



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI TERAMO

Diritto degli appalti pubblici

Prof. Simona D'Antonio

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

A.A. 2024/2025

Argomento 1

La disciplina dei contratti pubblici:
evoluzione, fonti e principi.

Nozioni introduttive

- L'attività contrattuale delle amministrazioni pubbliche
 - capacità giuridica generale: sì (art. 11 c.c.)
 - autonomia privata in senso pieno: si discute
- L' «evidenza pubblica»
 - serie negoziale *concernente la formazione della volontà contrattuale*
 - serie procedimentale *volta a dare evidenza alle ragioni di pubblico interesse della conclusione di quel contratto con quel contraente, la quale consta delle seguenti fasi: deliberazione, conclusione, approvazione, esecuzione del contratto*

Schema preliminare sulle fonti della materia

- Codice civile
- Legge di contabilità generale dello Stato e relativo regolamento
- Codice dei contratti pubblici di cui al d. lgs. 31 marzo 2023, n. 36
- Diritto dell'Unione europea
- Capitolati d'onori generali e speciali

Evoluzione normativa

- Legge di contabilità di Stato (r.d. 18 novembre 1923, n. 2440) e regolamento di esecuzione (r.d. 23 maggio 1924, n. 827)
- Direttive di prima generazione (lavori: 1971, 1972; forniture: 1977, 1980) e leggi interne di recepimento
- Direttive di seconda generazione (forniture: 1988; opere pubbliche: 1989; servizi: 1992; settori esclusi*: 1990, 1993; ricorsi: 1989, 1992) e leggi interne di recepimento (tra cui la l. n. 109/1994)
- La legge di contabilità continuava a disciplinare tutti i contratti attivi e i contratti passivi «sotto soglia»

* *Poi chiamati «speciali»: acqua, energia, trasporti e servizi postali*

(segue)

- Direttive di terza generazione (2004/18/CE: lavori, forniture e servizi nei settori ordinari; 2004/17/CE: lavori, forniture e servizi nei settori speciali*) → primo «codice dei contratti pubblici» (d. lgs. n. 163/2006) + regolamento (d.p.r. n. 207/2010); direttiva ricorsi 2007/66/CE e relativo recepimento nel C.P.A
- Direttive di quarta generazione (concessioni: 2014/23/UE; appalti nei settori ordinari: 2014/24/UE; appalti nei settori speciali: 2014/25/UE) → secondo «codice dei contratti pubblici» (d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50) + decreti ministeriali e linee guida ANAC

* *nuova denominazione dei settori «esclusi»*

Dal primo al secondo codice

- Il codice dei contratti pubblici del 2006 (256 articoli) disciplina anche i contratti sotto soglia (la legge di contabilità continua a disciplinare solo i contratti attivi) e per la prima volta ingloba e razionalizza tutti i diversi aspetti (affidamento ed esecuzione, tutela giurisdizionale e rimedi stragiudiziali, disciplina del procedimento amministrativo, antimafia)
- Il codice dei contratti pubblici del 2016 (220 articoli), in attuazione delle direttive di quarta generazione, persegue obiettivi di semplificazione, accelerazione, flessibilità, incremento della partecipazione delle piccole e medie imprese, maggiore ricorso al mercato elettronico, miglioramento del rapporto costi/efficacia, maggiore attenzione agli aspetti sociali ed ambientali, rafforzamento del ruolo dell'ANAC (istituita con l. n. 190/2012)

(segue)

- Fonti secondarie:
 - mentre il primo codice era affiancato da un ponderoso regolamento di esecuzione ed attuazione di 358 articoli (d.p.r. 5 ottobre 2010, n. 207), il secondo codice è completato da 16 decreti del MIT, 15 decreti di altri ministeri e 15 Linee guida dell'ANAC
- Il secondo codice tiene conto delle misure di razionalizzazione della spesa pubblica del 2012:
 - spending review (d.l. 52/2012): estensione a tutte le PP.AA. dell'obbligo di ricorrere al MEPA (mercato elettronico della P.A.) per gli acquisti di beni e servizi inferiori alla soglia comunitaria
 - spending review 2 (d.l. 95/2012): rafforzamento del ruolo di CONSIP e delle centrali di committenza regionali

Riforme successive al secondo codice

- Decreto «correttivo» di cui al d. lgs. 19 aprile 2017, n. 56
- Decreto «sblocca-cantieri» - d.l. 18 aprile 2019, n. 32 (sospende fino al 31 dicembre 2020 alcuni istituti del codice)
- Decreto «semplificazioni» - d.l. 12 luglio 2020, n. 76 (data la pandemia, introduce in via transitoria ulteriori deroghe al codice)
- Decreto «governance» - d.l. 31 maggio 2021, n. 77 (introduce misure volte ad agevolare l'attuazione del PNRR)
- Decreto «PNRR 3» - d.l. 24 febbraio 2023, n. 13 (introduce misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure)

Dal secondo al terzo codice

- Esigenza di razionalizzare il quadro normativo e di adeguarlo pienamente alle direttive europee
- Legge delega 21 giugno 2022, n. 78 → d. lgs. 31 marzo 2023, n. 36, entrato in vigore il 1° aprile 2023 ed efficace dal 1° luglio 2023 (data di abrogazione del secondo codice): 229 articoli + 39 allegati
- Ultrattività del d.l. n. 77/2021 e del d.l. n. 13/2023 per le procedure di affidamento e per i contratti finanziati in tutto o in parte con fondi PNRR
- Conferma dei processi di centralizzazione e razionalizzazione degli acquisti di beni e servizi
- Conferma delle misure volte alla prevenzione e alla repressione della corruzione e dell'illegalità nella P.A.

Principali novità del terzo codice

- Previsione di una serie di principi, in particolare del **risultato**, della **fiducia*** e dell'**accesso al mercato** (artt. 1, 2 e 3)
- Criterio interpretativo ed applicativo (art. 4)
- Conservazione dell'equilibrio contrattuale (art. 9)
- Criterio quantitativo nella disciplina dei contratti misti (art. 14)
- Digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti pubblici (Parte II: artt. 19-36)

* *Cons. Stato, sez. V, 13/09/2024, n. 7571*

(segue)

- Obbligatorio l'inserimento delle clausole di revisione prezzi (art. 60)
- Riordino delle cause di esclusione (artt. 94-98) e ampliamento del self cleaning
- Subappalto a cascata (art. 119): ammesso, salve specifiche e motivate limitazioni indicate dalla stazione appaltante
- Settori speciali (libro III), partenariato pubblico-privato (libro IV) e in particolare finanza di progetto
- Rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale: valorizzato il Collegio Consultivo Tecnico

Riepilogo delle fonti della materia

- Il codice civile
- La normativa di contabilità pubblica (legge di contabilità generale dello Stato, r.d. 2440/1923; relativo regolamento di attuazione, r.d. 827/1924)
- La legge sul procedimento amministrativo (l. n. 241/1990)
- Le direttive europee (2014/23/UE, 2014/24/UE, 2014/25/UE)
- Il nuovo codice dei contratti pubblici (d. lgs. 31 marzo 2023, n. 36)
- I capitolati d'oneri generali e speciali
- Il codice del processo amministrativo (d. lgs. n. 104/2010); il codice dell'amministrazione digitale (d. lgs. n. 82/2005); il T.U. in materia di documentazione amministrativa (d.P.R. n. 445/2000); il T.U. sulle società a partecipazione pubblica (d. lgs. n. 175/2016); etc.
- Le leggi regionali

Competenza legislativa statale o regionale?

- Art. 117, cc. 2 e 3 Cost.: assenza della materia «lavori pubblici»
 - D. lgs. n. 163/2006 (primo codice): Corte cost. n. 401/2007
- i lavori pubblici non costituiscono una «materia»; la disciplina dei contratti pubblici:
- in quanto volta alla tutela della concorrenza è riservata alla legge dello Stato
 - in quanto ricadente sotto il diritto civile è riservata alla legge dello Stato
- Invece le Regioni a statuto speciale e le province autonome di Trento e Bolzano hanno potestà legislativa in materia di lavori pubblici di interesse regionale e provinciale (Corte cost. n. 45/2010)

I principi

tra secondo e terzo codice

I principi del secondo codice

- Principi applicabili all'affidamento e all'esecuzione:
 - Qualità delle prestazioni
 - Economicità (uso ottimale delle risorse; conservazione atti giuridici; divieto di aggravare il procedimento)
 - Efficacia (congruità degli atti rispetto allo scopo)
 - Tempestività (carattere perentorio dei termini onde garantire la chiusura del procedimento nei tempi previsti)
 - Correttezza (connesso con trasparenza e imparzialità; nonché con buona fede)

(segue)

- Principi aggiunti dal secondo codice
 - Esigenze sociali
 - Tutela della salute
 - Tutela dell'ambiente
 - Tutela del patrimonio culturale
 - Promozione dello sviluppo sostenibile, anche dal punto di vista energetico
 - Valorizzazione delle microimprese e delle PMI

(segue)

- Principi applicabili all'affidamento
 - Libera concorrenza (garanzia della gara ad armi pari)
 - Non discriminazione (massima partecipazione)
 - Trasparenza, pubblicità (la seconda è estrinsecazione della prima)
 - Proporzionalità (fissare requisiti di partecipazione adeguati all'oggetto e al valore dell'appalto)

Economicità

- Divieto di ripetizione di attività connesse all'appalto già poste in essere
- Divieto di aggravamento del procedimento, ossia di compiere atti della procedura privi di concreta utilità

Correttezza

- Obbligo di comportarsi secondo buona fede, obbligo del clare loqui:
- Obbligo di rispettare rigorosamente le prescrizioni formali previste dalla lettera di invito (c.d. autovincolo): qui la correttezza è collegata all'imparzialità

Libera concorrenza, non discriminazione, proporzionalità

- Libera concorrenza: impone che le stazioni appaltanti nell'acquisizione di lavori, forniture e servizi ricorrano di regola a procedure di gara
 - rotazione
- Parità di trattamento (par condicio): esige che i concorrenti siano valutati in modo eguale in presenza di situazioni eguali e in modo diverso in presenza di fatti che differenziano la posizione dei medesimi
- Non discriminazione (massima partecipazione): divieto di operare irragionevoli restrizioni nell'accesso alle procedure di gara ovvero irragionevoli penalizzazioni che rendano difficile la predisposizione delle offerte
 - illegittimo richiedere che i servizi siano gestiti mediante contratti di rete territoriali stipulati con soggetti radicati nel territorio
- Tassatività cause di esclusione
- Proporzionalità

Principi nei contratti sotto soglia

- sostenibilità energetica e ambientale;
- conflitto di interesse;
- rotazione degli inviti e degli affidamenti (è espressione del principio di concorrenza);
- effettiva possibilità di partecipazione delle microimprese, piccole e medie imprese;
- clausole sociali.

Principi del terzo codice

- Risultato (art. 1)
- Fiducia (art. 2)
- Accesso al mercato (art. 3)
- Buona fede e tutela dell'affidamento (art. 5)
- Solidarietà e sussidiarietà orizzontale (art. 6)
- Auto-organizzazione amministrativa (art. 7)
- Autonomia contrattuale (art. 8)
- Conservazione dell'equilibrio contrattuale (art. 9)
- Tassatività delle cause di esclusione e massima partecipazione (art. 10)
- Applicazione dei contratti collettivi nazionali di settore (art. 11)