

INDICE

PREMESSA.....	XVII
<i>di F. Caringella, M. Giustiniani, P. Mantini</i>	

PARTE I I COMMENTI

CAPITOLO 1

Principi generali e disposizioni comuni
di Pierluigi Mantini

1. Una premessa e un'introduzione al nuovo codice	3
2. I principali punti innovativi delle direttive	11
3. I principali contenuti della legge delega.....	14
4. Principi generali e ambito di applicazione	16

CAPITOLO 2

Ambito di applicazione del codice:
contratti esclusi, programmazione e progettazione
di Maria Cristina Colombo

1. Premessa	21
2. La disciplina del codice abrogato	22
2.1. I contratti esclusi.....	22
2.2. La programmazione	24
2.3. La progettazione	25
3. Le direttive europee e la legge delega	27
3.1. Contratti esclusi in tutto o in parte dall'ambito applicati- vo del Codice	27
3.2. Programmazione e progettazione	33
4. "Parafrasi ragionata" della nuova disciplina del Codice	36

4.1. Contratti esclusi in tutto o in parte dall'ambito applicativo del Codice	36
4.2. Programmazione	51
4.3. Progettazione	55
5. Le osservazioni del Consiglio di Stato e delle Commissioni Parlamentari	62

CAPITOLO 3

Principi comuni alle modalità di affidamento

di Carlo Malinconico, Fabio Balducci Romano, Rosamaria Berloco,
Alfredo Biagini, Gabriele La Malfa Ribolla, Elena Sartini,
Claudio Tuveri, Piergiuseppe Venturella

1. Premessa	65
2. Le direttive europee e la legge delega	66
3. La nuova disciplina del Codice in materia di contratti misti (articolo 28)	70
3.1. La nozione civilistica di contratti misti	70
3.2. L'evoluzione normativa	73
3.3. La disciplina dettata dall'articolo 28 del nuovo codice: i criteri per l'individuazione delle prestazioni principali di un contratto misto	75
3.4. I contratti a prestazioni separabili, in parte riconducibili al d.lgs n. 18 aprile 2016, n. 50 e in parte ad altri regimi giuridici	76
3.5. I contratti misti che contemplano prestazioni afferenti ad aspetti di difesa e sicurezza	81
3.6. La rilevanza delle soglie comunitarie	82
3.7. Sintesi delle norme applicabili in caso di appalti misti contenenti prestazioni soggette a differenti regimi giuridici	83
3.8. I contratti a prestazioni non separabili	84
3.9. I contratti misti nei settori speciali	86
3.10. Il contratto misto di lavori che presentino rilevanti elementi tecnologici innovativi	88
4. Principi in materia di trasparenza (articolo 29)	89
5. Principi per l'aggiudicazione e l'esecuzione di appalti e concessioni (articolo 30)	91
6. Ruolo e funzioni del responsabile del procedimento negli appalti e nelle concessioni (articolo 31)	97
7. Fasi delle procedure di affidamento (articolo 32)	99
8. Controllo sugli atti delle procedure di affidamento (articolo 33)	101
9. Criteri di sostenibilità energetica e ambientale (articolo 34)	101

10.	Le osservazioni del Consiglio di Stato e delle Commissioni parlamentari	104
-----	---	-----

CAPITOLO 4

La qualificazione delle stazioni appaltanti di Chiara Panetta

1.	Premessa	111
2.	Le direttive europee, l'aggregazione della domanda e delle centrali di committenza	115
	2.1. L'appalto congiunto	117
	2.2. Gli appalti coordinati	118
3.	I principi della legge delega in materia	120
4.	Il riordino delle funzioni delle stazioni appaltanti nel nuovo codice	122
5.	L'ANAC e il sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza	125
	5.1. I criteri di qualificazione delle stazioni appaltanti	126
	5.2. I principi di qualificazione stabiliti dal nuovo codice	126
6.	Il parere del Consiglio di Stato e della Conferenza unificata	128

CAPITOLO 5

Procedure di affidamento: norme comuni di Giovanni Ricchiuto

1.	Quadro generale della e Normativa Previgente	133
	1.1. Gli operatori economici	134
	1.2. I consorzi stabili	136
	1.3. I raggruppamenti temporanei	138
	1.4. I consorzi ordinari	143
	1.5. Suddivisione dell'appalto in lotti distinti	144
	1.6. Le comunicazioni elettroniche	145
	1.7. Diritto di accesso e riservatezza	146
	1.8. Accordo quadro	147
	1.9. Sistema dinamico di acquisizione	149
	1.10. Aste elettroniche	150
	1.11. I cataloghi elettronici	151
2.	Le direttive europee e la legge delega	152
3.	"Parafrasi ragionata" della nuova disciplina	166
	3.1. La digitalizzazione delle procedure (art. 44)	166
	3.2. Regole applicabili alle comunicazioni (art. 52)	168

3.3. Operatori economici (art. 45)	170
3.4. Affidamento dei servizi di architettura e ingegneria (art. 46).....	172
3.5. Partecipazione dei consorzi alle gare (art. 47).....	173
3.6. Raggruppamenti temporanei e consorzi ordinari di operatori economici (art. 48).....	173
3.7. Accordi internazionali (articolo 49).....	175
3.8. Clausole sociali dei bandi e degli avvisi (articolo 50).....	176
3.9. La suddivisione in lotti (articolo 51)	177
3.10. Accesso agli atti e riservatezza (art. 53)	178
3.11. Accordi quadro (art. 54).....	179
3.12. I sistemi dinamici di acquisizione (art. 55).....	181
3.13. Asta elettronica (art. 56)	183
3.14. I cataloghi elettronici (art. 57)	185
3.15. Piattaforme telematiche di negoziazione (art. 58).....	185
4. Le osservazioni del Consiglio di Stato e delle Commissioni parlamentari sul tema.....	186

CAPITOLO 6

Le procedure di scelta del contraente di Bernadette Veca

1. Premessa	191
2. La scelta del contraente nei settori ordinari nel nuovo Codice: profili generali	194
3. La procedura aperta	201
4. La procedura ristretta.....	204
5. La procedura competitiva con negoziazione	206
5.1. <i>Segue</i> : la procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando o dell'avviso di gara	210
6. Dialogo competitivo	218
7. Partenariato per l'innovazione.....	222
8. Un'innovazione dall'Europa: le consultazioni preliminari di mercato	229
9. Specifiche tecniche ed etichettature	232
10. Bandi di gara e avvisi pubblici	238
10.1. <i>Segue</i> . Un ribaltamento di prospettiva: la disponibilità elettronica dei documenti di gara.....	249
10.2. <i>Segue</i> : Inviti ai candidati e informazioni	251
11. Considerazioni conclusive.....	256

CAPITOLO 7
La selezione degli offerenti
di *Daniele Villa*

1.	Profili introduttivi	259
2.	Commissioni giudicatrici-albo dei commissari di gara – fissazione dei termini per la presentazione delle offerte	263
3.	I requisiti per la partecipazione alle procedure di evidenza pubblica: le cause di esclusione.....	273
4.	(<i>Segue</i>): i requisiti di partecipazione di carattere speciale	287
5.	Soccorso istruttorio – tassatività delle cause di esclusione – sistema di premialità	294
6.	Il Sistema unico di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici	299
7.	Banca dati nazionale degli operatori economici – <i>E certis</i> – documento di gara unico europeo.....	305
8.	Mezzi di prova – Certificazioni di qualità ambientali – elenchi ufficiali di operatori economici riconosciuti e certificazioni	311
9.	L’avalimento	317
10.	Riduzione del numero dei candidati	324
11.	Le garanzie assicurative in sede di offerta.....	325

CAPITOLO 8
I criteri di aggiudicazione e la prevalenza
dell’offerta economicamente più vantaggiosa
di *Maria Agostina Cabiddu*

1.	Premessa	329
2.	Le direttive europee e la legge delega	332
3.	Lo schema del decreto di attuazione.....	336
4.	Le osservazioni del Consiglio di Stato e delle Commissioni parlamentari	339
5.	Il nuovo codice dei contratti pubblici	343

CAPITOLO 9
I settori speciali
di *Pierluigi Mantini, Chiara Panetta*

1.	Premessa	345
2.	I “settori speciali” acqua, energia, trasporti, servizi postali tra direttiva e legge delega	346

2.1. Punti fermi nella direttiva 2014/25/UE	347
2.1.1. Sulla nozione di attività esposte alla concorrenza	351
2.1.2. <i>Segue</i> : energia	354
2.1.3. <i>Segue</i> : settore idrico	355
2.1.4. <i>Segue</i> : ricerca di gas e petrolio	355
2.1.5. <i>Segue</i> : settore dei trasporti	356
2.1.6. <i>Segue</i> : servizi di emergenza	357
2.1.7. Organizzazione di gruppi economici e di imprese collegate	357
2.1.8. I servizi di pubblica utilità nelle relazioni con Paesi terzi	359
3. Le previsioni della legge delega e il decreto legislativo	359
4. I settori speciali nel nuovo codice	363
5. Procedure di scelta del contraente nei settori speciali	365
6. Le norme in tema di pubblicità e inviti	369
7. Criteri di selezione dei partecipanti e delle offerte	370
8. Sistemi di qualificazione	371
9. I rilievi del Consiglio di Stato	372

CAPITOLO 10

I contratti di concessione di Umberto Realfonzo

1. Premessa	374
1.1. Concessioni, monopoli naturali e libero mercato	376
1.2. La Direttiva “Concessioni”	377
1.3. La nozione di concessione ed i principi fondamentali nella Dir. 23/2014	379
2. I Principi della Legge Delega	381
2.1. I cardini guida del recepimento ed i criteri della delega	381
2.2. I criteri della delega rilevanti nelle concessioni	381
3. Introduzione alla Parte III “Contratti di concessione”	383
3.1. Le concessioni nel nuovo codice dei contratti pubblici	383
3.2. Le concessioni	383
3.3. Il regime giuridico delle esclusioni	384
3.3.1. Le concessioni, gli appalti pubblici e accordi tra enti e amministrazioni aggiudicatrici nell’ambito del settore pubblico	384
3.3.2. Le <i>joint-venture</i> tra enti aggiudicatori o un ente aggiudicatore facente parte di una <i>joint-venture</i>	385
3.3.3. Altre esclusioni di carattere generale per contratti di concessione di servizi	386
3.3.4. Le esclusioni specifiche per i contratti di concessioni	386

3.3.5. L'esclusione dei contratti di concessioni di servizi non economici di interesse generale	387
4. Oggetto e ambito di applicazione	387
4.1. I soggetti (comma 1)	387
4.2. Profili unitaria dei contratti pubblici (comma 2)	388
4.3. L'esclusione dei c.d. SINEG (comma 3)	389
4.4. Gli appalti di lavori pubblici dei concessionari	390
5. Rischio ed equilibrio economico-finanziario nelle concessioni	391
5.1. La remunerazione del concessionario ed il principio del trasferimento del rischio (comma 1).....	391
5.2. L'equilibrio economico e finanziario ed contributo pubblico al sostegno della gestione del concessionario	393
5.3. La finanziabilità dell'intervento	396
5.4. La risoluzione del rapporto per mancato reperimento dei capitali necessari	398
5.5. La revisione dell'equilibrio finanziario e la risoluzione per eccessiva onerosità	399
6. Principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche.....	400
7. Metodi di calcolo del valore stimato delle concessioni.....	402
7.1. Il valore stimato delle concessioni	402
7.2. Il rilievo degli atti di regolazione	404
7.3. Le regole del computo nel caso di frazionamento in lotti delle concessioni	404
8. Durata delle concessioni.....	405
8.1. Il principio di limitatezza temporale	405
8.2. La durata massima della concessione.....	407
9. Contratti misti di concessioni	407
9.1. I contratti misti di concessioni.....	407
10. Requisiti tecnici e funzionali	412
10.1. Lo standard delle prestazioni oggetto del contratto di concessione.....	412
10.2. L'indicazione di determinati prodotti e marchi	413
10.3. Il canone dell'equivalenza tecnica.....	414
11. Garanzie procedurali nei criteri di aggiudicazione.....	415
11.1. Le garanzie procedurali minime	415
11.2. Il bando e l'aggiudicazione.....	416
11.3. La possibilità di restringere il novero dei partecipanti (c.d. "forcella")	417
11.4. La nuova facoltà di negoziazione (comma 7).....	417
12. Selezione e valutazione qualitativa dei candidati	420
12.1. Capacità tecniche e professionali	420
12.2. Avvalimento	421
13. Criteri di aggiudicazione	425

13.1. I criteri di aggiudicazione	425
13.2. I termini	427
13.3. La modifica dei criteri successivamente ad un'offerta innovativa con un nuovo esperimento	428
14. Introduzione al CAPO III (Esecuzione delle concessioni)	429
15. Subappalto	430
15.1. I principi e i modi del subappalto	430
15.2. Il subappalto sotto e sopra la soglia	431
15.3. Le attività del subappaltatore presso la stazione appaltante	433
15.4. La tutela dei diversi soggetti	434
16. Modifica dei contratti durante il periodo di efficacia	436
16.1. La modifica delle concessioni	436
16.2. La relativa novità della disciplina	436
16.3. Le modifiche previste in contratto	436
16.4. Il divieto di proroga dei contratti di concessione alla scadenza del periodo di validità	438
16.5. Lavori e servizi supplementari (lett. b comma 1)	438
16.6. Le novazioni oggettive della concessione non previste o non prevedibili (lett. c del comma 1 e comma 2)	439
16.7. Le novazioni soggettive: la sostituzione del concessionario (comma 1 lett. d)	439
16.8. Le modifiche "non sostanziali"	440
16.9. Le modifiche oggettive di carattere "sostanziali"	441
16.10. Il principio di tassatività del regime delle modifiche	442
17. Annullamento, revoca d'ufficio, risoluzione per inadempimento e subentro	442
17.1. Le differenti modalità di estinzione del contratto di concessione	442
17.2. La cessazione del contratto	442
17.3. La risoluzione per inadempimento della stazione appaltante o di revoca della concessione per motivi di pubblico interesse ed il relativo ristoro del concessionario	444
17.4. La risoluzione per l'inadempimento del concessionario	445
17.5. Il principio di tendenziale temporaneità della sostituzione del concessionario	446
17.6. La risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta	446
18. Affidamenti dei concessionari	446
18.1. Concessioni esistenti e mercato	446
18.2. Il regime degli affidamenti dei concessionari in essere	447
18.3. La verifica del rispetto da parte dell'ANAC	448
19. Norme in materia di concessioni autostradali e particolare regime transitorio	449

19.1. La nuova speciale disciplina delle concessioni autostradali	449
19.2. La disposizione transitoria per le concessioni scadute	450
19.3. Il divieto di proroga delle concessioni	450
19.4. Il ri-affidamento delle concessioni prossime alla scadenza	451
19.5. L'affidamento a regime delle concessioni	451
19.6. Il principio di inclusione del "rischio traffico" nel rischio operativo	453
20. Conclusioni provvisorie.....	453

CAPITOLO 11

Il Partenariato pubblico-privato di Valentina M. Sessa

1. Premessa. Il partenariato nel d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163	457
2. Il partenariato nel contesto europeo: dal Libro Verde del 2004 alle Direttive europee del 2014. La legge delega 28 gennaio 2016, n. 11	464
3. Il partenariato pubblico-privato nel d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50	473
4. I profili problematici rilevati dalle Commissioni parlamentari e dal Consiglio di Stato	486

CAPITOLO 12

Gli affidamenti in house di Diletta Dima

1. Premessa	493
2. Le direttive europee e la legge delega	495
3. La nuova disciplina nello schema di attuazione	502
4. Le osservazioni del Consiglio di Stato e delle Commissioni parlamentari	506
5. Il d.lgs. n. 50/2016	510

CAPITOLO 13

Il contraente generale nel nuovo codice di Alessandro F. Di Sciascio

1. Introduzione e requisiti generali	513
2. La disciplina normativa nel d.lgs 12 aprile 2006 n. 163 (c.d. Codice De Lise)	516

3. Le direttive europee e la legge delega 518
 4. Il Contraente generale nel d.lgs. n. 50 del 18 aprile 2016 519

CAPITOLO 14

Contenzioso dinanzi al giudice amministrativo e rimedi alternativi al ricorso giurisdizionale di Pierluigi Mantini e Giovanni Caputi

1. La semplificazione dei riti in materia di appalti 521
 2. I rimedi alternativi al ricorso giurisdizionale 524
 2.1. L'accordo bonario nel nuovo codice 526
 2.2. Il nuovo istituto del collegio consultivo tecnico 528
 2.3. La transazione negli appalti 528
 2.4. L'arbitrato e le ulteriori forme di ADR nel nuovo codice 529
 3. La frammentazione della tutela giurisdizionale nel nuovo Codice dei contratti pubblici 531
 3.1. L'inquadramento concettuale della nuova previsione processuale 533
 3.2. Il parere del Consiglio di Stato 534
 3.2.1. Sull'impugnazione immediata di ammissioni, esclusioni e nomina commissione 534
 3.2.2. Sulle regole di procedura del nuovo rito 536
 3.3. Le permanenti criticità del nuovo processo 537
 3.3.1. L'individuazione del "provvedimento di ammissione alla gara" e dei suoi presupposti ed il coordinamento tra l'art. 29 comma 1, l'art. 53 e l'art. 32 del nuovo D.Lgs. 50/2016 537
 3.3.2. Il difficile coordinamento con i principi di autodichiarazione e di effettiva conoscenza del vizio 538
 3.3.3. Il difficile coordinamento con le fasi e la tempistica del procedimento 540
 3.3.4. La possibile inutile complicazione delle operazioni di gara 540
 3.3.5. I principi della direttiva 2007/66 541
 3.3.6. La tutela risarcitoria nel processo sulle ammissioni 542
 3.3.7. L'aumento del costo del processo 544
 3.3.8. I principi costituzionali ed eurounitari e il processo sulle ammissioni 544
 3.4. Conclusioni 545

CAPITOLO 15

La governance dei contratti pubblici di Pierluigi Mantini

1. Premessa 547

2.	Il modello europeo dei soggetti e delle funzioni di controllo	547
3.	Le scelte di <i>governance</i> nel nuovo Codice	550
3.1.	L’Autorità nazionale anticorruzione	551
3.2.	Inquadramento e valore giuridico delle linee guida ANAC.....	554
3.3.	Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e struttura tecnica di missione nel nuovo Codice	559
3.4.	Il Consiglio superiore dei lavori pubblici nel nuovo Co- dice.....	560

PARTE II APPENDICE

Relazioni – Pareri – Dossier Legislativi
a cura di M. Giustiniani e T.F. Massari

1.	Relazioni governative di introduzione allo Schema di decreto legislativo recante disposizioni per l’attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull’aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d’appalto degli enti erogatori nei settori dell’acqua, dell’energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture – Atto Governo n. 283 – Parere ai sensi dell’articolo 1, della legge 28 gennaio 2016, n. 11 – Trasmesso alla Presidenza del Senato il 5 marzo 2016	563
2.	Consiglio di Stato, Commissione Speciale, parere 21 marzo – 1 aprile 2016, n. 855/2016 (Affare n. 464/2016) Schema di decreto legislativo recante “Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione”, ai sensi dell’articolo 1, comma 3, della legge 28 gennaio 2016, n. 11.....	754
3.	[ESTRATTO] Parere su atto del Governo n. 283 – 8 ^a Commissione permanente lavori pubblici, comunicazioni Commissione approvato nella 227 ^a Seduta del 7 aprile 2016	928
4.	Senato della Repubblica – Servizio del Bilancio – Nota di lettura n. 127 – Aprile 2016	962

5. Camera dei Deputati - Servizio studi – Dossier n. 282 del 15 marzo 2016
Nuovo Codice dei Contratti Pubblici – Schema di D.Lgs. n. 283 – Sintesi del Contenuto.....985
6. Camera dei Deputati – Commissione bilancio – Dossier n. 353 – 23 marzo 2016
VERIFICA DELLE QUANTIFICAZIONI – Schema di decreto legislativo recante disposizioni in materia di aggiudicazione dei contratti di concessione, di appalti pubblici e di procedure d'appalto (Schema di decreto legislativo n. 283)1045