



**Università
degli Studi
di Ferrara**



**L'ATTIVITÀ CONTRATTUALE
DELLA PUBBLICA
AMMINISTRAZIONE**

1. Principali tipologie



Le amministrazioni esercitano la loro capacità generale di diritto privato stipulando varie forme di contratti:

- Appalti pubblici di opere, servizi e forniture
- Concessione di lavori, di beni e di servizi pubblici
- Convenzioni urbanistiche
- Accordi in materia sanitaria
- Contratti di programma
- Sovvenzioni
- Contratti e accordi collettivi di lavoro

2. Procedimento ad evidenza pubblica



- La presenza di una PA. contraente determina l'applicazione di regole speciali e derogatorie, in un sistema per il resto regolato dalle norme di diritto privato
- Anzitutto si rende necessario seguire un *procedimento ad evidenza pubblica*
- Si tratta del procedimento amministrativo che precede la stipulazione del contratto e che ha la funzione di guidare l'amministrazione nella *scelta* del contraente.
- Le PA sono tenute a rispettare regole speciali a tutela della stessa PA e a garantire la *par condicio* tra i potenziali contraenti

2. Procedimento ad evidenza pubblica



- Inizialmente la disciplina dei contratti della pubblica amministrazione era contenuta nella normativa sulla contabilità dello Stato (1923)
- Tale normativa mirava a garantire corretta ed efficiente gestione del denaro pubblico, solo di riflesso tutelava la par condicio dei potenziali contraenti
- Minuta serie di regole formali volta a limitare il più possibile la discrezionalità nella scelta (asta e licitazione privata basta sul prezzo più basso)
- A partire dagli anni Ottanta muta l'impostazione della disciplina, grazie alla progressiva influenza del diritto comunitario soprattutto in materia di contratti di appalto
- L'obiettivo della disciplina sui contratti diventa l'attuazione del principio della concorrenza, la tutela della par condicio

3. L'influenza comunitaria



- Le direttive europee privilegiano un approccio meno formalistico, più aperto al confronto tra PA e imprese
- Non c'è stigmatizzazione della discrezionalità della PA, che può invitare alla contrattazione le imprese ritenute più affidabili e valutare le offerte in base a criteri qualitativi (offerta economicamente più vantaggiosa)
- Dialogo competitivo e forme di partenariato pubblico-privato

4. Le peculiarità del sistema italiano



- Difficoltà nel recepire le direttive europee per via di stazioni appaltanti troppo piccole, troppo numerose e poco attrezzate (stazione appaltatrici uniche)
- Creazione di un'Autorità di regolazione e vigilanza sui contratti pubblici (ANAC), che si sostituisce alla Commissione indipendente per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche (Civit) e all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici (Avcp).
- Fitto reticolo di norme organizzative (qualificazione stazioni appaltanti, rating delle imprese, albo dei commissari), mentre norme europee disciplinano soprattutto le procedure

5. L'evoluzione legislativa



- Dalle prime direttive comunitarie del 1992-93, dedicate ai singoli tipi di appalto, si passa nel 2004 ad una direttiva unica, accompagnata da una disciplina separata dei «settori esclusi» (come acqua, gas, energia elettrica, trasporti, servizi postali)
- Codice appalti del 2006 (d.lgs. 163/2006) porta all'istituzione dell'autorità di vigilanza sui contratti

5. L'evoluzione legislativa



- Direttive europee 23, 24 e 25/2014 portano all'approvazione del
 - Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione (d.lgs. 50/2016 e succ.mod.) + regolamento di esecuzione
 - Competenza statale in materia di ordinamento civile e concorrenza, con minime integrazioni regionali
- ① ulteriore potenziamento della tutela della concorrenza
 - ② Compiuta disciplina delle concessioni
 - ③ attenzione a temi nuovi come la tutela dei lavoratori, lo sviluppo sostenibile, la prevenzione della corruzione
 - ④ Unificazione sotto ANAC delle funzioni di regolazione vigilanza e controllo sui contratti pubblici

6. Le fonti integrative



- A queste fonti si aggiungono i capitolati generali e speciali, i primi fonti normative vere e proprie, i secondi fonti contrattuali
- Nel caso in cui siano menzionati nel bando costituiscono parte integrante del contratto
- Capitolati-tipo e contratti-tipo predisposti da ANAC
- Legge anticorruzione (190/2012) che individua i settori più a rischio
- Obblighi di trasparenza, patti di integrità tra stazioni appaltanti e imprese, *white lists* di imprese presso le prefetture
- Codice penale con figure specifiche di reato (turbativa d'asta)
- Normativa antimafia
- Rito accelerato nel CPA

7. Natura atti ANAC



- ANAC svolge la sua attività di regolazione attraverso una copiosa emanazione di linee-guida, bandi-tipo, capitolati-tipo, contratti-tipo e altri strumenti di soft law
- Alcune linee guida sono qualificate espressamente dalla legge come vincolanti, e in quanto tali sono impugnabili davanti al GA
- Banca dati nazionale dei contratti pubblici
- Osservatorio
- ANAC invia segnalazioni a governo e parlamento

8. Sistema di qualificazione



- Sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti e centrali di committenza, con iscrizione ad un elenco. Si vuole contrastare un eccessivo frazionamento delle stazioni
- Rating delle imprese attraverso rilascio di una certificazione che valuta requisiti reputazionali in base a indici qualitativi e quantitativi
- Albo dei componenti delle commissioni giudicatrici, scelti mediante sorteggio
- Rischi di iperregolazione

9. Ambito di applicazione soggettivo



Il codice si applica a:

1. amministrazioni aggiudicatrici
2. organismi di diritto pubblico (art. 1, comma 1, lett.d)).

Per essere tale un soggetto giuridico deve possedere i seguenti requisiti:

- essere istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale»
- avere personalità giuridica, pubblica o privata
- sottoposto all'influenza dominante di una pubblica amministrazione o di un ente pubblico

9. Ambito di applicazione soggettivo



- Il Codice si applica altresì alle
- 3. imprese pubbliche, che sono «*le imprese sulle quali le amministrazioni aggiudicatrici possono esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante o perché ne sono proprietarie, o perché vi hanno una partecipazione finanziaria, o in virtù delle norme che disciplinano dette imprese*»
- Imprese su cui le amministrazioni aggiudicatrici esercitano “influenza dominante”
- Imprese private che operano in virtù di diritti speciali o esclusivi
- Solo se operano nei cd. settori speciali (energia, gas, acqua, servizi postali, porti, aeroporti). Il codice attenua la rigidità delle regole (procedura negoziata come regola ordinaria)

10. Ambito di applicazione oggettivo



Critério dell'importo del contratto

- a) ai contratti «sopra soglia» (classi di valore suddivisi per lavori, servizi e forniture che in funzione del loro importo, possono avere un valido interesse a livello comunitario) si applicano integralmente le procedure previste dal Codice
- b) ai contratti «sotto soglia» si applicano le procedure tipizzate, ma semplificate
- c) Per i contratti sotto i 40 mila euro è consentito l'affidamento senza confronto competitivo

10. Ambito di applicazione oggettivo



Criterio dell'oggetto del contratto

- a) disciplina tendenzialmente unitaria per i contratti di lavori, per quelli di servizi e per quelli di fornitura
- b) Anche se permangono regole speciali per i contratti di lavori

10. Ambito di applicazione oggettivo



- Elenco di alcune di contratti esclusi (in tutto o in parte) dalla disciplina generale
- Acquisto e vendita di strumenti finanziari, acquisto o locazione beni immobili, contratti relativi a produzioni televisive e comunicazioni elettroniche, acquisto acqua e energia elettrica
- Per i i contratti esclusi vanno comunque rispettati i principi generali di economicità, efficacia imparzialità, parità di trattamento, trasparenza

11. Principi generali



- Economicità (criterio non assoluto, che può essere contemperato con altre esigenze di carattere sociale, ad es. appalti verdi)
- efficacia
- tempestività
- correttezza
- libera concorrenza
- non discriminazione
- trasparenza
- proporzionalità
- pubblicità

12. Fasi della procedura ad evidenza pubblica



- Determinazione a contrarre: atto universale che individua gli elementi essenziali del contratto e i sistemi di selezione dei contraenti
- Pubblicazione bando (bandi-tipo) cui è spesso allegato uno schema di contratto, un capitolato tecnico e, per i lavori pubblici, un progetto
- Presentazione offerte
- Valutazione (commissione aggiudicatrice)
- Proposta di aggiudicazione (o aggiudicazione provvisoria)
- Approvazione definitiva
- Provvedimento di *aggiudicazione*
- Controlli

12. Bando di gara



- Costituisce la *lex specialis* della gara: la stazione appaltante e la commissione giudicatrice lo devono applicare, rispettivamente, per verificare i requisiti di partecipazione e per operare la selezione
- viene redatto secondo i bandi-tipo predisposti dall'ANAC (PA possono discostarsi ma devono motivare tale decisione)
- è redatto dalla PA nel rispetto della *par condicio* e della concorrenza

12. Bando di gara



- contiene tutte le informazioni necessarie relative alla procedura e all'oggetto del contratto
- di regola, non è atto immediatamente lesivo (può essere impugnato con l'aggiudicazione definitiva)
- in alcuni casi ha carattere immediatamente escludente (allora va impugnato subito)

13. Procedure di selezione



procedure aperte

- corrispondono al sistema tradizionale dell'asta pubblica
- ciascun operatore economico interessato può presentare un'offerta

procedure ristrette

- corrispondono al tradizionale sistema della licitazione privata e dell'appalto concorso
- ogni operatore economico può chiedere di partecipare, ma possono presentare l'offerta soltanto coloro che vengono invitati dalle stazioni appaltanti (anche su loro stessa richiesta)

procedure negoziate

- hanno carattere eccezionale, permettono di selezionare liberamente gli operatori economici con cui negoziare

14. Procedure negoziate



- Procedura competitiva con negoziazione: precisazione successiva dell'offerta attraverso un dialogo tra amministrazione e imprese; l'offerta viene selezionata in base ai criteri del bando
- Procedura *negoziata senza bando*: eccezionale, in casi tassativi previsti dal codice (mancanza di offerta, estrema urgenza, motivi tecnici..)
- Dialogo competitivo con le imprese (mancanza delle conoscenze necessarie nella stazione appaltatrice per definire le soluzioni tecniche nel bando)
- Partenariato per l'innovazione per prodotti, servizi o lavori innovativi, non disponibili sul mercato

15. Criteri per la valutazione offerte



- criterio del prezzo più basso
 - solo in casi tassativi e cioè per lavori e servizi di importo inferiore a certe soglie e per servizi e forniture con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato. Si basa sul mero confronto delle offerte economiche, nessun margine di discrezionalità per l'amministrazione
- criterio della «offerta economicamente più vantaggiosa» = miglior rapporto qualità/prezzo
 - È il criterio privilegiato dalle direttive europee
 - Richiede una valutazione degli elementi di tipo qualitativo (es. pregio tecnico, estetica, ecc.) definiti preventivamente nel bando

16. Aggiudicazione



- **aggiudicazione provvisoria**
 - viene dichiarata dalla commissione, a conclusione dei propri lavori, a favore del miglior offerente

- **aggiudicazione definitiva**
 - viene preceduta da un controllo sulla regolarità della gara
 - è adottata dalla stazione appaltante
 - Non equivale ad accettazione dell'impresa aggiudicataria (valore di proposta contrattuale)
 - è seguita da un ulteriore controllo sul possesso da parte dell'impresa vincitrice dei requisiti di partecipazione
 - divenuta efficace, permette la stipula del contratto

17. Subprocedimento di verifica



- All'interno del procedimento di aggiudicazione è talora necessario un subprocedimento di verifica per offerte anomale
- Offerte anormalmente basse in base ad alcuni criteri aritmetici
- Subprocedimento in contraddittorio con l'impresa
- L'impresa deve presentare giustificazioni sulla congruità complessiva dell'offerta

18. Stipulazione del contratto



- Va effettuata entro 60 gg. dall'aggiudicazione efficace e non prima di 35 gg (per permettere alle imprese non aggiudicatrici di impugnare eventualmente davanti al giudice amministrativo l'aggiudicazione). Cd. stand still
- Se l'amministrazione non procede: azione avverso il silenzio, o recesso dal contratto non ancora approvato, richiesta risarcimento danni per responsabilità cd. «precontrattuale»
- La stipulazione del contratto distingue nettamente la fase, tutta pubblicistica, dell'evidenza pubblica da quella regolata dal diritto privato della stipulazione ed esecuzione

19. Centrali di committenza



- Amministrazioni aggiudicatrici che acquistano forniture o servizi, aggiudicano appalti di lavori o accordi quadro destinati ad altre amministrazioni.
- Organismi che servono a rendere più efficienti gli acquisti delle pubbliche amministrazioni (Consip spa)
- Si vuole superare la frammentazione delle stazioni appaltatrici
- Centrali di committenza anche a livello regionale e/o provinciale
- Molto discussa è l'obbligatorietà di ricorrere alle centrali di committenza, in violazione dell'autonomia organizzativa

20. Esecuzione del contratto



- Poteri speciali del contraente pubblico:
 - jus variandi, in deroga al principio dell'invariabilità del contratto
 - le **varianti in corso d'opera** sono possibili solo nei casi tassativamente indicati dal Codice e purché non determinino aumenti significativi del valore del contratto
 - l'**adeguamento dei prezzi** contempera l'esigenza di evitare l'aumento incontrollato degli oneri per l'amministrazione con quella di non compromettere la remuneratività del contratto per l'impresa
 - Subappalto ammesso entro il 30% delle prestazioni previste e va dichiarato nell'offerta
 - Recesso (revoca per le concessioni)

21. Scioglimento del contratto



Recesso

La stazione appaltante può recedere in qualsiasi momento: in tal caso deve però pagare i lavori eseguiti e un indennizzo (10% importo opere non eseguite, mentre negli appalti privati è l'intero lucro cessante)

Risoluzione

la stazione appaltante può risolvere il contratto in alcune ipotesi

- ✦ grave inadempimento
- ✦ irregolarità
- ✦ ritardi nell'esecuzione dei lavori

in caso di risoluzione, sono a carico dell'appaltatore inadempiente gli oneri per la maggior spesa sostenuta per affidare i lavori ad altra impresa

22. Disciplina delle concessioni



Per quanto riguarda le concessioni:

- Concessioni di lavori o servizi riguardano non solo la realizzazione, ma anche la gestione dell'opera e del servizio
- Vanno aggiudicate in base ai principi di concorrenza e non discriminazione
- Durata strettamente necessaria a coprire gli investimenti del concessionario
- I titolari di concessioni già in essere devono affidare l'80% dei loro contratti in base a procedure di evidenza pubblica
- Finanza di progetto come strumento alternativo alla concessione di lavori (promotori e finanziatori costituiscono una società di progetto) per realizzare gestire l'infrastruttura