

# CAPITOLO 1

## LA LEGISLAZIONE IN MATERIA DI CONTRATTI PUBBLICI

■ **SOMMARIO:** 1. La capacità di diritto privato della P.A. - 2. Classificazione dei contratti della Pubblica Amministrazione. - 3. I contratti atipici. - 4. Il quadro normativo in tema di contratti pubblici: il ruolo del diritto dell'Unione europea. - 5. La disciplina nazionale e il Codice dei contratti pubblici. - 6. I contratti pubblici: le *species*. - 7. La rilevanza delle soglie: i contratti sopra e sotto soglia. - 8. Il riparto di competenze legislative in materia di contratti pubblici. - 9. Il procedimento ad evidenza pubblica. - 10. La deliberazione a contrarre. - 10.1. L'aggregazione e centralizzazione delle committenze. La qualificazione. - 11. Il bando di gara. - 12. L'impugnazione delle clausole del bando. - 13. La partecipazione alla procedura di gara e i requisiti soggettivi. - 14. I sistemi di aggiudicazione e la selezione delle offerte. - 14.1. I diversi meccanismi di affidamento. - 14.1.1. L'accordo quadro. - 14.1.2. I sistemi dinamici di acquisizione, elettronica. - 14.1.3. L'asta elettronica. - 14.1.4. Il dialogo competitivo. - 15. Il partenariato pubblico privato. - 15.1. Il *project financing*. - 16. La selezione delle offerte: i criteri di aggiudicazione, le novità introdotte dal d.lgs. n. 50 del 2016. - 17. Le offerte anomale. - 18. L'aggiudicazione, la stipulazione del contratto e l'approvazione. - 19. Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto. - 20. Rimedi giurisdizionali. **I ■** 1. La progettazione. - 1.1. Il progetto di fattibilità tecnica ed economica. - 1.2. Il progetto definitivo. - 1.3. Il progetto esecutivo. - 1.4. La progettazione e l'appalto integrato. - 1.5. I compensi per attività tecniche. - 1.6. La progettazione e la verifica. - 2. La progettazione interna ed esterna alle amministrazioni. - 2.1. Progettazione interna. - 2.2 Progettazione esterna. - 3. Dalla progettazione all'esecuzione del contratto. - 4. Il collaudo. - 4.1. Il certificato di collaudo ed il collaudo finale. - 4.2. L'approvazione del collaudo. - 4.3. I soggetti del collaudo. - 5. Le modifiche al contratto. - 6. La sospensione. - 7. La risoluzione. - 8. Il recesso. - 9. Fallimento, liquidazione coatta o insolvenza dell'appaltatore. - 10. Danni ai lavori o a terzi. - 11. La contabilità dei lavori pubblici.

### 1. La capacità di diritto privato della P.A.

Ad oggi, in seguito ad un lungo dibattito, si è accolta la tesi che riconosce capacità **generale di diritto privato** alla Pubblica amministrazione. Nell'esercizio della sua attività, la stessa è infatti soggetta alle regole di diritto comune ed ai limiti che dalle stesse derivano. Ciò che rileva, come si desume anche dall'art. 1 della L. 241/1990, è che nel compimento della sua attività la P.A. persegue l'interesse pubblico attribuitole dalla legge, rimanendo libera nella scelta degli strumenti più adeguati per il suo perseguimento. Nell'esercizio dell'attività negoziale, la giurisdizione si radica in capo al G.O.

### 2. Classificazione dei contratti della Pubblica Amministrazione.

Con riferimento alla contabilità, i contratti conclusi dalla pubblica amministrazione vengono abitualmente distinti in:

- **attivi** (comportanti un'entrata);
- **passivi** (produttivi di una spesa).

Relativamente alla disciplina, alla luce delle indicazioni giurisprudenziali in materia, i

contratti posti in essere dalla P.A. si suddividono in tre categorie principali:

- contratti ordinari o di diritto comune (compravendita, locazione) in cui la P.A. agisce *iure privatorum*, spogliandosi della sua veste autoritativa e ponendosi sullo stesso piano di un soggetto privato.
- contratti di diritto speciale. In tali fattispecie, la P.A. si pone su un piano solo tendenziale di parità con il contraente privato, che giustifica l'applicazione delle norme privatistiche derivanti dalla legislazione speciale (contratti di trasporto ferroviario).
- contratti ad oggetto pubblico che si sostanziano nelle fattispecie negoziali in cui la P.A., in veste autoritativa, si pone in posizione di supremazia rispetto alla controparte e dalla tendenziale commistione, in termini di disciplina applicabile, tra provvedimento e contratto. La dottrina distingue tale attività contrattuale della P.A. in contratti ad oggetto pubblico, contratti accessivi, ausiliari e sostitutivi di provvedimento amministrativo.

### 3. I contratti atipici.

Si ammette da tempo in giurisprudenza la possibilità per la P.A. di stipulare contratti atipici essendo alla stessa riconosciuta l'autonomia negoziale di cui all'art. 1322, comma 2, c.c., purché siano strettamente funzionali alla realizzazione del fine pubblico perseguito dall'ente (vincolo di scopo). Ci si è a lungo interrogati in merito all'applicabilità, allorché la P.A. intenda concludere contratti atipici, della disciplina pubblicistica che impone l'osservanza delle procedure di evidenza pubblica per la scelta del contraente. I principali contratti atipici stipulati dalla P.A. sono:

#### A) Il contratto di brokeraggio

Questo si instaura tra l'assicurando (che non si esclude possa essere una P.A.) e un professionista-imprenditore, per lo svolgimento di una prestazione di contenuto misto, in parte di consulenza e in parte di intermediazione nel mercato assicurativo. Si tratta di un contratto oneroso, essendo posta a carico della P.A., sotto forma di compenso indiretto – attraverso un caricamento nel premio assicurativo della provvigione del broker – la percentuale dovuta al broker per la sua attività di intermediazione; lo stesso è quindi assoggettato alle regole pubblicistiche dettate per l'affidamento degli appalti di servizi dal Codice dei contratti pubblici;

#### B) I contratti che l'amministrazione conclude con l'*advisor*

L'*advisor* è il consulente di cui si avvale la P.A. per l'individuazione del proprio interlocutore in una data operazione economica, quale la scelta del socio privato di una s.p.a. in una procedura di privatizzazione;

#### C) Il contratto di sponsorizzazione

Si tratta di un contratto in cui un soggetto (detto sponsee o sponsorizzato) assume, normalmente verso corrispettivo, l'obbligo di associare a proprie attività il nome o il segno distintivo di altro soggetto (detto sponsor o sponsorizzatore), divulgandone così l'immagine o il marchio presso il pubblico. Si tratta di un contratto atipico, consensuale,

normalmente a titolo oneroso e a prestazioni corrispettive.

#### **D) Il leasing pubblico**

È il contratto con il quale una parte, dietro corrispettivo di un canone periodico determinato in relazione al recupero del prezzo ed al conseguimento di un utile, concede il godimento di un bene all'altra, con facoltà di questa, alla scadenza del termine fissato, di restituirlo o di acquistarlo per una specificata somma residua. Si suole distinguere tra:

- leasing operativo, in cui si realizza un'operazione bilaterale, venendo a coincidere nello stesso soggetto le figure di produttore e locatore;
- leasing finanziario, in cui si attua, invece, un rapporto trilaterale, essendo coinvolte, oltre al soggetto utilizzatore, l'impresa venditrice del bene e la società di leasing, che, dopo aver acquistato il bene da quest'ultima, lo concede in godimento all'utilizzatore.

Nell'ambito dei rapporti con la p.a. opera esclusivamente il **leasing finanziario**, la cui applicazione risulta ulteriormente circoscritta nella prassi ai beni immobili, riguardando prevalentemente opere pubbliche da realizzare ed integrando così la figura del cd. leasing in costruendo. Inoltre, per la scelta del contraente deve essere rispettata la procedura ad evidenza pubblica, posto che il Codice dei contratti pubblici ha ricondotto alla nozione di "appalti pubblici" quelli "aventi ad oggetto l'acquisto, la locazione finanziaria, la locazione o l'acquisto a riscatto, con o senza opzione per l'acquisto, di prodotti".

#### **E) I contratti di disponibilità**

Sono contratti previsti dall'art. 3, lett. hhh), d.lgs. n. 50 del 2016, con cui il privato **costruisce e mette a disposizione della P.A. un'opera**, che resta di proprietà del privato.

Attraverso l'introduzione di tale nuovo strumento si intende incentivare l'apporto di capitale privato per la costruzione di opere destinate all'utilizzo pubblico, in tal modo ampliandosi il ventaglio degli strumenti di partenariato pubblico-privato. La "messa a disposizione" avviene **dietro corrispettivo**, di volta in volta individuato in un canone di disponibilità o in un contributo in corso d'opera o ancora in un prezzo di trasferimento. Il rischio della costruzione e della gestione tecnica dell'opera per il periodo di messa a disposizione dell'amministrazione aggiudicatrice ricade sull'affidatario. L'art. 188 disciplina la procedura di gara, stabilendo che il bando indica i criteri in base ai quali si procede alla valutazione comparativa tra le diverse offerte, secondo il criterio dell'offerta **economicamente più vantaggiosa**. Il controllo della stazione appaltante sull'attività del privato è esercitato attraverso il collaudo, a seguito del quale, si può disporre, se del caso, la riduzione del canone..

### **4. Il quadro normativo in tema di contratti pubblici: il ruolo del diritto dell'Unione europea.**

#### **A) Le prime direttive in materia di appalti pubblici**

La nozione di appalto pubblico rinviene la propria origine nell'ambito della legislazione comunitaria.