

Presentazione



Il nuovo Codice dei contratti pubblici può costituire una svolta storica nel processo di ammodernamento del sistema economico e giuridico del nostro Paese, come ben evidenziato nel capitolo introduttivo di questo volume.

Dopo anni di molteplici interventi legislativi, non sempre ben coordinati e caratterizzati dalla continua ricerca di normare il dettaglio, consumando in via legislativa gran parte di quella discrezionalità che le direttive europee riconoscevano invece alle stazioni appaltanti, il nuovo Codice persegue l'obiettivo di disegnare un quadro di regole chiaro e stabile, aderente ai principi portanti del diritto eurounitario e proiettato verso la realizzazione di politiche di rilancio produttivo del Paese, stimolando la crescita delle imprese e l'efficienza delle stazioni appaltanti, chiamate a esercitare i nuovi spazi di discrezionalità ora riconosciuti anche sulla base dei principi generali contenuti nel Codice.

L'adozione di un nuovo codice dei contratti pubblici, la sua acquisizione di efficacia il 1° luglio, sarà accompagnata, prevedibilmente e comprensibilmente, dalla pubblicazione di numerosi commentari, trattati, volumi dedicati all'analisi dei suoi articoli o comunque delle sue parti, ad esaminarne i contenuti da prospettive diverse, a cominciare dall'alternativa continuità/discontinuità.

Consapevoli di questo scenario, futuro ma oramai prossimo, abbiamo preferito offrire al lettore, che del nuovo Codice voglia farsi un'idea ma magari voglia anche ricostruirne le origini e i percorsi evolutivi, una serie di argomenti selezionati, tra i più rilevanti, sui quali condurre un esame approfondito e ragionato. Non proprio un'Enciclopedia dei contratti pubblici, che potrebbe sembrare un'idea troppo ambiziosa, ma un dizionario dei contratti pubblici costruito sulla base degli istituti e dei temi maggiormente toccati dal codice in quanto, prima ancora, più di altri, variamente discussi lungo il cammino della delega e nel corso dei lavori preparatori. Gli esempi, del passato, di dizionari di diritto amministrativo o di diritto pubblico certamente non mancano, legati a nomi autorevoli di maestri di queste discipline. Il fatto che si tratti di una parte speciale (e posta ai confini) del diritto amministrativo, dove il momento

applicativo è quanto mai rilevante, ci è sembrato autorizzasse anche noi a ripercorrere quegli esempi del passato, senza incorrere nel rischio di apparire presuntuosi.

Così noi curatori di questo volume (*forti di una intesa maturata sul campo ... di gioco della nazionale di calcio dei giudici amministrativi, di cui tutti facciamo parte!*) abbiamo raccolto l'invito della casa editrice nell'ambito della nuova collana *Le chiavi - saperi e soluzioni*, che ha lo scopo di coniugare la chiarezza e l'immediatezza dei contenuti, che diventano un vero e proprio strumento e supporto nell'attività del professionista del mondo giuridico e l'autorevolezza e l'approfondimento degli argomenti per innestare il confronto sui temi affrontati.

L'entrata in vigore di un Codice del tutto nuovo ha reso necessario un lavoro di inquadramento sistematico dei vari istituti e di richiamo della giurisprudenza formata sul precedente codice, ove ancora pertinente o anche al fine di evidenziare le differenze con il nuovo quadro normativo.

Il volume che abbiamo curato si giova dei contributi di autori di diversa estrazione, taluni sono magistrati, altri professori o comunque docenti universitari, di materie giuridiche come anche economiche, ripercorrendo quella variegata composizione della Commissione istituita presso il Consiglio di Stato, che ha consentito di seguire un metodo di redazione normativa rigorosamente multidisciplinare. Questa varietà di provenienze, e di esperienze, confidiamo che possa avere arricchito il lavoro di riflessione e di scrittura, e possa giovare al lettore più attento e curioso di conoscere le linee di fondo della materia.

La selezione degli argomenti, senza la pretesa di affrontare tutto il codice, dovrebbe infatti consentire di cogliere le linee di fondo della materia, al tempo stesso permettendo di scavare in profondità e di ricostruire i diversi temi, in particolare nella loro, spesso, mutevole e controversa applicazione giurisprudenziale, fornendo una chiave di lettura dell'intero Codice attraverso l'approfondimento degli istituti più importanti.

L'auspicio è che il volume possa essere di ausilio non ad una sola tipologia ma ad una pluralità di lettori e accompagnare così quel processo di ammodernamento di cui il sistema economico e giuridico del nostro Paese ha bisogno per uscire dai recenti periodi di crisi.

Roma, luglio 2023

*Roberto Chieppa
Maurizio Santise
Hadrian Simonetti
Raffaele Tuccillo*

Indice

Presentazione	VII
Informazioni sugli autori	XIX

Introduzione

di *Marco Lipari*

1. Il nuovo Codice dei contratti pubblici: dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza alla semplificazione normativa e procedimentale	1
2. I principi della delega e la loro attuazione	2
3. Il procedimento tecnico di formazione del Codice: la Commissione Speciale integrata presso il Consiglio di Stato e la chiarezza sistematica del testo normativo.....	6
4. La maggiore discrezionalità delle stazioni appaltanti, l'accelerazione delle procedure e la digitalizzazione	8
5. L'accelerazione delle procedure e la tutela degli interessi pubblici	9
6. La struttura formale del Codice: il ridimensionamento delle “definizioni”, il nuovo ruolo dei “principi” generali e degli “allegati”	10
7. La suddivisione del Codice in 5 libri e la migliore leggibilità complessiva dell'articolato.....	12
8. L'efficacia delle nuove norme e la disciplina transitoria	12
9. Alcune delle novità di contenuto più significative.....	13
10. Le novità riguardanti la tutela giurisdizionale e i problemi aperti	16
11. Le prospettive.....	17

PARTE I. Le novità di carattere sistematico e la struttura del nuovo codice dei contratti pubblici

CAPITOLO I

Il valore dei principi generali

di *Roberto Chieppa*

1. I principi generali nei Codici.....	3
2. I principi generali nel nuovo Codice dei contratti pubblici.....	4

3. Il principio del risultato.....	7
4. Il principio della fiducia	10
5. I principi di concorrenza, di accesso al mercato e di massima partecipazione.....	13
6. I principi di buona fede e di tutela dell'affidamento	15
6.1. Buona fede e responsabilità precontrattuale	16
6.2. Tutela dell'affidamento e danni da provvedimenti illegittimi favorevoli.....	17
6.3. Il danno derivante da condotte illecite dell'aggiudicatario o da atti amministrativi posti in essere in esecuzione di pronunce del giudice poi riformate e le azioni di rivalsa e restituzione	20
7. Il principio di solidarietà e sussidiarietà orizzontale.....	22
8. Gli altri principi.....	24

CAPITOLO II

Natura giuridica degli allegati al codice e della relazione.

Procedure di modifica o sostituzione

di *Gabriele Carlotti*

1. Inquadramento sistematico	29
2. Gli allegati delle direttive europee e del D.Lgs. n. 50 del 2016.....	31
3. Gli allegati nello schema elaborato dal Consiglio di Stato e nel Codice.....	32
4. Fenomenologia, funzioni e natura giuridica degli allegati	35
5. Procedure di modifica e di sostituzione degli allegati.....	48
6. Il ruolo della Cabina di regia	56
7. La clausola di invarianza finanziaria.....	56
8. La natura giuridica e la funzione della relazione illustrativa nello schema di codice	57

CAPITOLO III

Il contributo dell'analisi economica nei contratti pubblici

di *Francesco Decarolis*

1. Introduzione	59
2. La scelta dello strumento di acquisto	63
2.1 Considerazioni economiche sul partenariato pubblico-privato.....	63
2.2 Considerazioni economiche sull'appalto integrato	67
3. Elementi caratterizzanti dell'individuazione del contraente privato.....	69
3.1 Il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa	69
3.2 Il criterio del prezzo più basso	73
4. Elementi economici del <i>Green Public Procurement</i>	79
5. Conclusioni	84

CAPITOLO IV

Novità in materia di digitalizzazione dei contratti pubblici**SEZIONE I. La digitalizzazione dei contratti pubblici: un'opportunità di efficienza e di cambiamento**di *Anna Corrado*

1. Introduzione	85
1.1 I principi in tema di digitalizzazione.....	87
2. Ecosistema nazionale di <i>e-procurement</i>	88
2.1 Le attività “digitali” riferite al ciclo di vita dei contratti pubblici.....	89
3. La Banca dati nazionale dei contratti pubblici	91
3.1 La Piattaforma digitale nazionale dati.....	92
4. Il Fascicolo virtuale dell'operatore economico (FVOE)	93
4.1 I requisiti che si possono verificare	95
5. Le piattaforme interoperabili	96
5.1 La ripartizione del rischio in caso di malfunzionamento delle piattaforme digitali	99
5.2 Le regole tecniche AGID e la valorizzazione del principio di interoperabilità	101
6. Il nuovo regime di pubblicità legale.....	101
6.1. La pubblicità legale e la piattaforma di ANAC	102
7. La trasparenza in materia di contratti pubblici	104
7.1. Gli adempimenti di trasparenza in modalità digitale	106
8. Utilizzo di procedure automatizzate e nuove tecnologie	107
9. Il nuovo accesso documentale e la tutela della riservatezza delle offerte.....	109
10. Considerazioni conclusive	113

SEZIONE II. Metodi e strumenti di gestione informativa digitale delle costruzioni: il *building information modeling*di *Raffaele Picaro*

11. Inquadramento normativo.....	114
12. L'impatto della nuova disciplina del BIM.....	118
13. L'ambiente di condivisione dei dati (ACDat).....	124
14. Il procedimento di formazione del contratto	127
14.1. Il capitolato informativo	127
14.2. L'offerta di gestione informativa.....	129
14.3. Il piano di gestione informativa.....	129
15. La gestione del ciclo di vita del contratto pubblico nella prospettiva della modellazione informativa	131

PARTE II. Progettazione e affidamento degli appalti pubblici

CAPITOLO V

Appalto integrato

di *Stefano Fantini*

1. L'appalto pubblico di lavori	139
2. L'appalto misto	140
3. L'affidamento dell'incarico di progettazione e il concorso di progettazione.....	142
4. L'appalto integrato: nozione e ambito di applicazione.....	143
4.1. Natura e regime giuridico.....	144

CAPITOLO VI

Procedure sotto-soglia

di *Riccardo Giani*

1. Le norme europee, le soglie e i contratti di interesse transfrontaliero certo.....	147
2. Il sistema disciplinare del sotto-soglia.....	149
2.1. Norme dedicate e norme extravaganti	149
2.2. L'applicabilità delle norme del sopra-soglia.....	152
2.3. Il richiamo dei principi del Codice.....	153
3. Le procedure sotto-soglia.....	155
3.1. Il possibile e/o doveroso ricorso alle stesse	155
3.2. Le procedure previste e loro natura.....	158
3.2.1. Premessa.....	158
3.2.2. Affidamento diretto	159
3.2.3. La procedura negoziata senza bando.....	162
3.3. Le soglie di valore dell'art. 50	164
4. Il principio di rotazione degli affidamenti	166
5. Svolgimento delle procedure	169
5.1. Affidamento diretto	169
5.2. La procedura negoziata senza bando	171
5.2.1. Indagini di mercato ed elenchi di operatori economici	171
5.2.2. Inviti alla procedura e sorteggio.....	172
5.2.3. Confronto competitivo tra invitati.....	174
5.2.4. Stipula contrattuale	176

CAPITOLO VII

Aggregazioni e nuovo sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti

di *Alessio Laconi*

1. Introduzione	177
2. Aggregazione e centralizzazione delle committenze.....	180
2.1. Procedure ad affidamento diretto ed autonomo.....	180

2.2. Competenze per lo svolgimento delle procedure oltre le soglie dell'art. 62, comma 1.....	181
2.2.1. Le competenze delle stazioni appaltanti qualificate.....	181
2.2.2. Le competenze delle stazioni appaltanti non qualificate.....	183
2.2.3. Le competenze delle centrali di committenza	183
2.3. Procedura di aggregazione e centralizzazione della committenza	186
2.3.1. Individuazione della centrale di committenza	186
2.3.2. Formalizzazione dell'accordo per ricorrere alla centrale di committenza.....	188
2.3.3. Attività di committenza ausiliaria e appalto congiunto	189
2.3.4. Divisione di responsabilità in caso di ricorso alle centrali di committenza.....	190
3. Il nuovo sistema di qualificazione.....	191
3.1. Ambito d'applicazione e finalità del sistema di qualificazione.....	192
3.2. Requisiti per la qualificazione	193
3.2.1. Requisiti per la qualificazione relativa alla progettazione ed affidamento per le stazioni appaltanti	194
3.2.2. Requisiti per la qualificazione relativa all'affidamento per le centrali di committenza.....	196
3.2.3. Requisiti per l'esecuzione dei contratti	196
3.2.4. Qualificazione con riserva e regime transitorio	197
3.3. Procedura per l'iscrizione al registro dei soggetti qualificati e revisione della qualificazione.....	198

CAPITOLO VIII

Operatori economici

di *Giovanni Martini*

1. Premessa.....	201
2. Le modifiche alla nozione di operatore economico introdotte nel passaggio dal vecchio al nuovo Codice.....	202
3. Le tipologie di operatori economici.....	203
4. I raggruppamenti temporanei di imprese.....	203
4.1. RTI e crisi d'impresa.....	205
4.2. Modificazioni al RTI.....	207
5. I consorzi.....	210

CAPITOLO IX

Cause di esclusione e soccorso istruttorio

di *Maurizio Santise*

1. Inquadramento sistematico	215
2. Il principio di tassatività delle cause di esclusione.....	216
3. Il principio di integrazione dei bandi di gara.....	219

4. Le cause di esclusione automatiche.....	221
5. Le cause di esclusione non automatiche	225
6. Disciplina dell'esclusione e <i>self-cleaning</i>	226
7. La nullità delle clausole di esclusione “atipiche”	228
8. Il potere di soccorso istruttorio	229
8.1 Il soccorso istruttorio nella legge sul procedimento amministrativo	229
8.2 Il soccorso istruttorio nei contratti pubblici	231
8.3 Il soccorso istruttorio nel D.Lgs. n. 163/2006	231
8.4. L'adunanza plenaria n. 9 del 2014	233
9. L'introduzione del comma 1- <i>ter</i> nell'art. 46 D.Lgs. n. 163/2006 e la procedimentalizzazione del soccorso istruttorio	235
10. Il soccorso istruttorio previsto dall'art. 83 comma 9 D.Lgs. n. 50/2016.....	236
11. L'art. 101 D.Lgs. n. 36/2023	238
12e in caso di errore materiale dell'offerta	242

CAPITOLO X

Criteria di selezione del contraente e aggiudicazione

di *Ida Raiola*

1. La disciplina delle procedure di scelta del contraente nel nuovo Codice dei contratti pubblici.....	245
2. I presupposti delle singole procedure di scelta del contraente.....	247
2.1. Le procedure di scelta del contraente nei contratti sotto-soglia e nei settori speciali... 248	
3. La procedura aperta	250
4. La procedura ristretta	251
5. La procedura competitiva con negoziazione.....	252
6. Il dialogo competitivo.....	254
7. Il partenariato per l'innovazione.....	256
8. Procedura negoziata senza pubblicazione di un bando	259
9. L'aggiudicazione.....	264
9.1. I criteri di aggiudicazione	265
10. Le offerte anormalmente basse.....	269

PARTE III. Settori speciali, *in house* e partenariato pubblico-privato

CAPITOLO XI

I settori speciali

di *Fabio Cintioli*

1. Introduzione	273
2. Il nuovo libro dei settori speciali e la questione della sua autosufficienza.....	274
3. La questione degli appalti strumentali	277

4. La <i>ratio</i> degli obblighi di gara imposti a imprese pubbliche e privati titolari di diritti speciali e di esclusiva.....	279
5. Lo stato della giurisprudenza e la strumentalità funzionale.....	281
6. La facoltà di auto-organizzazione delle imprese pubbliche e privati titolari di diritti speciali e di esclusiva.....	283
7. L'attrazione nel libro delle norme di recepimento della direttiva 2014/25/UE	285
8. Procedure semplificate, procedura negoziata senza bando ed esigenze dei settori speciali	286
9. Procedura regolamentata (albi di qualificazione e cause di esclusione) e procedura "ordinaria"	290

CAPITOLO XII

Il partenariato pubblico-privato

di *Alessandro Botto e Simone Castrovinci Zenna*

1. Inquadramento sistematico	291
2. La decisione Eurostat e la disciplina europea	295
3. La disciplina nazionale previgente	298
4. La disciplina codicistica: la definizione normativa.....	299
5. Le forme di PPP: tra tipicità e atipicità.....	301
6. La disciplina del PPP contrattuale	305
7. Il PPP di tipo istituzionale: cenni.....	308

CAPITOLO XIII

Affidamenti *in house*

di *Hadrian Simonetti*

1. Premesse introduttive	313
2. Gli affidamenti <i>in house</i> dalla sentenza Teckal alle direttive del 2014.....	313
3. <i>l'in house</i> nel Testo unico in materia di società pubbliche	317
4. Il modello dell' <i>in house</i> nella legislazione più recente	320
5. Il nuovo codice dei contratti: l'art. 7	322
5.1. La giustiziabilità delle scelte di affidamento <i>in house</i>	324
5.2. Sull'affidamento <i>in house</i> delle concessioni.....	326
6. La fase dell'esecuzione degli affidamenti <i>in house</i>	326

CAPITOLO XIV

Finanza di progetto

di *Marco Bevilacqua*

1. Ricostruzione del contesto normativo.....	329
2. Aspetti controversi di una nozione bicefala.....	332
3. Gli elementi strutturali della procedura.....	334
4. <i>Segue</i> . Le novità recate dal recente Codice dei contratti pubblici.....	338

5. Profili soggettivi della finanza di progetto	343
5.1. Il soggetto promotore come rappresentante dello Stato “interventore”	344
5.2. La società di scopo e i <i>project bonds</i>	345
6. La finanza di progetto come strumento di <i>policy</i>	347
7. <i>Segue</i> . Il progetto di finanziamento in <i>deficit spending</i> e il contenimento del debito pubblico	350

PARTE IV. L'esecuzione dei contratti pubblici e le novità in tema di contenzioso e ADR

CAPITOLO XV

Rinegoziazione, modifiche contrattuali e revisione prezzi

di *Rosa Anna Capozzi*

1. Rinegoziazione, modifiche contrattuali e revisione prezzi: differenze tra contrattualistica privata e pubblica	355
2. La rinegoziazione: inquadramento generale	361
2.1. La rinegoziazione dei contratti di appalto e di concessioni pubbliche	368
2.2. La rinegoziazione nel nuovo Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'art. 1 della legge delega n. 78/2022.....	372
3. Le modifiche contrattuali.....	377
3.1. Le modifiche unilaterali	378
3.2. Le modifiche soggettive.....	382
4. La revisione dei prezzi	384

CAPITOLO XVI

Subappalto

di *Marco Martone*

1. Premessa: il subappalto pubblico nel nuovo Codice, tra esigenze di difesa dalle infiltrazioni criminali e tutela della concorrenza.....	391
1.1. Il contratto di subappalto nel codice civile: elementi essenziali	392
2. La disciplina del subappalto nell'art. 119: profili generali e ambiti di applicazione.....	393
2.1. Il principio dell'esecuzione diretta dell'affidatario e la deroga del subappalto.....	394
2.2. Elementi strutturali del subappalto	395
2.3. Il superamento del limite quantitativo della quota subappaltabile, divieto di subappalto integrale e c.d. subappalto a cascata	397
2.4. Condizioni per il ricorso al subappalto.....	400
2.5. Obblighi di comunicazione a carico dell'impresa affidataria e sostituzione del subappaltatore	403
2.6. Regimi di responsabilità.....	404

2.6.1. Responsabilità solidale dell'aggiudicataria e della subappaltatrice per l'esecuzione del contratto.....	404
2.6.2. Responsabilità solidale della aggiudicataria e della subappaltatrice per i crediti retributivi e contributivi.....	405
2.6.3. Responsabilità diretta della stazione appaltante verso la subappaltatrice e le micro-imprese.....	407
2.7. Misure a tutela del lavoro.....	407
3. Profili problematici in materia di subappalto.....	410
3.1. Il c.d. subappalto qualificatorio o necessario.....	410
3.2. Applicabilità del soccorso istruttorio alla dichiarazione di subappalto.....	412
3.3. Riparto di giurisdizione in materia di subappalto.....	413

CAPITOLO XVII

Collegio consultivo tecnico

di *Raffaele Tuccillo*

1. Inquadramento sistematico.....	415
2. Il collegio consultivo tecnico e i sistemi di <i>dispute avoidance</i> . La finalità e le origini dell'istituto.....	416
3. La normativa interna sul collegio consultivo tecnico dal Codice del 2016 al Codice del 2023.....	418
4. L'ambito di applicazione: il CCT obbligatorio e il CCT facoltativo.....	419
5. La nomina e i requisiti dei componenti del collegio consultivo tecnico.....	420
6. I poteri e gli atti del collegio consultivo tecnico.....	423
7. <i>Segue</i> . I pareri obbligatori.....	423
8. <i>Segue</i> . Le determinazioni e i pareri facoltativi.....	424
9. La natura del CCT e il suo rapporto con gli altri rimedi per la risoluzione delle controversie.....	427
10. Oneri di funzionamento del CCT.....	428
11. Osservatorio CCT presso il Consiglio superiore dei lavori pubblici.....	428
12. Disciplina di carattere transitorio.....	429

CAPITOLO XVIII

Il processo amministrativo in materia di contratti pubblici

di *Luca Golisano*

1. Premesse introduttive.....	431
2. <i>Ratio</i> e caratteristiche del rito appalti.....	432
3. Il recepimento della giurisprudenza sulla responsabilità in materia di appalti.....	435
3.1. La responsabilità precontrattuale dell'amministrazione.....	435
3.2. La corresponsabilità degli operatori economici per illegittima aggiudicazione.....	438
4. Il rafforzamento dell'effettività della tutela giurisdizionale.....	440
4.1. La conoscibilità degli atti ai fini della loro impugnazione.....	441
4.2. Contributo unificato e motivi aggiunti.....	443

4.3. Il rigetto del ricorso avverso il parere dell'ANAC.....	444
5. I puntuali adeguamenti processuali al nuovo Codice	445
5.1. Il riferimento al CIG negli atti processuali	445
5.2. La riforma del rito di accesso agli atti di gara	446
5.3. Le ulteriori modifiche al c.p.a. e la semplificazione della relativa normativa	447
6. Il nuovo codice e il “rito PNRR”	449
7. Il riparto di giurisdizione, il convitato di pietra.....	452
Indice analitico.....	457