legislatore europeo, con la **L. 28.01.2016, n. 11** è stata conferita al Governo la delega a recepire le Direttive n. 2014/23/UE, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, n. 2014/24/UE sugli appalti pubblici e n. 2014/25/UE sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e servizi postali e, in attuazione della detta delega, è stato approvato il **d.lgs. 18.04.2016, n. 50**, recante il **nuovo Codice dei contratti pubblici**, con il dichiarato fine di procedere ad un riordino sistematico della materia contrattualistica. Detto codice si componeva di **220 articoli**, suddivisi in sei Parti (a sua volta frazionate in Titoli):

- la **Parte I (artt. 1-34)** indicava l'ambito di applicazione, i principi e le disposizioni comuni, afferenti la fase preliminare di una procedura, la fase di programmazione, pianificazione e progettazione di un appalto e le modalità di affidamento, e ancora i principi comuni applicabili a tutti i tipi di affidamento, al RUP, alle fasi della procedura e ai controlli sugli atti;
- la **Parte II (artt. 35-163)** conteneva la disciplina dei contratti di appalto per lavori, servizi e forniture;
- la **Parte III (artt. 164-178)** era, invece, integralmente dedicata ai contratti di concessione;
- la **Parte IV (artt. 179-199)** riguardava le figure del partenariato pubblico privato e del contraente generale (inclusa la disciplina dell'*in house*);
- la **Parte V (artt. 200-203)** conteneva disposizioni sulla gestione, pianificazione e programmazione relativi a infrastrutture e insediamenti prioritari per lo sviluppo del Paese;
- la **Parte VI (artt. 204-220)**, infine, racchiudeva le norme finali e transitorie, comprensive di quelle sul contenzioso – rispetto al quale era ribadita la giurisdizione del G.A., con espresso rinvio alle norme del processo amministrativo – di quelle relative alla disciplina dei rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale (come l'accordo bonario, l'arbitrato e i pareri ANAC in fase precontenziosa) e dei poteri e competenze dell'ANAC, del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, del Consiglio Superiore dei Lavori pubblici e della Cabina di regia. Seguivano le norme finali e gli allegati.

Il nuovo codice, già l'anno successivo alla sua emanazione, è stato oggetto di numerose modifiche ad opera:

- del **d.lgs. n. 56/2017, n. 56** (cosiddetto **decreto correttivo al Codice**);
- del **d.l. n. 32/2019** (cosiddetto **decreto sblocca cantieri**), convertito in **l. n. 55/2019, n. 55**, che ha disposto una sospensione in via sperimentale dell'efficacia fino al 31.12.2020 (successivamente prorogato al 31.12.2021 con il **d.l. n. 76/2020** (cosiddetto **decreto semplificazioni 2020**), convertito in **l. n. 120/2020**);

- del **d.l. n. 76/2020**, che ha introdotto ulteriori misure di incentivo per gli investimenti e numerose ulteriori disposizioni volte alla semplificazione ed allo snellimento delle procedure di gara, alla tutela della trasparenza ed alla lotta alla corruzione.

► **2.1. Il PNRR (Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza) e la successiva legge 21 giugno 2022, n. 78 di "Delega al Governo in materia di contratti pubblici".**

Nel giugno 2021 è stato approvato dalla Commissione Europea il **Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza** (PNRR), contenente il programma con cui il Governo italiano ha stabilito di gestire i fondi pervenuti attraverso lo strumento della **Next generation Eu** per contenere e risanare le perdite causate dalla pandemia e rilanciare l'economia.

Detto piano ha una struttura articolata in sei missioni, organizzate in componenti, ognuna delle quali comprende una serie di misure relative a **riforme normative** (che spaziano dalla transizione ecologica e digitale, alla sanità, alla scuola, ai trasporti, alla giustizia, alla semplificazione e concorrenza) o a **investimenti economici**, da sviluppare e condurre a termine entro scadenze predeterminate, nell'arco temporale dal 2021 al 2026. Tra le riforme normative di maggior rilievo rientra certamente quella relativa alla **"Semplificazione in materia di contratti pubblici"**, considerata obiettivo essenziale per l'efficiente realizzazione di infrastrutture e per il rilancio dell'attività edilizia, semplificazione, peraltro, che deve considerarsi estesa non solo la fase di affidamento, ma anche a quelle di pianificazione, programmazione e progettazione.

Con **l. n. 78/2022** è stata approvata la **"Delega al Governo in materia di contratti pubblici"**, in forza della quale il Governo è stato delegato ad adottare, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della medesima legge, *"(...) uno o più decreti legislativi recanti la disciplina dei contratti pubblici, anche al fine di adeguarla al diritto europeo e ai principi espressi dalla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori, interne e sovranazionali, e di razionalizzare, riordinare e semplificare la disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, nonché al fine di evitare l'avvio di procedure di infrazione da parte della Commissione europea e di giungere alla risoluzione delle procedure avviate"*. A tal fine sono stati indicati ben **31 criteri direttivi**, tra i quali, a titolo esemplificativo:

- **il divieto di gold plating** attraverso la garanzia di una *"stretta aderenza alle direttive europee, mediante l'introduzione o il mantenimento di livelli di regolazione corrispondenti a quelli minimi richiesti dalle direttive stesse"*;
- **la revisione delle competenze dell'Autorità nazionale anticorruzione**, al fine di **rafforzarne le funzioni di vigilanza** sul settore e di supporto alle stazioni appaltanti;
- **la ridefinizione e razionalizzazione della disciplina dei sistemi di qualificazione** delle stazioni appaltanti e degli operatori economici, al fine di conseguire la loro riduzione numerica, nonché l'accorpamento e la riorganizzazione delle stesse;
- l'individuazione di **criteri premiali** per l'aggregazione di impresa, diretti a favorire la partecipazione da parte delle micro e piccole imprese;
- **la suddivisione degli appalti in lotti** sulla base di criteri qualitativi o quantitativi, con obbligo di motivare la decisione di non procedere a detta suddivisione e con divieto di accorpamento artificioso dei lotti;
- **la semplificazione della disciplina applicabile ai contratti sottosoglia**, nel rispetto dei principi di pubblicità, trasparenza, concorrenzialità, rotazione, non discriminazione e proporzionalità;
- la semplificazione delle procedure finalizzate alla realizzazione di investimenti in tecnologie verdi e digitali, in innovazione e ricerca;
- **la riduzione e certezza dei tempi relativi alle procedure di gara**, alla stipula dei contratti, anche attraverso contratti-tipo predisposti dall'ANAC, e all'esecuzione degli appalti ovvero attraverso la digitalizzazione e l'informatizzazione delle procedure;
- **la razionalizzazione e semplificazione delle cause di esclusione**, al fine di rendere le regole di partecipazione chiare e certe;
- l'individuazione delle ipotesi in cui le stazioni appaltanti possono ricorrere ad **automatismi nella valutazione delle offerte** e la tipizzazione dei casi in cui si potrà ricorrere al solo criterio del prezzo o del costo;