

Ruggiero Dipace

Manuale dei contratti pubblici

SECONDA EDIZIONE



Giappichelli

CAPITOLO 1

L'ATTIVITÀ CONTRATTUALE DELLE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI

SOMMARIO: 1. L'attività contrattuale della p.a.: nozioni introduttive. – 2. I principi dell'attività contrattuale della p.a. – 3. Le opere e i lavori pubblici. – 4. I servizi e le forniture. – 5. I sistemi diretti per la realizzazione delle opere, servizi e forniture. – 6. Le esternalizzazioni. – 6.1. L'appalto. – 6.2. Il *general contractor* come forma peculiare dell'appalto. – 6.3. I contratti di partenariato pubblico privato. – 6.4. La concessione di lavori e servizi. – 6.5. Il *project financing*: la realizzazione di opere pubbliche da parte di soggetti privati. – 6.6. La locazione finanziaria di opere pubbliche o di pubblica utilità. – 6.7. Il contratto di disponibilità. – 6.8. Altre forme di Ppp. – 6.9. Le sponsorizzazioni. – 6.10. I contratti misti. – 7. Le stazioni appaltanti. – 8. I settori speciali.

1. L'attività contrattuale della p.a.: nozioni introduttive

Le amministrazioni per svolgere le funzioni attribuite dalle norme possono utilizzare atti di diritto pubblico e negozi di diritto privato.

Con l'attività di diritto pubblico, l'amministrazione esercita un potere in posizione di superiorità rispetto al privato. Infatti, per il raggiungimento degli interessi pubblici, l'ordinamento attribuisce all'amministrazione poteri che le consentono di adottare atti unilaterali idonei a produrre effetti giuridici nei confronti di altri soggetti prescindendo dal loro consenso (si pensi al potere di espropriazione della proprietà privata o all'apposizione di un vincolo su un bene privato). Tale attività si svolge attraverso procedimenti e provvedimenti amministrativi.

Il procedimento consiste in una sequenza di atti tra loro concatenati volti all'adozione di un atto finale, il provvedimento, attraverso il quale la p.a. manifesta verso l'esterno la propria volontà. Una delle caratteristiche più rilevanti del provvedimento è quella dell'imperatività che consiste nell'idoneità di costituire, modificare o estinguere situazioni giuridiche soggettive dei privati senza il loro consenso.

Con riferimento a questa tipologia di attività, il principio di legalità svolge una funzione di garanzia per il privato. La garanzia è rappresentata dal fatto che la p.a. deve agire seguendo schemi predeterminati dalla norma. In tal senso, la predeterminazione normativa delle modalità di azione consente al privato di poter control-

lare l'operato dell'amministrazione, anche al fine di evitarne eventuali abusi. Le norme, quindi, devono disciplinare in maniera puntuale il modo in cui si svolge l'attività del soggetto pubblico, le categorie di atti che esso può emanare e gli effetti che derivano da tali atti nella sfera giuridica del privato.

I corollari del principio di legalità sono il principio di tipicità e quello di nominatività degli atti in base ai quali possono essere adottati solo quelli previsti dalla legge, in presenza dei presupposti e per i motivi dalla legge stessa indicati, secondo un procedimento minuziosamente regolato dalle norme.

Gli istituti di carattere generale applicabili a tutti i procedimenti e i provvedimenti amministrativi sono disciplinati dalla l. 7 agosto 1990, n. 241. Tale normativa regola alcuni istituti fondamentali che devono trovare applicazione a tutti i procedimenti amministrativi in chiave di garanzia del privato: si pensi al responsabile del procedimento, alla partecipazione al procedimento, al diritto di accesso agli atti, alla motivazione del provvedimento amministrativo.

Il provvedimento amministrativo, però, è solo una delle modalità attraverso le quali l'amministrazione agisce per il soddisfacimento degli interessi pubblici.

Accanto all'attività di diritto pubblico viene in rilievo l'attività di diritto privato e, in particolare, quella contrattuale.

In passato, il ruolo del contratto nell'ambito dell'azione amministrativa era piuttosto marginale. Esso era considerato solo lo strumento giuridico attraverso il quale l'amministrazione poteva procurarsi i mezzi necessari per svolgere adeguatamente le proprie funzioni (costruzione di opere pubbliche, acquisizione di servizi o di beni). Ora, invece, il contratto si affianca al provvedimento per la cura diretta delle finalità istituzionali dell'ente pubblico. L'art. 1, c. 1 *bis*, l. 241/1990 prevede che l'amministrazione pubblica, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le regole e i principi del diritto privato, salvo che la legge non disponga diversamente.

In generale, il contratto è manifestazione dell'autonomia privata ossia del potere riconosciuto dall'ordinamento alle parti di autoregolare i propri interessi, facoltà che coincide essenzialmente con la libertà di concludere o meno un contratto, di fissarne il contenuto, di scegliere il contraente. Inoltre, è espressione di autonomia negoziale l'individuazione di schemi contrattuali innovativi, non disciplinati da alcuna norma, purché l'interesse che i contraenti intendono perseguire sia meritevole di tutela. I privati, di conseguenza, possono disciplinare i loro rapporti anche con contratti atipici. L'autonomia o libertà negoziale è funzionale alla tutela del principio costituzionale della libera iniziativa economica (art. 41 Cost.) e si caratterizza per la libertà nella scelta del fine e del mezzo, ossia per il fatto che il regolamento di interessi è nella piena disponibilità delle parti negoziali.

La tematica dell'autonomia negoziale si pone in maniera peculiare per le pubbliche amministrazioni che come soggetti di diritto hanno sicuramente la piena capacità giuridica, sia di diritto pubblico sia di diritto privato (art. 11 c.c.). Le amministrazioni sono titolari di qualsiasi situazione giuridica di diritto privato, attiva o passiva e possono adottare (ovviamente salvo i limiti che derivano dal-

l'essere una entità giuridica e non fisica) ogni atto o negozio giuridico previsto dal diritto privato. Tuttavia, l'attività di diritto privato della p.a. non è libera ma orientata al raggiungimento del fine pubblico imposto dalle norme e deve essere improntata ai canoni della legalità e della imparzialità. Anche l'attività contrattuale della p.a. è, quindi, funzionalizzata. La libertà nella determinazione delle finalità da perseguire, che costituisce l'essenza dell'autonomia negoziale, non connota l'attività contrattuale delle amministrazioni, piuttosto le scelte in relazione all'utilizzo di strumenti negoziali possono consistere nell'esplicazione di attività discrezionale. Ciò, però, non impedisce che la pubblica amministrazione sia libera di individuare lo strumento negoziale migliore per la cura del proprio interesse. Infatti, nell'attività contrattuale si attenua il carattere garantistico del principio di legalità che impone l'utilizzo dei procedimenti e dei provvedimenti predeterminati dalla norma. In questi casi l'amministrazione non agisce come autorità ma si pone su un piano di tendenziale parità con il privato. Di conseguenza, non è necessario che una norma di legge disciplini puntualmente tutte le fasi dell'azione ma è sufficiente che indichi il fine da perseguire, rimettendo all'amministrazione la scelta dello strumento da utilizzare, sulla base della effettiva idoneità al raggiungimento dello scopo dettato dalla norma.

In questo senso, il principio di legalità non si atteggia più come garanzia nei confronti del privato, bensì come indirizzo dell'azione della p.a. I principi di tipicità e nominatività, espressione della legalità garanzia, non vengono in rilievo nell'attività contrattuale dell'amministrazione. Da ciò deriva che le pubbliche amministrazioni sono libere di individuare anche strumenti negoziali non espressamente previsti dalle norme per il raggiungimento delle finalità pubbliche loro attribuite. L'unico limite che incontra l'attività contrattuale della pubblica amministrazione è quello dell'espresso divieto legislativo. Le amministrazioni non possono stipulare contratti espressamente vietati dalle norme (art. 8 d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, codice dei contratti pubblici che ha sostituito il d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, di seguito "codice").

Il codice civile definisce il contratto come l'accordo di due o più parti per costituire, modificare o estinguere un rapporto giuridico patrimoniale (art. 1321 c.c.). L'amministrazione può stipulare contratti attivi e contratti passivi. I contratti attivi sono quelli che non producono spesa e da cui deriva un'entrata per la pubblica amministrazione (es. alienazione o locazione di beni); i contratti passivi sono quelli che comportano una spesa per l'ente pubblico (es. acquisizione di beni, affidamento di appalti di lavori o di servizi).

Inoltre, i contratti possono essere a titolo oneroso e gratuito. I contratti a titolo oneroso sono quelli a prestazioni corrispettive o che, comunque, prevedono direttamente reciproci vantaggi e sacrifici economici in capo a tutte le parti contraenti (appalto, concessione); i contratti a titolo gratuito sono quelli in cui l'obbligo di prestazione o i sacrifici economici direttamente previsti nel contratto gravano solo su una o alcune delle parti contraenti (donazione).

In generale, per l'ordinamento giuridico sono indifferenti le modalità di for-

mazione della volontà contrattuale e le modalità di individuazione del contraente. I privati possono anche porre in essere comportamenti antieconomici nella definizione dei loro rapporti patrimoniali e ciò non ha alcuna importanza per l'ordinamento giuridico essendo scelte che investono solo ed esclusivamente gli interessi patrimoniali del privato. Per le pubbliche amministrazioni il discorso è differente. Infatti, la circostanza che l'attività contrattuale sia funzionalizzata ha evidenti ripercussioni sul momento di formazione della volontà dei soggetti pubblici. Questi devono individuare, in modo trasparente e oggettivo, il "giusto" contraente, ossia il contraente più affidabile. Ciò perché le amministrazioni, nel perseguire i propri scopi, devono impiegare nel modo migliore possibile il denaro e le risorse pubbliche. Peraltro, il miglior contraente non necessariamente è quello che fa spendere meno alla p.a. ma è quello che risponde meglio degli altri alla realizzazione degli scopi pubblici che l'amministrazione deve soddisfare con il contratto. L'attività di selezione del contraente deve, innanzitutto, rispondere ai principi costituzionali del buon andamento e dell'imparzialità (art. 97 Cost.). Da ciò deriva che la fase riguardante la scelta del contraente è caratterizzata da una valutazione comparativa, oggettiva, secondo criteri predeterminati, delle offerte che pervengono all'amministrazione. Gli operatori economici sono in competizione fra loro e, quindi, la scelta del contraente avviene nel rispetto del principio della concorrenza. Questa fase è regolata dalle norme del diritto pubblico, ossia da procedimenti e provvedimenti amministrativi.

Una volta individuato il contraente e instaurato il rapporto negoziale, le parti si trovano in una posizione di tendenziale parità per cui l'esecuzione del contratto è disciplinata dalle norme del diritto privato, anche se in questa fase emergono non di rado deviazioni consistenti dagli istituti privatistici in considerazione della peculiare natura del contraente pubblico.

Questa commistione di discipline, pubbliche e private, caratterizza la nozione di contratto a evidenza pubblica.

Nell'evidenza pubblica coesistono comportamenti giuridici che si manifestano con atti amministrativi accanto ad atti privati con l'obiettivo di far risaltare in tutta la vicenda contrattuale il necessario rispetto dell'interesse pubblico da parte dell'amministrazione e, conseguentemente, renderne controllabile l'operato, anche da parte del giudice.

In particolare, l'attività contrattuale delle amministrazioni si suddivide in due fasi.

La prima fase, che si può definire procedimentale, riguarda tutta l'attività volta alla scelta del contraente privato, da quando l'amministrazione decide di contrarre (decisione o determinazione di contrattare), procede alla selezione (bando di gara, valutazione delle offerte), opera la scelta (aggiudicazione della gara) fino alla fase di approvazione. Questa prima parte di attività è integralmente disciplinata dal diritto amministrativo; l'amministrazione agisce in una posizione di supremazia utilizzando poteri pubblicistici, adottando provvedimenti amministrativi di tipo autoritativo nei confronti dei terzi (si pensi al bando di gara, ai provvedimenti di

esclusione dei concorrenti e alla aggiudicazione del contratto). Poiché in questa fase vengono in rilievo poteri pubblicistici, la giurisdizione sulle procedure di selezione del contraente appartiene al giudice amministrativo, ossia al giudice che esprime il proprio sindacato sul corretto esercizio del potere amministrativo.

La seconda fase, che si può definire negoziale, va dalla stipulazione del contratto fino al suo adempimento o alla disciplina dei rimedi per l'inadempimento con le connesse eventuali fasi transattive, contenziose o arbitrali e si caratterizza per il fatto che le parti si trovano in posizione di parità. Le parti sono titolari di diritti soggettivi e di obblighi giuridici da far valere secondo le forme del diritto civile dinanzi al giudice ordinario, ossia al giudice che può sindacare l'attività della p.a. non riconducibile all'esercizio di poteri pubblicistici.

Le due fasi, però, non si trovano in una condizione di reciproca indipendenza. Infatti, le vicende che coinvolgono la fase procedimentale si possono ripercuotere sulla sorte del contratto stipulato. Basti pensare al fatto che l'annullamento di un'aggiudicazione da parte del giudice amministrativo può comportare la dichiarazione di inefficacia del contratto stipulato e il subentro nello stesso dell'impresa vittoriosa del contenzioso.

A sua volta l'iter pubblicistico di formazione dei contratti si suddivide in quattro fasi: la decisione di contrarre, la selezione del contraente, la stipula del contratto e la sua approvazione.

Il presupposto indefettibile per l'avvio dell'iter di formazione del contratto da parte dell'ente pubblico è l'inserimento dell'intervento da realizzare nell'atto di programmazione, attraverso il quale si individuano i bisogni della collettività e le risorse finanziarie da stanziare per la realizzazione dell'intervento. Ulteriore fase prodromica all'avvio di una procedura di selezione è quella della progettazione, attraverso la quale si definiscono sia dal punto di vista tecnico sia da quello economico-finanziario le caratteristiche dell'intervento da realizzare.

La decisione di contrarre è un atto interno al procedimento di evidenza pubblica attraverso il quale la p.a. individua gli elementi essenziali del contratto e i criteri di selezione degli operatori economici e delle offerte. Non solo è l'atto attraverso il quale si avvia il procedimento ma anche quello con il quale l'amministrazione compie le proprie scelte strategiche in ordine alla realizzazione di un determinato obiettivo ed esplicita la propria volontà contrattuale. Per tali ragioni nella decisione di contrarre devono essere indicati lo scopo specifico che con il contratto si intende perseguire nell'ambito delle finalità istituzionali dell'ente; l'oggetto del contratto; la sua forma; le clausole ritenute essenziali; le modalità di scelta del contraente.

La decisione di contrarre ha un ruolo importante nella formazione del contratto sia perché specifica, più o meno compiutamente, il contenuto del futuro negozio sia perché conferisce la legittimazione a contrattare all'organo che esprime la volontà negoziale dell'ente nei confronti dell'altro contraente. È atto necessario per rendere possibile la successiva attività negoziale. In tale atto devono essere anche indicate le ragioni per le quali l'amministrazione ha ritenuto di dover utilizzare

procedure derogatorie rispetto a quelle ordinarie o la preferenza di alcuni fattori di ponderazione rispetto ad altri da inserire nel bando.

Nel caso in cui l'amministrazione individui il contraente tramite affidamento diretto la deliberazione a contrarre ha un contenuto più specifico: deve individuare l'oggetto del contratto, l'importo e il contraente unitamente alle ragioni della sua scelta, ai requisiti di carattere generale e, se necessari, a quelli inerenti alla capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale.

La scelta del contraente avviene attraverso procedure dirette ad assicurare l'individuazione della migliore offerta.

La procedura di scelta si deve ispirare ad alcuni principi elencati in via generale dal codice dei contratti che in parte sono comuni a quelli che informano l'esercizio di qualsiasi attività amministrativa (artt. 1-12 d.lgs. 36/2023; art. 1 l. 241/1990).

Il codice prevede vari tipi di procedure per la selezione del contraente, alcune più rigide altre più flessibili, alcune fortemente connotate dal principio di concorrenzialità, altre più vicine alle contrattazioni dirette fra privati. Le procedure di affidamento sono: la procedura aperta, la procedura ristretta, la procedura competitiva con negoziazione, la procedura negoziata senza la pubblicazione di un bando di gara, il dialogo competitivo e il partenariato per l'innovazione.

Alcune procedure si caratterizzano per l'adozione da parte della p.a. di un atto esterno denominato bando di gara attraverso il quale la stazione appaltante si rivolge agli operatori invitandoli a partecipare e a presentare le proprie offerte secondo le modalità indicate in tale atto. Il bando predetermina le regole della procedura di gara e i criteri di selezione ai quali l'amministrazione si autovincola (*lex specialis* della procedura).

La selezione della migliore offerta deve avvenire attraverso due criteri di aggiudicazione: il minor prezzo (o prezzo più basso) e l'offerta economicamente più vantaggiosa.

Il primo criterio si basa sul ribasso offerto dall'operatore economico rispetto all'importo posto a base d'asta dall'amministrazione; il secondo criterio, invece, prevede che, unitamente all'offerta economica, i concorrenti forniscano soluzioni tecniche migliorative del progetto posto a base di gara.

Nei casi di offerta economicamente più vantaggiosa, la valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico è affidata a una commissione di gara composta da esperti del settore cui afferisce l'oggetto del contratto. Questa necessità non viene in rilievo allorché l'amministrazione proceda utilizzando il sistema del prezzo più basso, in quanto non emerge alcun profilo di valutazione tecnico discrezionale che deve operare la stazione appaltante.

La fase di selezione si conclude con la proposta di aggiudicazione da parte dell'organo preposto alla valutazione delle offerte. Questo atto non ha effetti esterni; solo se la proposta è legittima e dopo aver verificato che l'operatore economico vincitore della procedura sia in possesso dei requisiti, l'amministrazione procede all'aggiudicazione (art. 17, c. 5, codice). L'aggiudicazione è immediatamente efficace.

Solo successivamente all'adozione di tale atto è possibile stipulare il contratto.

La stipulazione del contratto deve aver luogo entro il termine di sessanta giorni dall'aggiudicazione.

Il contratto, comunque è sottoposto a condizione risolutiva della sua approvazione (ove prevista negli specifici regolamenti delle amministrazioni) attraverso la quale l'organo dell'amministrazione competente controlla la regolarità degli atti di gara.

Il differimento del termine di stipula deve essere motivato con riferimento all'interesse della stazione appaltante alla sollecita esecuzione del contratto. Fino alla scadenza del termine, l'offerta dell'aggiudicatario è irrevocabile. Quindi, oltre il sessantesimo giorno è sempre possibile la stipula del contratto anche se all'aggiudicatario viene riconosciuta la facoltà di sciogliersi dal vincolo derivante dall'offerta.

Il contratto non può comunque essere stipulato prima di trentacinque giorni dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione (art. 18, c. 3, codice). Il termine dilatorio è previsto per scongiurare l'ipotesi di impugnazione dell'aggiudicazione successiva alla stipula del contratto. Infatti, in virtù delle norme del codice del processo amministrativo (d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 o c.p.a.) le controversie in materia di procedure di selezione del contraente, dinanzi al giudice amministrativo, sono soggette a un rito speciale che prevede la dimidiazione dei termini processuali, compreso il termine per la proposizione del ricorso avverso l'aggiudicazione. Tale impugnazione deve essere effettuata entro il termine di trenta giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione definitiva.

In tal modo, l'ordinamento vuole evitare che una p.a. stipuli un contratto non essendo consapevole della possibilità che la relativa aggiudicazione sia sottoposta al vaglio del giudice. Spesso in passato accadeva che il giudice amministrativo fosse fortemente condizionato nel sospendere gli effetti di un'aggiudicazione o nell'annullarla dall'avvio della esecuzione di un contratto stipulato nelle more della definizione del giudizio sull'aggiudicazione.

Una volta stipulato il contratto si apre la fase di esecuzione che è disciplinata dalle norme del diritto privato. In questa fase la p.a. e il suo contraente privato sono posti in una posizione di tendenziale parità, anche se talvolta la circostanza che l'amministrazione debba curare un interesse pubblico condiziona l'applicazione di istituti originariamente privatistici (si pensi al regime del direttore dei lavori, della risoluzione o della rescissione del contratto).

2. I principi dell'attività contrattuale della p.a.

L'attività contrattuale della p.a. è informata ad alcuni principi generali previsti dalla Costituzione e dalla l. 241/1990. Il codice dei contratti, inoltre, prevede una serie di principi generali che hanno una funzione ordinante del microsistema normativo dei contratti pubblici e forniscono criteri guida per l'attività applicativa e interpretativa dei singoli istituti previsti dalla normativa stessa (artt. 1-12).

Nel codificare i principi generali, il nuovo codice dei contratti opta per un deciso cambio di rotta rispetto al passato. L'intento del legislatore è stato quello di valorizzare la discrezionalità dell'amministrazione e rendere meno rigida l'attività di scelta del contraente per raggiungere il risultato della realizzazione della commessa pubblica nell'interesse della collettività. Per cui la concorrenza non è più da considerare come un fine da realizzare a tutti i costi ma uno strumento per aggiudicare il contratto funzionale alla realizzazione degli interessi della collettività. In passato, in nome della tutela della concorrenza venivano imposte procedure e adempimenti connotati da eccessivo formalismo che spesso bloccavano l'attività di aggiudicazione e generavano inutili contenziosi. Occorre, inoltre, rilevare che l'attività contrattuale della p.a. è fortemente condizionata dalla disciplina relativa alla prevenzione dei fenomeni corruttivi che spesso induce i funzionari pubblici a privilegiare decisioni eccessivamente formalistiche e automatiche, svilendo l'esercizio della propria discrezionalità per paura di conseguenze penali o amministrativo-contabili.

La nuova disciplina tende a incoraggiare l'iniziativa dei pubblici funzionari e a valorizzare la discrezionalità delle stazioni appaltanti nella realizzazione degli interventi pubblici.

Architrave di questa innovativa impostazione è rappresentato dalla codificazione di tre principi "valori" destinati a orientare l'interpretazione dell'intera disciplina dei contratti pubblici sia nella fase della aggiudicazione sia in quella di esecuzione. Si tratta del principio di risultato (art. 1), di quello della fiducia (art. 2) e di quello dell'accesso al mercato (art. 3).

Le stazioni appaltanti devono perseguire il risultato dell'affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività (che risponde all'esigenza di non dilatare la durata del processo di selezione dei contraenti in assenza di obiettive ragioni) e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza. Il principio del risultato costituisce attuazione dei canoni di buon andamento, economicità, efficacia ed efficienza dell'azione amministrativa in campo contrattuale. Si tratta di canoni che implicano l'uso ottimale delle risorse da impiegare nello svolgimento della selezione ovvero nell'esecuzione del contratto e la congruità degli atti dell'amministrazione rispetto al conseguimento dello scopo e dell'interesse pubblico cui sono preordinati.

Risulta chiaro che l'interesse pubblico primario è quello di affidare ed eseguire la commessa pubblica.

Il risultato, ovviamente, non può essere di qualunque tipo e non può essere raggiunto prescindendo dall'osservanza delle regole e dei principi che si applicano all'attività amministrativa. Infatti, il codice prevede che il risultato debba essere raggiunto nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza. Si tratta, quindi, di un risultato "virtuoso" raggiunto nel rispetto delle norme e dei principi dell'evidenza pubblica.

Da questo punto di vista la concorrenza e la trasparenza sono strumenti che consentono di raggiungere il risultato.

Il codice prevede che la concorrenza, ossia l'effettiva contendibilità degli affidamenti da parte dei soggetti potenzialmente interessati, è funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti. La gara, perciò, è un mezzo e non un fine.

La trasparenza, ossia la conoscibilità delle procedure di gara, nonché dell'uso di strumenti che consentano un accesso rapido e agevole alle informazioni relative alle procedure, è funzionale alla massima semplicità e celerità nella corretta applicazione del codice e ne assicura la piena verificabilità.

Al fine di indurre le stazioni appaltanti e, in particolare, i funzionari a rendere più efficace il sistema, il codice prevede che il principio del risultato costituisca criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto (norma, peraltro, che potrà condizionare anche la successiva attività interpretativa del giudice), per valutare la responsabilità del personale che svolge funzioni amministrative o tecniche in tutte le fasi che caratterizzano l'intervento pubblico (programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione) e per attribuire gli incentivi secondo la contrattazione collettiva.

Strettamente correlato al principio di risultato è quello della fiducia (art. 2).

L'attività contrattuale della p.a. è fondata sulla reciproca fiducia nell'azione legittima, trasparente e corretta dell'amministrazione, dei suoi funzionari e degli operatori economici. Si tratta sia della fiducia dell'ordinamento nell'operato dei pubblici funzionari sia della fiducia dell'ordinamento e delle pubbliche amministrazioni nel corretto operato dei privati.

Si tratta di un principio che, con riferimento all'operato dei pubblici funzionari, è finalizzato a superare il fenomeno della "burocrazia difensiva" e della "paura della firma" a causa del quale si registrano inefficienze e ritardi nell'esercizio dell'azione amministrativa. Spesso l'incertezza delle regole, un quadro normativo confuso e stratificato, l'incertezza delle interpretazioni giurisprudenziali delle norme portano i funzionari pubblici ad adottare comportamenti inerti o omissivi, o a rifugiarsi in inutili formalismi al fine di evitare qualsiasi tipo di responsabilità (si pensi alla paura di incorrere in un'imputazione per il reato di abuso d'ufficio previsto dall'art. 323 c.p.). Ciò potrebbe comportare inefficienza e immobilismo e rappresentare un ostacolo al rilancio economico del Paese che richiede, al contrario, una pubblica amministrazione dinamica ed efficiente (Corte cost., 18 gennaio 2022, n. 8).

Il principio della fiducia è funzionale a valorizzare l'iniziativa e l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici con riferimento alle valutazioni e alle scelte per l'acquisizione e l'esecuzione delle prestazioni secondo il principio del risultato. Nella sostanza, l'esercizio della discrezionalità da parte dei funzionari pubblici deve essere protetto da una serie di garanzie che possano consentire loro di agire per il pieno raggiungimento del risultato previsto.

A tal fine il codice, rendendo subito concreto il principio della fiducia dispone una "rete di protezione" per il funzionario pubblico, consistente, ai fini della responsabilità erariale, nella tipizzazione delle ipotesi di colpa grave del pubblico

dipendente. Il dipendente pubblico ai sensi dell'art. 1 della l. 19 gennaio 1994, n. 20 può incorrere in responsabilità erariale ed essere sottoposto al giudizio dinanzi alla Corte dei conti per fatti ed omissioni commessi con dolo e colpa grave. Il confine tra la colpa grave, fonte di responsabilità, e quella lieve, che non rende punibile il funzionario, è di fatto labilissimo. Il legislatore ha, quindi, sentito la necessità di tipizzare le ipotesi di colpa grave nell'ambito dell'attività contrattuale individuandola nella violazione di norme di diritto e degli autovincoli amministrativi; nella palese violazione di regole di prudenza, perizia e diligenza; nell'omissione delle cautele, verifiche ed informazioni preventive normalmente richieste nell'attività amministrativa. Mentre non costituisce colpa grave la violazione o l'omissione determinata dal riferimento a indirizzi giurisprudenziali prevalenti o a pareri delle autorità competenti. Tale ultima specificazione è di notevole rilevanza stante la complessità della normativa e la conseguente difficoltà di interpretazioni univoche da parte degli organi giurisdizionali che spesso creano confusione nei funzionari che devono adottare atti e provvedimenti.

Infine, ulteriore protezione per i funzionari pubblici è individuata nella promozione da parte delle amministrazioni di azioni per la copertura assicurativa dei dipendenti e per la riqualificazione professionale degli stessi.

Il principio della fiducia riguarda anche gli operatori economici. La stazione appaltante deve avere fiducia nell'operato delle imprese partecipanti alle procedure e ciò è evidenziato da alcuni istituti come quello del *self cleaning* o del soccorso istruttorio; ed ancora la fiducia nelle imprese è alla base della rimozione di alcuni limiti all'utilizzo dell'avvalimento o del subappalto.

Il terzo principio generale è quello dell'accesso al mercato. Le stazioni appaltanti devono assicurare il pieno accesso al mercato degli operatori economici nel rispetto dei principi di concorrenza, di imparzialità, di non discriminazione, di pubblicità e trasparenza, di proporzionalità.

La concorrenza è sicuramente uno strumento per realizzare l'intervento pubblico in quanto le stazioni appaltanti devono garantire la piena contendibilità degli affidamenti da parte dei soggetti interessati.

La concorrenza nelle procedure a evidenza pubblica viene assicurata attraverso i principi di imparzialità, parità di trattamento e non discriminazione che attengono alla valutazione equa e imparziale dei concorrenti e l'eliminazione di ostacoli o restrizioni nella predisposizione delle offerte e nella loro valutazione. Essenziale è anche il rispetto dei principi di trasparenza e pubblicità che riguardano la conoscibilità delle procedure di gara nonché l'uso di strumenti che consentano un accesso rapido e agevole alle informazioni relative alle procedure.

Il principio di proporzionalità riguarda l'adeguatezza e idoneità dell'azione rispetto alle finalità e all'importo dell'affidamento e impone che la richiesta di requisiti per la partecipazione alle gare sia congrua rispetto alla procedura e all'importo del contratto da affidare.

I principi di risultato, fiducia e accesso al mercato sono funzionali alla interpretazione dell'intero sistema dell'attività contrattuale della pubblica amministra-

zione. Ciò comporta che in ipotesi dubbie l'interprete deve privilegiare soluzioni coerenti con la realizzazione del risultato di eseguire l'intervento pubblico, deve operare coerentemente con la fiducia nei funzionari pubblici e negli operatori economici e deve consentire il più ampio accesso alle gare.

Tali principi si applicano anche ai contratti esclusi dal codice e da ciò si ricava che per tutta l'attività negoziale della pubblica amministrazione una qualche forma di procedura a evidenza pubblica, ancorché flessibile e semplificata, debba essere posta alla base della individuazione del contraente.

Gli ulteriori principi tipizzati dal codice, invece, hanno un grado di dettaglio maggiore e forniscono la chiave interpretativa di alcuni specifici istituti.

Principi essenzialmente rivolti alle pubbliche amministrazioni sono quelli dell'auto-organizzazione amministrativa (art. 7) e dell'autonomia contrattuale (art. 8). Tali principi si riferiscono alle scelte fondamentali della pubblica amministrazione per la realizzazione di un intervento pubblico. L'amministrazione, infatti, può decidere se eseguire da sola l'intervento ovvero esternalizzarne l'esecuzione tramite contratti; nel secondo caso, è libera di individuare lo strumento negoziale funzionale per raggiungere il suo obiettivo. Sono scelte strategiche che devono essere, anzitutto, informate al principio di raggiungimento del risultato.

In particolare, il principio dell'autorganizzazione amministrativa consente alle pubbliche amministrazioni di realizzare lavori o conseguire beni e servizi attraverso l'autoproduzione (a esempio con affidamenti a società *in house*), la esternalizzazione ovvero tramite cooperazione amministrativa (ossia attraverso accordi tra pubbliche amministrazioni, c.d. partenariato pubblico-pubblico).

Il legislatore pone il sistema dell'autoproduzione, che deroga al principio della concorrenza, e quello della esternalizzazione in una posizione di tendenziale parità. Ciò è in linea con la normativa europea in quanto secondo la direttiva in materia di contratti (2014/23/UE, art. 2) le amministrazioni scelgono autonomamente il sistema migliore per l'affidamento e l'esecuzione di interventi pubblici (lavori, servizi e forniture).

Ulteriore principio riguarda l'autonomia contrattuale delle pubbliche amministrazioni. Come già rilevato le amministrazioni sono libere di utilizzare qualsiasi strumento negoziale, tipico o atipico, che l'ordinamento mette a disposizione, salvo specifici divieti legislativi. Il limite all'esercizio dell'autonomia negoziale è quello del rispetto dell'interesse pubblico e delle finalità istituzionali delle amministrazioni. Come già visto, la circostanza che le finalità pubbliche siano eteroindividuate non consente di affermare che per le amministrazioni si possa parlare di autentica autonomia negoziale.

Altro principio è quello della solidarietà sociale e di sussidiarietà orizzontale (art. 6 codice). Attraverso tale principio si vuole affermare che i servizi sociali possono essere sia esternalizzati sia svolti tramite accordi diretti tra enti del Terzo settore e pubbliche amministrazioni tramite modelli organizzativi di amministrazione condivisa, privi di rapporti sinallagmatici. Si tratta, quindi, di una modalità di condivisione dell'esercizio di compiti pubblicistici con i soggetti privati. Oc-

corre osservare che il principio di sussidiarietà, nella sua declinazione di sussidiarietà orizzontale costituisce il fondamento anche di contratti che non riguardano i servizi sociali, ossia quelli di partenariato pubblico privato, che sono caratterizzati da un coinvolgimento rilevante dei soggetti privati nella realizzazione di interventi pubblici e che si pongono come categoria alternativa ai tradizionali contratti di appalto.

Altri principi riguardano specificamente la fase della gara. Si tratta del principio di buona fede e di tutela dell'affidamento (art. 5), di quello della tassatività delle cause di esclusione e di massima partecipazione (art. 10).

Nella procedura di gara le stazioni appaltanti, gli enti concedenti e gli operatori economici si comportano reciprocamente nel rispetto dei principi di buona fede e di tutela dell'affidamento. Per cui sussiste un affidamento dell'operatore economico sul legittimo esercizio del potere e sulla conformità del comportamento amministrativo al principio di buona fede.

Tali principi richiamano quanto previsto dal codice civile in materia di trattative contrattuali (art. 1337 c.c. "le parti nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto devono comportarsi secondo buona fede"; art. 1338 c.c. "la parte che, conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza di una causa di invalidità del contratto, non ha dato notizia all'altra parte è tenuta a risarcire il danno da questa risentito per aver confidato, senza sua colpa, nella validità del contratto").

Il principio della buona fede, consistente nell'esercizio dell'attività amministrativa secondo canoni di correttezza, assume il valore di dovere di attenzione, di presa in considerazione da parte dell'amministrazione degli interessi, dei fatti e degli argomenti introdotti dai privati nel procedimento di formazione del provvedimento.

Da ciò deriva che nei rapporti di diritto amministrativo, è configurabile un affidamento del privato sul legittimo esercizio del potere pubblico e sull'operato dell'amministrazione conforme ai principi di correttezza e buona fede.

L'affidamento è un principio generale dell'azione amministrativa (art. 1 l. 241/1990), che fa sorgere nel destinatario del provvedimento favorevole l'aspettativa al mantenimento del rapporto giuridico sorto a seguito di tale atto. Quindi si tratta di avere fiducia nella legittimità dell'atto e nella sua stabilità.

Nel caso delle gare può accadere che la pubblica amministrazione, nell'esercizio del potere di autotutela, annulli o revochi un provvedimento di aggiudicazione prima della stipula di un contratto per esempio in caso di carenza di fondi pubblici accertata precedentemente all'aggiudicazione e non comunicata. Si tratta di un caso in cui l'amministrazione aveva il dovere di avvisare i concorrenti e non lo ha fatto, ingenerando il legittimo affidamento dell'aggiudicatario in ordine alla stipula del contratto.

Può accadere, altresì, che il provvedimento di aggiudicazione, che aveva ingenerato le aspettative dell'aggiudicatario di eseguire il contratto, venga annullato in sede giurisdizionale in seguito al ricorso proposto da altra impresa non vincitrice.

In tutti questi casi, l'annullamento del provvedimento è pienamente legittimo

ma può comunque far insorgere la responsabilità “precontrattuale” in capo alla pubblica amministrazione, per violazione di specifici obblighi di protezione. Infatti, la legittimità del provvedimento e la correttezza del comportamento della p.a. operano su piani distinti: quello della validità dell’atto e quello della violazione degli obblighi di protezione.

La violazione del dovere di correttezza e la lesione del legittimo affidamento sono risarcibili (così come accade nel diritto privato con riferimento alla responsabilità precontrattuale).

Sono risarcibili le conseguenze negative sulle scelte dell’operatore economico causate dalla scorrettezza della pubblica amministrazione (viene risarcito il c.d. “interesse negativo” ossia la somma relativa ai costi inutilmente sostenuti per partecipare alla gara e la perdita di *chances* contrattuali alternative).

La giurisprudenza ha però delineato alcuni limiti alla risarcibilità: il dolo del privato che ha indotto la p.a. all’emanazione del provvedimento illegittimo favorevole, l’evidente o manifesta illegittimità del provvedimento medesimo (percepibile usando l’ordinaria diligenza) e, infine, la conoscenza dell’impugnazione promossa avverso lo stesso (Cons. Stato, ad. plen., 29 novembre 2021, n. 21).

Il codice recepisce quanto elaborato dalla giurisprudenza ed afferma che in caso di aggiudicazione annullata su ricorso di terzi o in autotutela, l’affidamento non si considera incolpevole se l’illegittimità è agevolmente rilevabile in base alla diligenza professionale richiesta ai concorrenti.

Nei casi in cui non spetta l’aggiudicazione, il danno da lesione dell’affidamento è limitato ai pregiudizi economici effettivamente subiti e provati, derivanti dall’interferenza del comportamento scorretto sulle scelte contrattuali dell’operatore economico.

Queste controversie sono devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo in quanto, ancorché riguardanti comportamenti e non atti, sono connesse all’esercizio del potere amministrativo.

È, inoltre, prevista una specifica azione di rivalsa da parte dell’amministrazione, condannata al risarcimento del danno a favore del terzo, nei confronti dell’aggiudicatario che con il proprio comportamento illecito abbia indotto l’amministrazione ad adottare il provvedimento illegittimo.

Il codice introduce il principio della tassatività delle clausole di esclusione che ha la finalità di razionalizzare e semplificare una materia da sempre problematica e foriera di un ingente contenzioso (art. 10).

Le cause di esclusione sono quelle tipizzate dal codice dei contratti. L’amministrazione, nei propri regolamenti riguardanti le gare o nei documenti di gara, non può prevedere ulteriori cause di esclusione rispetto a quelle indicate dal codice. Le clausole che prevedono cause ulteriori di esclusione sono nulle e si considerano non apposte.

Questa norma recepisce quanto affermato dalla giurisprudenza secondo la quale la clausola escludente in violazione del principio di tassatività è da considerarsi nulla e, perciò, non apposta in quanto integrante un ulteriore requisito rispetto a

quelli espressamente previsti. Si tratta, però, di una nullità parziale in quanto non inficia la validità del bando. La nullità colpisce solo la clausola escludente (Cons. Stato, ad. plen., 16 ottobre 2020, n. 22).

Inoltre, vige il principio della eterointegrazione dei documenti di gara da parte del codice. Nel caso in cui il bando o la lettera di invito non prevedano espressamente una clausola di esclusione codicistica ovvero non prevedano che quella clausola sia a “pena di esclusione”, si applica comunque il codice per cui il partecipante non in possesso di quel requisito dovrà essere escluso. Questo perché l’interesse dell’ordinamento attraverso la previsione codicistica delle cause di esclusione è quello di avere partecipanti alle gare adeguatamente qualificati.

Le stazioni appaltanti possono introdurre requisiti speciali, di carattere economico-finanziario e tecnico-professionale, attinenti e proporzionati all’oggetto del contratto, tenendo presente l’interesse pubblico al più ampio numero di potenziali concorrenti. In questi casi non si tratta, però, di ulteriori cause escludenti ma dell’individuazione di specifici requisiti tecnico economici che possono favorire la massima partecipazione e la crescita delle micro, piccole e medie imprese.

Ulteriori principi attengono specificamente alla fase di esecuzione del contratto: il principio della conservazione dell’equilibrio contrattuale (art. 9) e il principio dell’applicazione di contratti collettivi nazionali (art. 11).

La conservazione dell’equilibrio contrattuale è funzionale alla gestione delle sopravvenienze straordinarie e imprevedibili che, alterando le originarie condizioni del contratto, indeboliscono la posizione del soggetto privato.

Nei casi di circostanze straordinarie e imprevedibili, estranee alla normale alea, all’ordinaria fluttuazione economica e al rischio di mercato, tali da alterare in maniera rilevante l’equilibrio originario del contratto, la parte svantaggiata, che non abbia volontariamente assunto il relativo rischio, ha diritto alla rinegoziazione secondo buona fede delle condizioni contrattuali.

Infatti, è possibile che eventi eccezionali (come la recente crisi pandemica) possano modificare in maniera consistente gli equilibri del contratto creando uno shock esogeno eccezionale e imprevedibile. Le parti che ne subiscono le conseguenze hanno il diritto di ripristinare le originarie condizioni per riequilibrare il rapporto sinallagmatico.

Le conseguenze di questi eventi devono essere valutate caso per caso e lo squilibrio deve essere rilevante.

La rinegoziazione si deve limitare a ripristinare le originarie condizioni contrattuali e non può arrivare ad alterare la sostanza economica dell’originario contratto così come individuate dal bando di gara e dal provvedimento di aggiudicazione, altrimenti si eluderebbe il principio dell’evidenza pubblica negoziando un nuovo contratto con l’aggiudicatario. La rinegoziazione non deve alterare il finanziamento stanziato per la realizzazione dell’intervento oggetto del contratto. In tal senso è previsto che gli oneri per la rinegoziazione sono riconosciuti all’esecutore a valere sulle somme a disposizione indicate nel quadro economico dell’interven-

to, alle voci imprevisti e accantonamenti e, se necessario, anche utilizzando le economie da ribasso d'asta.

Al fine di favorire la rinegoziazione, le stazioni appaltanti possono inserire nel bando apposite clausole specie quando il contratto risulta particolarmente esposto al rischio delle interferenze da sopravvenienze a causa della sua durata, del contesto economico di riferimento o di altre circostanze. Ciò non implica che anche in assenza di clausole, stante la valenza generale del principio, non si possano avviare operazioni in tal senso. La rinegoziazione rappresenta un diritto per la parte svantaggiata da eventi imprevedibili.

La concreta applicazione del principio della rinegoziazione si rinviene nell'art. 60 del codice che prevede l'istituto della revisione prezzi e nell'art. 120 che prevede le ipotesi di modifica dei contratti in corso di esecuzione. Ma la rinegoziazione può essere operata anche al di fuori delle specifiche ipotesi previste dagli articoli citati.

Il principio relativo all'applicazione dei contratti collettivi nazionali mira a rendere più stringenti le tutele dei lavoratori impiegati dall'operatore economico che deve eseguire le prestazioni contrattuali. Infatti, al personale impiegato nei lavori, servizi e forniture è applicato il contratto collettivo nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro, stipulato dalle associazioni dei datori e dei lavoratori. L'individuazione del contratto applicabile deve essere effettuata dal bando e dalla lettera di invito. Tuttavia, gli operatori economici possono indicare nella propria offerta il differente contratto collettivo da essi applicato, purché garantisca ai dipendenti le stesse tutele di quello indicato dalla stazione appaltante o dall'ente concedente. Tale parità di tutele dovrà essere accertata in sede di gara dalla stazione appaltante attraverso la procedura per la verifica delle offerte anormalmente basse (art. 110 codice).

Le tutele previste dai contratti applicati devono essere garantite anche per i lavoratori delle imprese subappaltatrici.

Sempre a tutela dei lavoratori è previsto un intervento della stazione appaltante nel caso di inadempienze contributive o retributive. La stazione appaltante trattiene dal certificato di pagamento l'importo corrispondente all'inadempienza per il successivo versamento diretto agli enti previdenziali e assicurativi.

Tema particolarmente rilevante è quello dell'applicazione dei principi relativi alla tutela dell'ambiente nell'ambito delle commesse pubbliche. In questo caso vengono in rilievo i principi dello sviluppo sostenibile, della prevenzione e della precauzione che, però, non sono espressamente richiamati dal codice.

Il principio dello sviluppo sostenibile (art. 3 *ter* d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, testo unico ambiente) prevede che ogni attività umana giuridicamente rilevante "deve conformarsi al principio dello sviluppo sostenibile, al fine di garantire che il soddisfacimento dei bisogni delle generazioni attuali non possa compromettere la qualità della vita e le possibilità delle generazioni future" (...) "in questo senso si deve informare anche l'attività della pubblica amministrazione che deve essere

finalizzata a consentire la migliore attuazione possibile del principio dello sviluppo sostenibile, per cui nell'ambito della scelta comparativa di interessi pubblici e privati connotata da discrezionalità gli interessi alla tutela dell'ambiente e del patrimonio culturale devono essere oggetto di prioritaria considerazione". L'affermazione di tale principio è stata ulteriormente rafforzata dalla recente modifica alla Costituzione: l'art. 41 prevede che "la legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali e ambientali". La finalità di protezione ambientale diviene così parametro essenziale di qualsiasi politica pubblica che riguarda l'attività economica, pubblica e privata.

Nell'ambito dei contratti pubblici, il rispetto delle finalità ambientali viene previsto con riferimento a vari istituti che, considerati nel loro insieme, costituiscono il c.d. *green public procurement* (Gpp). Il Gpp indica il processo attraverso il quale le autorità pubbliche cercano di acquistare beni, servizi e opere con un ridotto impatto ambientale durante tutto il loro ciclo di vita. Si tratta, quindi, di un utile strumento non solo per attuare le politiche ambientali ma anche per ottimizzare le risorse pubbliche. Il ridotto impatto ambientale può avere effetti positivi sui bilanci pubblici generando notevoli risparmi di spesa attraverso la riduzione delle esternalità negative dovute ai danni ambientali e ai conseguenti costi di ripristino della qualità dell'ecosistema naturale.

Il legislatore deve "costringere" le amministrazioni a dare l'esempio e acquistare prodotti circolari e "verdi". Per cui il Gpp, può indurre a sua volta gli operatori economici ad offrire "green" e ad implementare le politiche di rispetto ambientale e di economia circolare.

In tal senso devono essere lette le norme che impongono gli acquisti di prodotti con determinati requisiti ambientali (Cam, criteri ambientali minimi), la valutazione in sede di offerta economicamente più vantaggiosa delle esternalità ambientali di una determinata lavorazione o prodotto.

Sempre con riferimento alla tutela ambientale sia nella fase della programmazione sia nella fase della progettazione vengono in rilievo istituti come gli studi ambientali, la valutazione ambientale strategica (Vas) la valutazione di impatto ambientale (Via) che consentono di verificare l'impatto sull'ambiente dell'intervento prodotto e orientare lo stesso a soluzioni che prevedano il minimo impatto possibile sulla base dell'applicazione dei principi di prevenzione e precauzione.

3. Le opere e i lavori pubblici

Per lavoro pubblico si intende l'attività di costruzione, demolizione, recupero, ristrutturazione, restauro, manutenzione, di opere pubbliche.

Per opera pubblica si intende il risultato di un insieme di lavori, che di per sé espliciti una funzione economica o tecnica. Le opere comprendono sia quelle che sono il risultato di un insieme di lavori edilizi o di genio civile, sia quelle di difesa

e di presidio ambientale, di presidio agronomico e forestale, paesaggistica e di ingegneria naturalistica.

Il lavoro o l'opera pubblica si differenziano dai servizi e dalle forniture in quanto il servizio consiste in un'attività, una prestazione, che un soggetto imprenditore svolge nell'interesse della p.a. (si pensi ai servizi di pulizia o ai servizi di mensa). Le forniture, invece, sono i beni mobili che la p.a. acquista per la realizzazione di finalità pubbliche (si pensi ai banchi di una scuola, a computer per un ufficio).

Non vi è coincidenza tra il concetto di lavoro e quello di opera pubblica. Mentre il primo costituisce un'operazione materiale, un'attività tecnica, l'opera è il risultato di questa attività. L'opera è un *quid novi* e costituisce un bene materiale destinato alla soddisfazione di un interesse pubblico. Non vi può essere opera pubblica che non scaturisca da un lavoro pubblico, mentre si può avere lavoro pubblico senza che vi sia opera pubblica. Infatti, il lavoro pubblico non sempre determina la nascita di un nuovo bene e cioè di un'opera. Un lavoro può anche consistere nella eliminazione di un'opera (basti pensare alla demolizione di un edificio pericolante); può intervenire su una precedente opera non in modo radicale al solo fine di mantenerla efficiente o di riportarla in efficienza (manutenzione ordinaria e straordinaria, attività di riparazione o restauro).

La distinzione tra opere e lavori pubblici è di scarso rilievo pratico in quanto a queste due categorie di attività si applicano le medesime norme in materia di selezione dei contraenti e di esecuzione del contratto (in passato, invece, si applicavano differenti discipline).

Il problema più rilevante è individuare il criterio per il quale i lavori o le opere si possono considerare pubblici, poiché da tale qualificazione discende l'applicabilità o meno del regime dell'evidenza pubblica a tali attività.

Ciò che accomuna il lavoro e l'opera pubblica è la soddisfazione dell'interesse pubblico, per cui, viene in rilievo come criterio fondamentale quello teleologico o finalistico.

In passato, il dibattito sulla nozione di lavoro o opera pubblica è risultato particolarmente acceso poiché affioravano vari criteri per l'attribuzione del carattere della pubblicità.

Un primo criterio era quello soggettivo. Si affermava che la pubblicità del lavoro o dell'opera risultava dalla natura pubblica del soggetto realizzatore e del soggetto che ne diveniva titolare. L'opera è pubblica se è realizzata dallo Stato o da altro ente pubblico e deve appartenere a questi soggetti. Conseguentemente un'opera non può definirsi pubblica se eseguita da un privato o nel caso in cui sia di proprietà dello stesso. Il criterio soggettivo non si è dimostrato funzionale alla qualificazione della pubblicità dell'opera o del lavoro.

L'evoluzione della normativa, anche dovuta all'impatto del diritto europeo su quello nazionale, ha individuato fattispecie nelle quali la realizzazione di lavori o opere pubbliche viene effettuata da soggetti privati. Si pensi all'ipotesi in cui l'opera sia realizzata da un privato in qualità di concessionario ed essa sia destina-

ta a diventare di proprietà dello Stato alla scadenza della concessione: in questi casi, l'opera è definita come pubblica. Oramai è pacifico che anche soggetti privati possano realizzare opere pubbliche (concessionari, società miste, organismi di diritto pubblico e soggetti privati che realizzano direttamente opere di urbanizzazione).

Anche il profilo della proprietà pubblica non è utile per definirne la natura. Vi possono essere opere di proprietà di soggetti privati che solo in un secondo momento entrano nel patrimonio dell'ente pubblico eppure si definiscono pubbliche (si pensi alle opere pubbliche realizzate in regime di concessione di costruzione e gestione nell'ipotesi in cui la proprietà delle stesse rimanga al concessionario sino alla scadenza della concessione per poi confluire nel patrimonio dell'ente concedente).

Ulteriore criterio individuato era quello della pubblicità del finanziamento dell'intervento da realizzare. Ma neanche questo criterio, alla luce delle innovazioni legislative, si è rivelato decisivo. Infatti, il nostro ordinamento ha concepito nuovi strumenti giuridici per la realizzazione di opere pubbliche finanziate da soggetti privati anche per far fronte alla endemica penuria di fondi pubblici (si pensi allo strumento della finanza di progetto o a quello delle sponsorizzazioni e, in generale, alla categoria dei contratti di partenariato pubblico privato, oppure alla realizzazione di opere di urbanizzazione su aree private, cedute alla p.a. a titolo gratuito assieme all'area di pertinenza, sia nei piani di lottizzazione sia nello scomputo del contributo di costruzione).

Allora, il criterio più adeguato per identificare un'opera o un lavoro come pubblico è quello finalistico.

L'opera deve essere destinata a soddisfare l'interesse pubblico. L'interesse pubblico può caratterizzare lo svolgimento di una funzione pubblica come l'erogazione di un servizio pubblico e si può considerare interesse pubblico anche quello strumentale all'espletamento di una funzione o di un servizio (strade, ferrovie, ospedali, impianti di illuminazione). Se l'opera ha una destinazione diversa non può qualificarsi come pubblica (la costruzione di edifici da parte di una p.a. destinati alla locazione a prezzi di mercato non può considerarsi opera pubblica in quanto non diretta a soddisfare un interesse pubblico).

Dalle opere pubbliche devono essere distinte le opere private di pubblica utilità. Queste sono di proprietà dei soggetti privati e sono destinate ad avere una doppia finalità: rispondono a un fine pubblico e soddisfano un'utilità di natura privatistica (si pensi alle infrastrutture di telecomunicazione o a una casa di cura). Per la realizzazione di tali opere, stante la loro destinazione pubblicistica, possono essere utilizzate le medesime procedure espropriative previste per l'acquisizione di terreni sui quali realizzare le opere pubbliche.

Infine, dal concetto di opera pubblica deve essere in parte distinto quello di infrastruttura. Le infrastrutture consistono in opere di grandi dimensioni e di notevole importo, a rete, generalmente funzionali all'erogazione di un servizio pubblico alla collettività (porti, aeroporti, grandi reti di trasporto e di navigazione). Que-

sta tipologia di infrastruttura è da considerarsi prioritaria per lo sviluppo del Paese e per tale motivo il codice dei contratti prevede una disciplina in parte derogatoria rispetto a quella generale (art. 39 codice). In particolare, le infrastrutture dichiarate di interesse nazionale sono previste nell'ambito di particolari strumenti di programmazione e pianificazione (come il piano generale dei trasporti e della logistica e il documento pluriennale di pianificazione di competenza del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti) e sono sottoposte a una gestione fortemente centralizzata (con un ruolo fondamentale svolto dal Cipess – Comitato interministeriale per la programmazione economica e lo sviluppo sostenibile) di tutte le fasi della procedura a evidenza pubblica.

Nell'ambito delle opere o dei lavori pubblici possono rilevare anche gli interventi di rigenerazione urbana che hanno il fine di contrastare il consumo del suolo, incentivando il recupero, il riuso e la valorizzazione del patrimonio edilizio esistente e dei tessuti urbani, favorendo usi compatibili degli edifici e degli spazi pubblici e privati, nonché promuovendo la qualità urbana e architettonica.

4. I servizi e le forniture

Oltre alle opere e lavori pubblici, l'attività negoziale della p.a. si può indirizzare verso l'acquisizione di servizi e forniture.

Il servizio consiste nella prestazione di *facere* utile per il committente, suscettibile di valutazione economica, che non costituisce un'opera, in quanto non vi deve essere alcuna elaborazione o trasformazione di materia (si pensi al servizio di pulizia dei locali di un'amministrazione). Tra questi rientrano anche particolari servizi come quelli legali, culturali, socio assistenziali, di ristorazione o sostitutivi di essa (buoni pasto).

Non sempre è facile delimitare il confine fra servizio e lavoro. Si pensi all'ipotesi della manutenzione che le norme inquadrano nell'ambito dei lavori in quanto generalmente l'attività dell'appaltatore è volta alla modificazione della realtà fisica, con l'utilizzazione, la manipolazione e l'installazione di materiali aggiuntivi e sostitutivi non inconsistenti sul piano strutturale e funzionale. Ma vi possono essere attività collegate alla manutenzione che rientrano nell'ambito dei servizi come la riparazione, la pulizia degli edifici e le gestioni immobiliari. Un caso problematico è quello della manutenzione stradale che spesso viene qualificata come servizio, si pensi ad esempio al ripristino delle condizioni di sicurezza stradale e di reintegra delle matrici ambientali compromesse dal verificarsi di incidenti stradali. Altra ipotesi di servizio è il contratto avente a oggetto non solo la fornitura del calore necessario per il riscaldamento degli immobili di un'amministrazione, ma anche la gestione, la manutenzione – purché non configurabile come una prestazione essenziale di modificazione della realtà materiale – e riqualificazione degli stessi impianti termici.

Dal concetto di servizio si deve distinguere quello di servizio pubblico an-

ch'esso caratterizzato dalla prestazione di un *facere* ma in questo caso volto alla soddisfazione di un interesse della collettività e non di una amministrazione.

Il servizio pubblico costituisce una delle forme di manifestazione dell'attività amministrativa. Sul punto occorre rilevare che per attività amministrativa si deve intendere quell'insieme di atti, ai quali l'ordinamento attribuisce rilevanza giuridica nel loro complesso, finalizzata alla cura di interessi pubblici. In questo senso, tradizionalmente, il concetto di attività amministrativa era legato all'esercizio da parte dei pubblici poteri di funzioni sovrane (difesa, sicurezza, giustizia). Queste attività erano svolte necessariamente da soggetti pubblici attraverso l'applicazione delle norme di diritto pubblico. Nel corso del tempo, però, lo Stato ha assunto ulteriori compiti necessari ad assicurare il benessere della collettività (si pensi al servizio di trasporto pubblico a quello postale o telefonico). Il mercato non era in grado di soddisfare pienamente tali interessi per cui molte attività furono assunte da enti pubblici in via diretta o indiretta (tramite società pubbliche) e, in alcuni casi, furono esternalizzate a privati l'operato dei quali veniva monitorato dai soggetti pubblici.

Si può, quindi, affermare che l'attività diretta alla realizzazione di un fine pubblico non si è più solo identificata nella funzione pubblica ma anche nella prestazione di servizi pubblici alla collettività. Sempre più spesso è accaduto che i profili della funzione e del servizio si intrecciassero tra loro rendendo non agevole la distinzione tra queste due tipologie di attività. Il minimo comun denominatore è la prestazione nei confronti della collettività, indipendentemente dalla natura giuridica dei mezzi utilizzati e dalla natura del soggetto.

I servizi pubblici possono essere suscettibili, a differenza delle funzioni pubbliche, di esercizio da parte di soggetti privati e secondo forme privatistiche (si pensi alle società *in house*, alle società miste o all'affidamento a privati tramite concessioni). Il servizio pubblico è svolto nei confronti di utenti terzi, che non si identificano con la p.a. (si pensi al servizio di pulizia e rimozione rifiuti nelle strade urbane o di trasporto pubblico). Il privato che gestisce il servizio pubblico (per esempio tramite concessione) ottiene il proprio compenso non già dall'amministrazione ma dall'esterno, ovvero dall'utenza che fruisce del servizio attraverso il pagamento di tariffe. Il servizio è erogato dall'impresa con assetto organizzativo autonomo e con strumenti privatistici.

Il d.lgs. 23 dicembre 2022, n. 201 disciplina una particolare categoria di servizi pubblici ossia i servizi pubblici locali. In questa normativa vengono individuate alcune definizioni di servizi pubblici di particolare interesse: servizi pubblici locali di rilevanza economica ossia i servizi erogati o suscettibili di essere erogati dietro corrispettivo economico su un mercato, che non sarebbero svolti senza un intervento pubblico o sarebbero svolti a condizioni differenti in termini di accessibilità fisica ed economica, continuità, non discriminazione, qualità e sicurezza, che sono previsti dalla legge o che gli enti locali, nell'ambito delle proprie competenze, ritengono necessari per assicurare la soddisfazione dei bisogni delle comunità locali, così da garantire l'omogeneità dello sviluppo e la coesione sociale; servizi

pubblici locali a rete ossia i servizi di interesse economico generale di livello locale che sono suscettibili di essere organizzati tramite reti strutturali o collegamenti funzionali necessari tra le sedi di produzione o di svolgimento della prestazione oggetto di servizio, sottoposti a regolazione ad opera di un'autorità indipendente.

Vi sono varie modalità per l'affidamento di tali servizi pubblici: affidamento a terzi mediante procedura a evidenza pubblica, nel rispetto della normativa sui contratti pubblici (in questi casi è preferibile l'affidamento di contratti di concessioni rispetto all'appalto, poiché la concessione favorisce il trasferimento del rischio operativo in capo all'operatore economico); l'affidamento a società mista a partecipazione pubblico privata; affidamento a società *in house*; la gestione in economia o mediante aziende speciali per i servizi diversi da quelli a rete.

Nel mero servizio (che viene solitamente affidato tramite contratto di appalto), invece, l'amministrazione riceve dal contraente una prestazione a essa destinata, in cambio di un corrispettivo. Un caso problematico è quello dell'illuminazione pubblica che tradizionalmente è stato ricondotto nella nozione di servizio pubblico ma che, a ben vedere, non dovrebbe rientrare nello schema concessorio, poiché manca un rapporto giuridico diretto del prestatore del servizio con il cittadino utente e la correlativa assunzione del rischio economico da parte del prestatore del servizio, che, invece, è remunerato da un prezzo. Il rapporto giuridico intercorre esclusivamente tra prestatore e l'amministrazione, rimanendone estranea l'utenza. Il prestatore non si assume il rischio della gestione economica del servizio.

Il codice prevede che i contratti possano avere a oggetto i "servizi globali" ossia il complesso delle prestazioni eterogenee, necessarie per il compimento, la gestione, la manutenzione, il finanziamento di un'opera o di un servizio, e funzionali al miglior perseguimento del risultato amministrativo, anche in termini di efficienza e qualità, di cui è garante l'operatore economico (art. 203 codice). Si tratta di contratti complessi, anche atipici, che includono elementi propri di più negozi giuridici, tutti volti alla realizzazione di un risultato finale (es. gestione di un bene pubblico). Di solito in questi casi viene in rilievo come prestazione principale quella di manutenzione (si pensi al patrimonio immobiliare pubblico con le relative attività di manutenzione ordinaria e straordinaria, la manutenzione degli impianti, i servizi di pulizia e di vigilanza; o ancora all'attività concernente il verde pubblico e le attività di pavimentazione, pulizie, stralcio d'erba, rifacimenti delle aree verdi).

5. I sistemi diretti per la realizzazione delle opere, servizi e forniture

Le prestazioni relative ai lavori o ai servizi pubblici possono essere realizzate direttamente dalle amministrazioni (c.d. principio dell'autoproduzione), possono essere oggetto di accordi di cooperazione fra pubbliche amministrazioni e, infine, possono essere esternalizzate, ossia affidate a soggetti privati.

È nella disponibilità delle amministrazioni decidere quale sistema utilizzare (art. 7 codice). I due sistemi sono posti in posizione di tendenziale parità.

Una prima modalità di autoproduzione consiste nel sistema dell'amministrazione diretta, ossia nello svolgimento da parte delle amministrazioni di lavori o servizi con materiali propri o appositamente acquistati e con personale proprio o eventualmente assunto per l'occasione, sotto la direzione del responsabile del procedimento. Tale ipotesi viene in rilievo per interventi di minimo importo che non implicano un consistente sforzo organizzativo da parte dell'amministrazione. Per interventi più complessi, invece, può essere necessario esternalizzarne l'esecuzione dato che le amministrazioni possono non avere al proprio interno personale tecnico idoneo allo svolgimento di tali prestazioni.

Una peculiare manifestazione del principio di autoproduzione è il c.d. *in house providing*. La peculiarità dell'istituto risiede nel fatto che l'amministrazione non soddisfa direttamente le proprie esigenze ma effettua affidamenti diretti, quindi senza ricorrere a procedure competitive, a soggetti che, pur formalmente estranei alla sua organizzazione, costituiscono articolazioni della stessa amministrazione da cui promanano, non avendo una propria autonomia decisionale. Si tratta spesso di società totalmente o prevalentemente partecipate dall'amministrazione. La deroga al principio della concorrenza si giustifica con il fatto che la società *in house* non è, sostanzialmente, un soggetto differente dall'amministrazione.

L'affidamento *in house* è tendenzialmente fungibile rispetto alla esternalizzazione. L'amministrazione, però, deve motivare tale scelta. Infatti, il provvedimento di affidamento diretto deve dar conto dei vantaggi per la collettività, delle connesse esternalità e della congruità economica della prestazione, anche in relazione al perseguimento di obiettivi di universalità, socialità, efficienza, economicità, qualità della prestazione, celerità del procedimento e razionale impiego di risorse pubbliche. La motivazione della scelta è fondata più su ragioni di tipo economico-sociale che giuridiche. Nel caso di affidamenti *in house* per i servizi pubblici locali (di importo superiore alla soglia europea), è prevista, invece, una motivazione qualificata che dia espressamente conto delle ragioni del mancato ricorso al mercato ai fini di un'efficiente gestione del servizio.

L'affidamento *in house* è un istituto di origine europea che è stato recepito nella nostra legislazione sui contratti pubblici (ora art. 7 nonché d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 contenente il "Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica").

La società *in house* per essere affidataria diretta di contratti da parte dell'amministrazione deve avere particolari requisiti (artt. 2 e 16 d.lgs. 175/2016).

Innanzitutto, l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore devono esercitare sulla persona giuridica un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi. Per controllo analogo si intende la situazione in cui l'amministrazione esercita un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici sia sulle decisioni significative della società controllata. Il controllo può anche essere esercitato da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall'am-

ministrazione partecipante. Il controllo potrebbe essere anche congiunto, in quanto operato da più pubbliche amministrazioni. In tal caso, gli organi decisionali della persona giuridica controllata devono essere composti da rappresentanti di tutte le amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori partecipanti e la società controllata non deve perseguire interessi contrari a quelli degli enti controllanti.

Inoltre, la società *in house* deve effettuare almeno l'ottanta per cento delle attività (percentuale misurabile attraverso il fatturato medio o altra idonea misura alternativa basata sull'attività) a favore dell'amministrazione ossia per lo svolgimento dei compiti a essa affidati dall'amministrazione controllante o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione (c.d. esclusività dell'attività). Quindi, le attività della società *in house* devono essere indirizzate esclusivamente alla produzione di un servizio di interesse generale, ivi inclusa la realizzazione e la gestione delle reti e degli impianti funzionali ai servizi medesimi; alla progettazione e realizzazione di un'opera pubblica sulla base di un accordo di programma fra amministrazioni pubbliche; autoproduzione di beni o servizi strumentali all'ente o agli enti pubblici partecipanti o allo svolgimento delle loro funzioni, nel rispetto delle condizioni stabilite dalle direttive europee in materia di contratti pubblici e della relativa disciplina nazionale di recepimento; servizi di committenza, ivi incluse le attività di committenza ausiliarie, prestati a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici.

Una produzione ulteriore rispetto al limite di fatturato indicato (c.d. attività *extra moenia*), può essere rivolta anche a finalità diverse, ma è consentita solo a condizione che la stessa permetta di conseguire economie di scala o altri recuperi di efficienza sul complesso dell'attività principale della società.

Nella società *in house* non vi deve essere alcuna partecipazione diretta di capitali privati, a eccezione di quelle che non consentano di esercitare un'influenza determinante o un potere di veto sulla società. La partecipazione del capitale privato nei soggetti *in house* è, inoltre, consentita solo se espressamente prevista dalla legislazione nazionale o se conforme a trattati.

I soggetti *in house* devono seguire le procedure a evidenza pubblica disciplinate dal codice dei contratti per individuare i propri contraenti.

Una deroga a tale principio si ha nelle ipotesi in cui il soggetto *in house* aggiudichi appalti o concessioni alla propria amministrazione controllante (c.d. *in house* inverso o verticale capovolto) o ad altro soggetto giuridico controllato da quest'ultima (c.d. *in house* orizzontale), a condizione che nella persona giuridica controllata non vi sia alcuna partecipazione diretta di capitali privati.

Ulteriore forma di esecuzione diretta, derogatoria rispetto al principio dell'evidenza pubblica, è il c.d. partenariato pubblico-pubblico.

In questi casi viene concluso un accordo esclusivamente tra due o più amministrazioni. L'accordo deve stabilire o realizzare una cooperazione finalizzata a garantire che i servizi pubblici che le amministrazioni sono tenute a svolgere siano prestati per conseguire gli obiettivi che esse hanno in comune. L'attuazione di tale cooperazione deve essere retta esclusivamente da finalità di perseguimento del-

l'interesse pubblico. Infine, le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori partecipanti devono svolgere sul mercato aperto meno del venti per cento delle attività interessate dalla cooperazione (percentuale misurabile con il fatturato totale medio o con idonea misura alternativa basata sull'attività).

Si tratta di ipotesi che possono essere inquadrate nell'ambito dell'istituto degli accordi fra pubbliche amministrazioni previsto dall'art. 15 l. 241/1990. L'ammissibilità di tali accordi si fonda sull'estraneità alla logica dello scambio fra prestazione e controprestazione propria dei contratti mentre ciò che prevale è la logica del coordinamento fra amministrazioni in vista della realizzazione di finalità pubblicistiche.

6. Le esternalizzazioni

Oltre alle forme dirette di realizzazione di interventi pubblici, vengono in rilievo sistemi per l'esecuzione di lavori, servizi e forniture fondati sulla esternalizzazione delle prestazioni (*outsourcing*).

In via generale, con termine esternalizzazione ci si riferisce al processo di decentramento che qualifica la moderna produzione industriale e che consiste nell'affidamento di singole fasi del processo produttivo a subfornitori, mentre in capo all'azienda rimane soltanto la progettazione e la realizzazione del prodotto finito (*core business*). La definizione di *outsourcing* è mutuata dalla tecnica aziendale. Nel settore pubblico il concetto di esternalizzazione ricomprende fattispecie eterogenee dal punto di vista organizzativo ed economico, che hanno come caratteristica l'affidamento all'esterno di un'attività o di un complesso di attività costituenti funzione o servizio pubblico, di attività strumentali alla realizzazione delle stesse o alla gestione di un bene pubblico.

L'*outsourcing* si può definire come il trasferimento della produzione di attività dalle amministrazioni a imprese private, pur continuando le prime a finanziarle e ad assumersi la responsabilità del soddisfacimento del bisogno pubblico.

Le pubbliche amministrazioni, delegando all'esterno attività, spesso strumentali, possono concentrarsi su quelle strategiche ed essenziali per la produzione e l'erogazione dei beni e dei servizi necessari per lo sviluppo della comunità.

Sono numerose le ragioni che spingono le amministrazioni all'utilizzo dell'*outsourcing*: innanzitutto, l'esigenza di rispondere a domande relative a prestazioni dei servizi in eccedenza rispetto alle proprie capacità; la possibilità di ridurre i costi, pur mantenendo stabili la quantità e la qualità dei servizi erogati; la necessità di migliorare i servizi a costi immutati; l'ampliamento delle tipologie di prestazioni offerte. I benefici che possono derivare alle amministrazioni consistono nella possibilità di ovviare alla carenza di alcune professionalità, nonché nell'attenuazione delle logiche burocratiche, in quanto la gestione del servizio da parte di fornitori esterni avviene attraverso strutture più agili e flessibili rispetto a quelle pubbliche. L'*outsourcing*, pertanto, si configura non tanto come una fattispecie contrattuale, bensì come tecnica aziendale e, più precisamente, tecnica gestionale

che può attuarsi con i tradizionali contratti sinallagmatici (per esempio l'appalto) ovvero i contratti atipici (basti pensare ai contratti di *global service*).

La realizzazione di lavori, servizi e forniture può essere affidata a privati attraverso varie tipologie contrattuali disciplinate in parte dal codice dei contratti pubblici.

Tra le tipologie contrattuali più rilevanti si annoverano gli appalti e le concessioni rientranti nella categoria dei contratti di partenariato pubblico privato. Accanto a questi contratti ne vengono disciplinati altri come le sponsorizzazioni, con particolare riferimento al settore dei beni culturali, e la locazione finanziaria di opere pubbliche.

Inoltre, l'amministrazione può stipulare qualsiasi contratto anche atipico per realizzare in maniera efficace e con strumenti flessibili gli interessi pubblici a essa affidati.

6.1. L'appalto

Il sistema tradizionale per la realizzazione di opere e lavori, forniture e servizi è rappresentato dal contratto di appalto.

Secondo la definizione civilistica, l'appalto è il contratto con il quale una parte assume, con organizzazione e i mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un'opera verso un corrispettivo in denaro (art. 1655 c.c.).

Il contratto di appalto rientra nella categoria della *locatio operis* e l'appaltatore è tenuto a rendere l'opera richiesta dal committente in completa autonomia organizzativa. Perciò l'appaltatore deve necessariamente essere un imprenditore.

Il contratto di appalto pubblico ha una disciplina in parte derogatoria rispetto a quanto stabilito dal codice civile. Infatti, vi sono norme speciali che riguardano il processo di formazione della volontà della p.a. (il procedimento a evidenza pubblica) nonché la fase di esecuzione.

Al di là di queste deroghe, dovute alla natura pubblica di uno dei soggetti contraenti, la disciplina normativa del contratto di appalto rimane quella civilistica.

L'oggetto dell'appalto di lavori pubblici può consistere sia nella sola esecuzione sia nella progettazione esecutiva congiuntamente all'esecuzione dell'opera o del lavoro.

In passato, un appalto che richiedeva esecuzione e progettazione veniva denominato appalto concorso, tale denominazione è stata espunta dal codice dei contratti in luogo di quella di appalto integrato (art. 44 codice). L'esigenza di richiedere agli offerenti anche la progettazione dell'opera deriva sia da aspetti tecnici sia da aspetti organizzativi. Spesso le stazioni appaltanti, specialmente quelle di piccole dimensioni, non hanno uffici tecnici adeguati in grado di progettare opere pubbliche. E tali carenze diventano ancor più rilevanti allorché si tratti di appalti particolarmente complessi dal punto di vista tecnico. L'amministrazione, quindi, può richiedere in sede di offerta la redazione del progetto definitivo e di quello esecutivo o solo del progetto esecutivo.