

29 - D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (suppl. ord. G.U. 19 aprile 2016, n. 91). Codice dei contratti pubblici^{1 2 3}.

¹ Rubrica così sostituita dall'art. 1, D.Lgs. 19 aprile 2017, n. 56. Il testo previgente disponeva: *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.*

² Il presente decreto tiene conto dell'avviso di rettifica pubblicato in G.U. 15 luglio 2016, n. 164.

³ Si riportano i commi da 1 a 15 dell'art. 1 (Modifiche al codice dei contratti pubblici e sospensione sperimentale dell'efficacia di disposizioni in materia di appalti pubblici e in materia di economia circolare), D.L. 18 aprile 2019, n. 32, convertito in L. 14 giugno 2019, n. 55 (la cui entrata in vigore è stata fissata al 18 giugno 2019) che dispongono: 1. *Al fine di rilanciare gli investimenti pubblici e di facilitare l'apertura dei cantieri per la realizzazione delle opere pubbliche, per le procedure per le quali i bandi o gli avvisi con cui si indice la procedura di scelta del contraente siano pubblicati successivamente alla data di entrata in vigore del presente decreto, nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o di avvisi, per le procedure in relazione alle quali, alla data di entrata in vigore del presente decreto, non siano ancora stati inviati gli inviti a presentare le offerte, nelle more della riforma complessiva del settore e comunque nel rispetto dei principi e delle norme sancite dall'Unione europea, in particolare delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, fino al 31 dicembre 2020, non trovano applicazione, a titolo sperimentale, le seguenti norme del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50:*

a) *articolo 37, comma 4, per i comuni non capoluogo di provincia, quanto all'obbligo di avvalersi delle modalità ivi indicate;*

b) *articolo 59, comma 1, quarto periodo, nella parte in cui resta vietato il ricorso all'affidamento congiunto della progettazione e dell'esecuzione di lavori;*

c) *articolo 77, comma 3, quanto all'obbligo di scegliere i commissari tra gli esperti iscritti all'Albo istituito presso l'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC) di cui all'articolo 78, fermo restando l'obbligo di individuare i commissari secondo regole di competenza e trasparenza, preventivamente individuate da ciascuna stazione appaltante.*

2. *Entro il 30 novembre 2020 il Governo presenta alle Camere una relazione sugli effetti della sospensione per gli anni 2019 e 2020, al fine di consentire al Parlamento di valutare l'opportunità del mantenimento o meno della sospensione stessa.*

3. *Fino al 31 dicembre 2020 si applica anche ai settori ordinari la norma prevista dall'articolo 133, comma 8, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, per i settori speciali.*

4. *Per gli anni 2019 e 2020 i soggetti attuatori di opere per le quali deve essere realizzata la progettazione possono avviare le relative procedure di affidamento anche in caso di disponibilità di finanziamenti limitati alle sole attività di progettazione. Le opere la cui progettazione è stata realizzata ai sensi del periodo precedente sono considerate prioritariamente ai fini dell'assegnazione dei finanziamenti per la loro realizzazione.*

5. *I soggetti attuatori di opere sono autorizzati ad avviare le procedure di affidamento della progettazione o dell'esecuzione dei lavori nelle more dell'erogazione delle risorse assegnate agli stessi e finalizzate all'opera con provvedimento legislativo o amministrativo.*

6. *Per gli anni 2019 e 2020, i contratti di lavori di manutenzione ordinaria e straordinaria, ad esclusione degli interventi di manutenzione straordinaria che prevedono il rinnovo o la sostituzione di parti strutturali delle opere o di impianti, possono essere affidati, nel rispetto delle procedure di scelta del contraente previste dal decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, sulla base del progetto definitivo costituito almeno da una relazione generale, dall'elenco dei prezzi unitari delle lavorazioni previste, dal computo metrico-estimativo, dal piano di sicurezza e di coordinamento con l'individuazione analitica dei costi della sicurezza da non assoggettare a ribasso. L'esecuzione dei predetti lavori può prescindere dall'avvenuta redazione e approvazione del progetto esecutivo.*

7. *Fino al 31 dicembre 2020, i limiti di importo di cui all'articolo 215, comma 3, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, per l'espressione del parere obbligatorio del Consiglio superiore dei lavori pubblici, anche ai fini dell'eventuale esercizio delle competenze alternative e dei casi di particolare rilevanza e complessità, sono elevati da 50 a 75 milioni di euro. Per importi inferiori a 75 milioni di euro il parere è espresso dai comitati tecnici amministrativi presso i provveditorati interregionali per le opere pubbliche.*

8. *Fino alla data di cui al comma 7 il termine di cui all'articolo 215, comma 5, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, per l'espressione del parere del Consiglio superiore dei lavori pubblici, è ridotto a quarantacinque giorni dalla trasmissione del progetto.*

9. Il Consiglio superiore dei lavori pubblici, in sede di espressione di parere, fornisce anche la valutazione di congruità del costo. Le amministrazioni, in sede di approvazione dei progetti definitivi o di assegnazione delle risorse, indipendentemente dal valore del progetto, possono richiedere al Consiglio la valutazione di congruità del costo, che è resa entro trenta giorni. Decorso il detto termine, le amministrazioni richiedenti possono comunque procedere.

10. Fino al 31 dicembre 2020, possono essere oggetto di riserva anche gli aspetti progettuali che sono stati oggetto di verifica ai sensi dell'articolo 25 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, con conseguente estensione dell'ambito di applicazione dell'accordo bonario di cui all'articolo 205 del medesimo decreto legislativo.

11. Fino alla data di entrata in vigore del regolamento di cui all'articolo 216, comma 27-octies, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, al fine di prevenire controversie relative all'esecuzione del contratto le parti possono convenire che prima dell'avvio dell'esecuzione, o comunque non oltre novanta giorni da tale data, sia costituito un collegio consultivo tecnico con funzioni di assistenza per la rapida risoluzione delle controversie di ogni natura suscettibili di insorgere nel corso dell'esecuzione del contratto stesso.

12. Il collegio consultivo tecnico è formato da tre membri dotati di esperienza e qualificazione professionale adeguata alla tipologia dell'opera. I componenti del collegio possono essere scelti dalle parti di comune accordo, ovvero le parti possono concordare che ciascuna di esse nomini un componente e che il terzo componente sia scelto dai due componenti di nomina di parte; in ogni caso, tutti i componenti devono essere approvati dalle parti. Il collegio consultivo tecnico si intende costituito al momento della sottoscrizione dell'accordo da parte dei componenti designati e delle parti contrattuali. All'atto della costituzione è fornita al collegio consultivo copia dell'intera documentazione inerente al contratto.

13. Nel caso in cui insorgano controversie, il collegio consultivo può procedere all'ascolto informale delle parti per favorire la rapida risoluzione delle controversie eventualmente insorte. Può altresì convocare le parti per contestare l'esposizione in contraddittorio delle rispettive ragioni. L'eventuale accordo delle parti che accogla la proposta di soluzione indicata dal collegio consultivo non ha natura transattiva, salva diversa volontà delle parti stesse.

14. Il collegio consultivo tecnico è sciolto al termine dell'esecuzione del contratto o in data anteriore su accordo delle parti.

15. Per gli anni 2019 e 2020, per gli interventi di cui all'articolo 216, comma 1-bis, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, le varianti da apportare al progetto definitivo approvato dal Comitato interministeriale per la programmazione economica (CIPE), sia in sede di redazione del progetto esecutivo sia in fase di realizzazione delle opere, sono approvate esclusivamente dal soggetto aggiudicatore qualora non superino del 50 per cento il valore del progetto approvato; in caso contrario sono approvate dal CIPE.

PARTE I

AMBITO DI APPLICAZIONE, PRINCIPI, DISPOSIZIONI COMUNI ED ESCLUSIONI

TITOLO I

PRINCIPI GENERALI E DISPOSIZIONI COMUNI

1. *Oggetto e ambito di applicazione.* 1. Il presente codice disciplina i contratti di appalto e di concessione delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori aventi ad oggetto l'acquisizione di servizi, forniture, lavori e opere, nonché i concorsi pubblici di progettazione.

2. Le disposizioni del presente codice si applicano, altresì, all'aggiudicazione dei seguenti contratti:

a) appalti di lavori, di importo superiore ad 1 milione di euro, sovvenzionati direttamente in misura superiore al 50 per cento da amministrazioni aggiudicatrici, nel caso in cui tali appalti comportino una delle seguenti attività:

1) lavori di genio civile di cui all' allegato I;

2) lavori di edilizia relativi a ospedali, impianti sportivi, ricreativi e per il tempo libero, edifici scolastici e universitari e edifici destinati a funzioni pubbliche;

b) appalti di servizi di importo superiore alle soglie di cui all'articolo 35 sovvenzionati direttamente in misura superiore al 50 per cento da amministrazioni aggiudicatrici, allorchè tali appalti siano connessi a un appalto di lavori di cui alla lettera a).

c) lavori pubblici affidati dai concessionari di lavori pubblici che non sono amministrazioni aggiudicatrici;

d) lavori pubblici affidati dai concessionari di servizi, quando essi sono strettamente strumentali alla gestione del servizio e le opere pubbliche diventano di proprietà dell'amministrazione aggiudicatrice;

e) lavori pubblici da realizzarsi da parte di soggetti privati, titolari di permesso di costruire o di un altro titolo abilitativo, che assumono in via diretta l'esecuzione delle opere di urbanizzazione a scapito totale o parziale del contributo previsto per il rilascio del permesso, ai sensi dell'articolo 16, comma 2, del decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380, e dell'articolo 28, comma 5, della legge 17 agosto 1942, n. 1150, ovvero eseguono le relative opere in regime di convenzione. L'amministrazione che

rilascia il permesso di costruire o altro titolo abilitativo, può prevedere che, in relazione alla realizzazione delle opere di urbanizzazione, l'avevole diritto a richiedere il titolo presenti all'amministrazione stessa, in sede di richiesta del suddetto titolo, un progetto di fattibilità tecnica ed economica delle opere da eseguire, con l'indicazione del tempo massimo in cui devono essere completate, allegando lo schema del relativo contratto di appalto. L'amministrazione, sulla base del progetto di fattibilità tecnica ed economica, indice una gara con le modalità previste dall'articolo 60 o 61. Oggetto del contratto, previa acquisizione del progetto definitivo in sede di offerta, sono la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori. L'offerta relativa al prezzo indica distintamente il corrispettivo richiesto per la progettazione esecutiva, per l'esecuzione dei lavori e per i costi della sicurezza.

3. Ai soggetti di cui al comma 2, lettere *a)*, *b)*, *d)* ed *e)*, non si applicano gli articoli 21 relativamente alla programmazione dei lavori pubblici, 70 e 113. In relazione alla fase di esecuzione del contratto si applicano esclusivamente le norme che disciplinano il collaudo. Alle società con capitale pubblico anche non maggioritario, che non sono organismi di diritto pubblico, che hanno ad oggetto della loro attività la realizzazione di lavori o opere, ovvero la produzione di beni o servizi non destinati ad essere collocati sul mercato in regime di libera concorrenza, si applica la disciplina prevista dai Testi unici sui servizi pubblici locali di interesse economico generale e in materia di società a partecipazione pubblica. Alle medesime società e agli enti aggiudicatori che affidano lavori, servizi, forniture, di cui all'articolo 3, comma 1, lettera *e)*, numero *I)*, qualora ai sensi dell'articolo 28 debbano trovare applicazione le disposizioni della parte II ad eccezione di quelle relative al titolo VI, capo I, non si applicano gli articoli 21 relativamente alla programmazione dei lavori pubblici, 70 e 113; in relazione alla fase di esecuzione del contratto si applicano solo le norme che disciplinano il collaudo.

4. Le amministrazioni aggiudicatrici che concedono le sovvenzioni di cui al comma 2, lettere *a)* e *b)*, assicurano il rispetto delle disposizioni del presente codice qualora non aggiudichino esse stesse gli appalti sovvenzionati o quando esse aggiudichino tali appalti in nome e per conto di altri enti.

5. Il provvedimento che concede il contributo di cui al comma 2, lettere *a)* e *b)*, deve porre come condizione il rispetto, da parte del soggetto beneficiario, delle disposizioni del presente codice. Fatto salvo quanto previsto dalle eventuali leggi che prevedono le sovvenzioni, il 50 per cento delle stesse può essere erogato solo dopo l'avvenuto affidamento dell'appalto, previa verifica, da parte del sovvenzionatore, che la procedura di affidamento si è svolta nel rispetto del presente codice. Il mancato rispetto del presente codice costituisce causa di decadenza dal contributo.

6. Il presente codice si applica ai contratti pubblici aggiudicati nei settori della difesa e della sicurezza, ad eccezione dei contratti:

a) che rientrano nell'ambito di applicazione del decreto legislativo 15 novembre 2011, n. 208;

b) ai quali il decreto legislativo 15 novembre 2011, n. 208, non si applica in virtù dell'articolo 6 del medesimo decreto.

7. Il Ministro degli affari esteri e della cooperazione internazionale adotta, previo accordo con l'ANAC, direttive generali per disciplinare le procedure di scelta del contraente e l'esecuzione del contratto da svolgersi all'estero, tenuto conto dei principi fondamentali del presente codice e delle procedure applicate dall'Unione europea e dalle organizzazioni internazionali di cui l'Italia è parte. Resta ferma l'applicazione del presente codice alle procedure di affidamento svolte in Italia. Fino all'adozione delle direttive generali di cui al presente comma, si applica l'articolo 216, comma 26¹.

8. I riferimenti a nomenclature nel contesto degli appalti pubblici e nel contesto dell'aggiudicazione di concessioni sono effettuati utilizzando il «Vocabolario comune per gli appalti pubblici» (CPV) di cui all'articolo 3, comma 1, lettera *tttt*)².

¹ V. D.M. 2 novembre 2017, n. 192.

² Comma così modificato dall'art. 2, D.Lgs. 19 aprile 2017, n. 56. Il testo previgente disponeva: *8. I riferimenti a nomenclature nel contesto degli appalti pubblici e nel contesto dell'aggiudicazione di concessioni sono effettuati utilizzando il «Vocabolario comune per gli appalti pubblici» (CPV) adottato dal regolamento (CE) n. 2195/2002 del Parlamento europeo e del Consiglio.*

1. Principi generali.

1. Principi generali.

Nell'ambito di una gara pubblica le stazioni appaltanti, nell'esercizio della generale facoltà discrezionale nella scelta del criterio di aggiudicazione sono comunque vincolate alla preferenza

accordata dalla legge ai criteri di selezione che abbiano riguardo non solo all'elemento prezzo, ma anche ad aspetti di carattere qualitativo delle offerte. Cons. St., Ad. plen., 21 maggio 2019, n. 8.

Per i contratti di appalto che non contengono una clausola di estensione di tipo convenzionale non è possibile applicare il principio secondo il

quale non sussiste la violazione del **principio di concorrenza** nella misura in cui simili clausole siano ab origine prescritte nella relativa disciplina di gara. *Tar Lazio Roma sez. III-quater, 18 marzo 2019, n. 3592.*

In tema di gara pubblica, le valutazioni dell'Amministrazione in ordine agli elementi e alla **congruità dell'offerta** sono frutto di un apprezzamento di natura tecnico-discrezionale. Il giudice amministrativo non può, quindi, sostituire un'autonoma valutazione rispetto a quella effettuata dall'Amministrazione. *Tar Lazio Roma sez. III, 8 marzo 2019, n. 3069.*

I principi di trasparenza, di parità di trattamento e di non discriminazione derivanti dagli articoli 49 e 56 TFUE e previsti all'articolo 2 della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, devono essere interpretati nel senso che non ostano a una normativa di uno Stato membro che non consente l'esclusione di due «syndicates» membri dei Lloyd's of London dalla partecipazione a un medesimo appalto pubblico di servizi assicurativi per il solo motivo che le loro rispettive offerte sono state entrambe sottoscritte dal rappresentante generale dei Lloyd's of London per tale Stato membro, ma che invece consente di escluderli se risulta, sulla base di elementi incontestabili, che le loro offerte non sono state formulate in maniera indipendente. *Corte Giust., sez. VI, 8 febbraio 2018, n. 144/17.*

In materia di appalto vige il principio della sussistenza dell'obbligo di attivare il contraddittorio procedurale nella fase di adozione del provvedimento di esclusione e di valutazione delle misure di self cleaning. Esso presuppone il rispetto del **principio di lealtà nei confronti della stazione appaltante**, e quindi in caso di dichiarazioni mendaci o reticenti, l'amministrazione aggiudicatrice può prescindervi, disponendo l'immediata esclusione della concorrente. La decisione di esclusione dalla gara deve essere adeguatamente motivata. *Tar Lazio Roma sez. I, 4 marzo 2019, n. 2771.*

Una volta indetta la gara per l'affidamento di un determinato servizio, la stazione appaltante non può, senza indire una nuova gara, in alcun modo modificare ex post la prestazione inizialmente dedotta in rapporto, perché questo comporterebbe la violazione dei fondamentali **principi di correttezza, libera concorrenza, non discriminazione e pubblicità delle procedure selettive** di cui all'art. 30 del Codice dei contratti pubblici. *Tar Sardegna, sez. I, 04 marzo 2019, n. 192.*

In tema di gara pubblica, l'offerta del concorrente non conforme alle specifiche tecniche fissate nella legge di gara concretizza un'ipotesi di **aliud pro alio** che determina l'esclusione dalla gara anche in assenza di un'espressa previsione in tal senso nella medesima legge di gara. *Tar Lombardia, sez. IV, 26 febbraio 2019, n. 416.*

In tema di **buon andamento dell'amministrazione e appalti pubblici**, lo sbarramento determi-

nato dalla cristallizzazione della soglia consegue alla sola adozione del provvedimento di aggiudicazione. La fase di ammissione e di esclusione delle offerte non può dirsi conclusa finché non è spirato il termine per impugnare le ammissioni e le esclusioni, in modo da consentire alle imprese partecipanti di poter contestare immediatamente dette determinazioni, laddove esse incidano sulla determinazione della soglia e siano, quindi, direttamente lesive per il concorrente interessato. *Tar Liguria, sez. I, 20 febbraio 2019, n. 132.*

Nell'ambito di una gara pubblica il **principio da applicare per l'interpretazione del testo della lex specialis** è quello letterale dal quale è consentito discostarsi solo in presenza di una sua obiettiva incertezza. *Tar Sardegna, sez. I, 19 febbraio 2019, n. 143.*

Anche nello svolgimento dell'attività autoritativa, l'amministrazione è tenuta a rispettare oltre alle norme di diritto pubblico (la cui violazione implica, di regola, l'invalidità del provvedimento e l'eventuale responsabilità da provvedimento per lesione dell'interesse legittimo), anche le norme generali dell'ordinamento civile che impongono di agire con lealtà e correttezza, la violazione delle quali può far nascere una responsabilità da comportamento scorretto, che incide non sull'interesse legittimo, ma sul diritto soggettivo di autodeterminarsi liberamente nei rapporti negoziali, cioè sulla libertà di compiere le proprie scelte negoziali senza subire ingerenze illecite frutto dell'altrui scorrettezza. Nei procedimenti di affidamento dei contratti pubblici, i doveri di correttezza e buona fede sussistono, anche prima e a prescindere dall'aggiudicazione, nell'ambito in tutte le fasi della procedura ad evidenza pubblica, con conseguente possibilità di configurare una responsabilità precontrattuale da comportamento scorretto nonostante la legittimità dei singoli provvedimenti che scandiscono il procedimento. Detta responsabilità può derivare non solo da comportamenti anteriori al bando, ma anche da qualsiasi comportamento successivo che risulti contrario, all'esito di una verifica da condurre in concreto, ai doveri di correttezza e buona fede. **Affinché nasca la responsabilità dell'amministrazione non è sufficiente che il privato dimostri la buona fede soggettiva (ovvero che egli abbia maturato un affidamento incolpevole circa l'esistenza di un presupposto su cui ha fondato la scelta di compiere conseguenti attività economicamente onerose), ma occorrono gli ulteriori seguenti presupposti:** a) che l'affidamento incolpevole risulti lesivo da una condotta che, valutata nel suo complesso, e a prescindere dall'indagine sulla legittimità dei singoli provvedimenti, risulti oggettivamente contraria ai doveri di correttezza e di lealtà; b) che tale oggettiva violazione dei doveri di correttezza sia anche soggettivamente imputabile all'amministrazione, in termini di colpa o dolo; c) che il privato provi sia il danno-evento (la lesione della libertà di autodeterminazione negoziale), sia il danno-conseguenza (le perdite economiche subite a causa delle scelte negoziali illecite

tamente condizionate), sia i relativi rapporti di causalità fra tali danni e la condotta scorretta che si imputa all'amministrazione. *Cons. St., Ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5.*

I criteri di aggiudicazione nell'ambito di una gara pubblica sono finalizzati a garantire la possibilità di una concorrenza effettiva tra i partecipanti e sono accompagnati da specifiche finalizzate a consentire la verifica delle informazioni fornite dagli offerenti al fine di valutare il grado di soddisfacimento dei criteri di aggiudicazione delle offerte. *Cons. St., sez. V, 29 ottobre 2018, n. 6133.*

L'assegnazione di spazi destinati allo svolgimento di servizi aeroportuali può essere legittimamente esclusa dall'applicazione della normativa di derivazione europea sugli appalti pubblici. In tali circostanze, infatti, il contratto relativo alla messa a disposizione dello spazio in discussione non può essere qualificato come "appalto di servizi", atteso che l'ente gestore dell'aeroporto non acquisisce un servizio fornito dal prestatore in cambio di un corrispettivo. La direttiva 96/67, applicabile per la sua "specialità" in queste fattispecie, prevede il rispetto di criteri di trasparenza e non discriminazione che devono comunque essere tenuti distinti dalla proceduralizzazione propria della più complessa disciplina appaltistica. *Corte Giust., sez. IX, 13 luglio 2017, n. 701/15.*

Allorché una procedura di aggiudicazione è oggetto di una pubblicazione del bando di gara, si deve ritenere che la data in cui l'amministrazione aggiudicatrice risolve definitivamente la questione se si debba o meno indire preventivamente una gara per l'aggiudicazione dell'appalto è quella del giorno di detta pubblicazione. Pertanto, è a tale data che occorre valutare la legittimità delle condizioni relative a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico. *Corte Giust., sez. VIII, 6 dicembre 2017, n. 408/16.*

Il principio di parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza devono essere interpretati nel senso che ostano all'esclusione di un operatore economico da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico in seguito al mancato rispetto, da parte di tale operatore, di un obbligo che non risulta espressamente dai documenti relativi a tale

procedura o dal diritto nazionale vigente, bensì da un'interpretazione di tale diritto e di tali documenti nonché dal meccanismo diretto a colmare, con un intervento delle autorità o dei giudici amministrativi nazionali, le lacune presenti in tali documenti. In tali circostanze, i principi di parità di trattamento e di proporzionalità devono essere interpretati nel senso che non ostano al fatto di consentire all'operatore economico di regolarizzare la propria posizione e di adempiere tale obbligo entro un termine fissato dall'amministrazione aggiudicatrice. *Corte Giust., sez. VI, 2 giugno 2016, n. 27/15.*

La Corte di Giustizia ha esaminato il caso del mancato deposito, insieme all'offerta, dell'accettazione scritta degli impegni e delle dichiarazioni contenute in un protocollo di legalità volto a contrastare le infiltrazioni della criminalità organizzata nel settore degli appalti pubblici: secondo i giudici comunitari, la normativa degli Stati membri (nella specie, italiana) può introdurre norme che consentano a un'amministrazione aggiudicatrice di prevedere, in questo caso, che un candidato o un offerente sia escluso automaticamente da un appalto pubblico, dato che ciò non osta ai principi di parità di trattamento e di non discriminazione nonché all'obbligo di trasparenza che ne deriva. Laddove, però, tale protocollo preveda che debbano essere rese delle dichiarazioni secondo le quali il candidato o l'offerente non si trovi, ad esempio, in situazioni di controllo o di collegamento con altri candidati o offerenti (oppure, che non si sia accordato né si accorderà con altri partecipanti alla gara e non subappalterà lavorazioni di alcun tipo ad altre imprese partecipanti alla medesima procedura), la Corte è chiara nell'affermare che l'assenza di siffatte dichiarazioni non può comportare l'esclusione automatica del candidato o dell'offerente dalla procedura. *Corte Giust., sez. X, 22 ottobre 2015, n. 425/14.*

Il principio generale in base al quale i bandi di gara o le lettere di invito sono impugnabili soltanto unitamente agli atti di cui costituiscono applicazione subisce delle eccezioni laddove si contesti alla radice l'indizione o la non indizione di una gara oppure quando la legge di gara contenga clausole immediatamente escludenti. *Tar Lombardia, sez. IV, 27 aprile 2019, n. 940.*

2. Competenze legislative di Stato, regioni e province autonome. 1. Le disposizioni contenute nel presente codice sono adottate nell'esercizio della competenza legislativa esclusiva statale in materia di tutela della concorrenza, ordinamento civile, nonché nelle altre materie cui è riconducibile lo specifico contratto.

2. Le Regioni a statuto ordinario esercitano le proprie funzioni nelle materie di competenza regionale ai sensi dell'articolo 117 della Costituzione¹.

3. Le Regioni a statuto speciale e le Province autonome di Trento e di Bolzano adeguano la propria legislazione secondo le disposizioni contenute negli statuti e nelle relative norme di attuazione.

¹ Comma così modificato dall'art. 3, D.Lgs. 19 aprile 2017, n. 56. Il testo previgente disponeva: *2. Le Regioni a statuto ordinario esercitano le proprie funzioni nelle materie di competenza regionale ai sensi dell'articolo 117 della Costituzione.*

1. Principi generali.

1. Principi generali.

Il principio di sussidiarietà, enunciato all'articolo 5, paragrafo 3, TUE, prevede che l'Unione, nei settori che non sono di sua esclusiva compe-

tenza, intervenga solo e nei limiti in cui gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere sufficientemente realizzati dagli Stati membri e dunque, a motivo delle dimensioni o degli effetti dell'azione prospettata, possano essere realizzati meglio a livello dell'Unione. Discende necessariamente dal fatto che il legislatore dell'Unione ha escluso dall'ambito di applicazione della direttiva 2014/24 i servizi di cui all'articolo 10, lettera c) e lettera d), i), ii) e v), di quest'ultima che esso ha, in tal modo, ritenuto che spettava ai legislatori nazionali determinare se tali servizi dovessero essere soggetti alle norme in materia di aggiudicazione di appalti pubblici. *Corte Giust., sez. V, 6 giugno 2019, n. 264/18.*

Non contrasta con il riparto delle competenze tra Stato e Regioni la legge della Regione Piemonte che prevede lo svolgimento di un servizio di in-

teresse generale, ricadente nell'esercizio delle funzioni tipiche dell'ente regionale (inerenti all'attività di promozione, accoglienza e informazione turistica in Piemonte), mediante una società in house partecipata pure da capitale privato, anche se l'attività stessa attiene anche alle materie della tutela della concorrenza e dell'ordinamento civile, rientranti nell'ambito della competenza legislativa riservata allo Stato (art. 117, 1° comma, lett. e) e l), cost.). Anche se la normativa comunitaria e quella nazionale non fissano una soglia per i soci privati di minoranza, va considerata con particolare attenzione, per le sue implicazioni, la scelta di consentire al capitale privato di una società in house di raggiungere il terzo del capitale previsto dallo statuto, valutando l'opportunità di non raggiungere l'anzidetto limite, pur non essendo ciò espressamente vietato. *Cons. St., sez. I, 8 novembre 2018, n. 2583.*

3. Definizioni. 1. Ai fini del presente codice si intende per:

a) «amministrazioni aggiudicatrici», le amministrazioni dello Stato; gli enti pubblici territoriali; gli altri enti pubblici non economici; gli organismi di diritto pubblico; le associazioni, unioni, consorzi, comunque denominati, costituiti da detti soggetti;

b) «autorità governative centrali», le amministrazioni aggiudicatrici che figurano nell'allegato III e i soggetti giuridici loro succeduti;

c) «amministrazioni aggiudicatrici sub-centrali», tutte le amministrazioni aggiudicatrici che non sono autorità governative centrali;

d) «organismi di diritto pubblico», qualsiasi organismo, anche in forma societaria, il cui elenco non tassativo è contenuto nell'allegato IV:

1) istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale;

2) dotato di personalità giuridica;

3) la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico.

e) «enti aggiudicatori», ai fini della disciplina di cui alla:

1) parte II del presente codice, gli enti che:

1.1. sono amministrazioni aggiudicatrici o imprese pubbliche che svolgono una delle attività di cui agli articoli da 115 a 121;

1.2. pur non essendo amministrazioni aggiudicatrici nè imprese pubbliche, esercitano una o più attività tra quelle di cui agli articoli da 115 a 121 e operano in virtù di diritti speciali o esclusivi concessi loro dall'autorità competente;

2) parte III del presente codice, gli enti che svolgono una delle attività di cui all'allegato II ed aggiudicano una concessione per lo svolgimento di una di tali attività, quali:

2.1 le amministrazioni dello Stato, gli enti pubblici territoriali, gli organismi di diritto pubblico o le associazioni, unioni, consorzi, comunque denominati, costituiti da uno o più di tali soggetti;

2.2 le imprese pubbliche di cui alla lettera t) del presente comma;

2.3 gli enti diversi da quelli indicati nei punti 2.1 e 2.2, ma operanti sulla base di diritti speciali o esclusivi ai fini dell'esercizio di una o più delle attività di cui all'allegato II. Gli enti cui sono stati conferiti diritti speciali o esclusivi mediante una procedura in cui sia stata assicurata adeguata pubblicità e in cui il conferimento di tali diritti si basi su criteri obiettivi non costituiscono «enti aggiudicatori» ai sensi del presente punto 2.3;

f) «soggetti aggiudicatori», ai soli fini delle parti IV e V, le amministrazioni aggiudicatrici di cui alla lettera a), gli enti aggiudicatori di cui alla lettera e) nonchè i diversi soggetti pubblici o privati assegnatari dei fondi, di cui alle citate parti IV e V;

g) «altri soggetti aggiudicatori», i soggetti privati tenuti all'osservanza delle disposizioni del presente codice;

h) «joint venture», l'associazione tra due o più enti, finalizzata all'attuazione di un progetto o di una serie di progetti o di determinate intese di natura commerciale o finanziaria;

i) «centrale di committenza», un'amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore che forniscono attività di centralizzazione delle committenze e, se del caso, attività di committenza ausiliarie;

l) «attività di centralizzazione delle committenze», le attività svolte su base permanente riguardanti:

1) l'acquisizione di forniture o servizi destinati a stazioni appaltanti;

2) l'aggiudicazione di appalti o la conclusione di accordi quadro per lavori, forniture o servizi destinati a stazioni appaltanti;

m) «attività di committenza ausiliarie», le attività che consistono nella prestazione di supporto alle attività di committenza, in particolare nelle forme seguenti:

1) infrastrutture tecniche che consentano alle stazioni appaltanti di aggiudicare appalti pubblici o di concludere accordi quadro per lavori, forniture o servizi;

2) consulenza sullo svolgimento o sulla progettazione delle procedure di appalto;

3) preparazione delle procedure di appalto in nome e per conto della stazione appaltante interessata;

4) gestione delle procedure di appalto in nome e per conto della stazione appaltante interessata;

n) «soggetto aggregatore», le centrali di committenza iscritte nell'elenco istituito ai sensi dell'articolo 9, comma 1, del decreto-legge 24 aprile 2014, n. 66, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 giugno 2014, n. 89;

o) «stazione appaltante», le amministrazioni aggiudicatrici di cui alla lettera a) gli enti aggiudicatori di cui alla lettera e), i soggetti aggiudicatori di cui alla lettera f) e gli altri soggetti aggiudicatori di cui alla lettera g);

p) «operatore economico», una persona fisica o giuridica, un ente pubblico, un raggruppamento di tali persone o enti, compresa qualsiasi associazione temporanea di imprese, un ente senza personalità giuridica, ivi compreso il gruppo europeo di interesse economico (GEIE) costituito ai sensi del decreto legislativo 23 luglio 1991, n. 240, che offre sul mercato la realizzazione di lavori o opere, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi;

q) «concessionario», un operatore economico cui è stata affidata o aggiudicata una concessione;

r) «promotore», un operatore economico che partecipa ad un partenariato pubblico privato;

s) «prestatore di servizi in materia di appalti», un organismo pubblico o privato che offre servizi di supporto sul mercato finalizzati a garantire lo svolgimento delle attività di committenza da parte dei soggetti di cui alle lettere a), b), c), d) ed e);

t) «imprese pubbliche», le imprese sulle quali le amministrazioni aggiudicatrici possono esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante o perchè ne sono proprietarie, o perchè vi hanno una partecipazione finanziaria, o in virtù delle norme che disciplinano dette imprese. L'influenza dominante è presunta quando le amministrazioni aggiudicatrici, direttamente o indirettamente, riguardo all'impresa, alternativamente o cumulativamente:

1) detengono la maggioranza del capitale sottoscritto;

2) controllano la maggioranza dei voti cui danno diritto le azioni emesse dall'impresa;

3) possono designare più della metà dei membri del consiglio di amministrazione, di direzione o di vigilanza dell'impresa;

u) «raggruppamento temporaneo», un insieme di imprenditori, o fornitori, o prestatori di servizi, costituito, anche mediante scrittura privata, allo scopo di partecipare alla procedura di affidamento di uno specifico contratto pubblico, mediante presentazione di una unica offerta;

v) «consorzio», i consorzi previsti dall'ordinamento, con o senza personalità giuridica;

z) «impresa collegata», qualsiasi impresa i cui conti annuali siano consolidati con quelli dell'ente aggiudicatore a norma degli articoli 25 e seguenti del decreto legislativo 9 aprile 1991, n. 127, e successive modificazioni. Nel caso di enti cui non si applica il predetto decreto legislativo, per «impresa collegata» si intende, anche alternativamente, qualsiasi impresa:

1) su cui l'ente aggiudicatore possa esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante; oppure che possa esercitare un'influenza dominante sull'ente aggiudicatore;

2) che, come l'ente aggiudicatore, sia soggetta all'influenza dominante di un'altra impresa in virtù di rapporti di proprietà, di partecipazione finanziaria ovvero di norme interne;

aa) «microimprese, piccole e medie imprese», le imprese come definite nella Raccomandazione n. 2003/361/CE della Commissione del 6 maggio 2003. In particolare, sono medie imprese le imprese che hanno meno di 250 occupati e un fatturato annuo non superiore a 50 milioni di euro, oppure un totale di bilancio annuo non superiore a 43 milioni di euro; sono piccole imprese le imprese che hanno meno di 50 occupati e un fatturato annuo oppure un totale di bilancio annuo non superiore a 10 milioni di euro; sono

micro imprese le imprese che hanno meno di 10 occupati e un fatturato annuo oppure un totale di bilancio annuo non superiore a 2 milioni di euro;

bb) «candidato», un operatore economico che ha sollecitato un invito o è stato invitato a partecipare a una procedura ristretta, a una procedura competitiva con negoziazione, a una procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, a un dialogo competitivo o a un partenariato per l'innovazione o ad una procedura per l'aggiudicazione di una concessione;

cc) «offerente», l'operatore economico che ha presentato un'offerta;

dd) «contratti» o «contratti pubblici», i contratti di appalto o di concessione aventi per oggetto l'acquisizione di servizi o di forniture, ovvero l'esecuzione di opere o lavori, posti in essere dalle stazioni appaltanti;

ee) «contratti di rilevanza europea», i contratti pubblici il cui valore stimato al netto dell'imposta sul valore aggiunto è pari o superiore alle soglie di cui all'articolo 35 e che non rientrino tra i contratti esclusi;

ff) «contratti sotto soglia», i contratti pubblici il cui valore stimato al netto dell'imposta sul valore aggiunto è inferiore alle soglie di cui all'articolo 35;

gg) «settori ordinari», i settori dei contratti pubblici, diversi da quelli relativi a gas, energia termica, elettricità, acqua, trasporti, servizi postali, sfruttamento di area geografica, come disciplinati dalla parte II del presente codice, in cui operano le amministrazioni aggiudicatrici;

hh) «settori speciali» i settori dei contratti pubblici relativi a gas, energia termica, elettricità, acqua, trasporti, servizi postali, sfruttamento di area geografica, come disciplinati dalla parte II del presente codice;

ii) «appalti pubblici», i contratti a titolo oneroso, stipulati per iscritto tra una o più stazioni appaltanti e uno o più operatori economici, aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti e la prestazione di servizi;

ll) «appalti pubblici di lavori», i contratti stipulati per iscritto tra una o più stazioni appaltanti e uno o più operatori economici aventi per oggetto:

1) l'esecuzione di lavori relativi a una delle attività di cui all'allegato I;

2) l'esecuzione, oppure la progettazione esecutiva e l'esecuzione di un'opera;

3) la realizzazione, con qualsiasi mezzo, di un'opera corrispondente alle esigenze specificate dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore che esercita un'influenza determinante sul tipo o sulla progettazione dell'opera;

mm) «scritto o per iscritto», un insieme di parole o cifre che può essere letto, riprodotto e poi comunicato, comprese le informazioni trasmesse e archiviate con mezzi elettronici;

nn) «lavori» di cui all'allegato I, le attività di costruzione, demolizione, recupero, ristrutturazione urbanistica ed edilizia, sostituzione, restauro, manutenzione di opere;

oo) «lavori complessi», i lavori che superano la soglia di 15 milioni di euro e sono caratterizzati da particolare complessità in relazione alla tipologia delle opere, all'utilizzo di materiali e componenti innovativi, alla esecuzione in luoghi che presentano difficoltà logistiche o particolari problematiche geotecniche, idrauliche, geologiche e ambientali;

oo-bis) «lavori di categoria prevalente», la categoria di lavori, generale o specializzata, di importo più elevato fra le categorie costituenti l'intervento e indicate nei documenti di gara¹;

oo-ter) «lavori di categoria scorporabile», la categoria di lavori, individuata dalla stazione appaltante nei documenti di gara, tra quelli non appartenenti alla categoria prevalente e comunque di importo superiore al 10 per cento dell'importo complessivo dell'opera o lavoro, ovvero di importo superiore a 150.000 euro ovvero appartenenti alle categorie di cui all'articolo 89, comma 11¹;

oo-quater) «manutenzione ordinaria», fermo restando quanto previsto dal decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380, e dal decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, le opere di riparazione, rinnovamento e sostituzione necessarie per eliminare il degrado dei manufatti e delle relative pertinenze, al fine di conservarne lo stato e la fruibilità di tutte le componenti, degli impianti e delle opere connesse, mantenendole in condizioni di valido funzionamento e di sicurezza, senza che da ciò derivi una modificazione della consistenza, salvaguardando il valore del bene e la sua funzionalità¹;

oo-quinquies) «manutenzione straordinaria», fermo restando quanto previsto dal decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380, e dal decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, le opere e le modifiche necessarie per rinnovare e sostituire parti anche strutturali dei manufatti e delle relative pertinenze, per adeguarle le componenti, gli impianti e le opere connesse all'uso e alle prescrizioni vigenti e con la finalità di rimediare al rilevante degrado dovuto alla perdita di caratteristiche strutturali, tecnologiche e impiantistiche, anche al fine di migliorare le prestazioni, le caratteristiche strutturali, energetiche e di efficienza tipologica, nonché per incrementare il valore del bene e la sua funzionalità¹;

pp) «opera», il risultato di un insieme di lavori, che di per sè 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;

qq) «lotto funzionale», uno specifico oggetto di appalto da aggiudicare anche con separata ed autonoma procedura, ovvero parti di un lavoro o servizio generale la cui progettazione e realizzazione sia tale da assicurarne funzionalità, fruibilità e fattibilità indipendentemente dalla realizzazione delle altre parti;

rr) «opere pubbliche incompiute», opere pubbliche incompiute di cui all'articolo 44-*bis* del decreto legge 6 dicembre 2011, n. 201, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214, nonché di cui al decreto del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti 13 marzo 2013, n. 42, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale 24 aprile 2013, n. 96;

ss) «appalti pubblici di servizi», i contratti tra una o più stazioni appaltanti e uno o più soggetti economici, aventi per oggetto la prestazione di servizi diversi da quelli di cui alla lettera *ll*);

tt) «appalti pubblici di forniture», i contratti tra una o più stazioni appaltanti e uno o più soggetti economici aventi per oggetto l'acquisto, la locazione finanziaria, la locazione o l'acquisto a riscatto, con o senza opzione per l'acquisto, di prodotti. Un appalto di forniture può includere, a titolo accessorio, lavori di posa in opera e di installazione;

uu) «concessione di lavori», un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più stazioni appaltanti affidano l'esecuzione di lavori ovvero la progettazione esecutiva e l'esecuzione, ovvero la progettazione definitiva, la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori ad uno o più operatori economici riconoscendo a titolo di corrispettivo unicamente il diritto di gestire le opere oggetto del contratto o tale diritto accompagnato da un prezzo, con assunzione in capo al concessionario del rischio operativo legato alla gestione delle opere²;

vv) «concessione di servizi», un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più stazioni appaltanti affidano a uno o più operatori economici la fornitura e la gestione di servizi diversi dall'esecuzione di lavori di cui alla lettera *ll*) riconoscendo a titolo di corrispettivo unicamente il diritto di gestire i servizi oggetto del contratto o tale diritto accompagnato da un prezzo, con assunzione in capo al concessionario del rischio operativo legato alla gestione dei servizi;

zz) «rischio operativo», il rischio legato alla gestione dei lavori o dei servizi sul lato della domanda o sul lato dell'offerta o di entrambi, trasferito all'operatore economico. Si considera che l'operatore economico assuma il rischio operativo nel caso in cui, in condizioni operative normali, per tali intendendosi l'insussistenza di eventi non prevedibili, non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione. La parte del rischio trasferita all'operatore economico deve comportare una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subito dall'operatore economico non sia puramente nominale o trascurabile³;

aaa) «rischio di costruzione», il rischio legato al ritardo nei tempi di consegna, al non rispetto degli standard di progetto, all'aumento dei costi, a inconvenienti di tipo tecnico nell'opera e al mancato completamento dell'opera;

bbb) «rischio di disponibilità», il rischio legato alla capacità, da parte del concessionario, di erogare le prestazioni contrattuali pattuite, sia per volume che per standard di qualità previsti;

ccc) «rischio di domanda», il rischio legato ai diversi volumi di domanda del servizio che il concessionario deve soddisfare, ovvero il rischio legato alla mancanza di utenza e quindi di flussi di cassa;

ddd) «concorsi di progettazione», le procedure intese a fornire alle stazioni appaltanti, nel settore dell'architettura, dell'ingegneria, del restauro e della tutela dei beni culturali e archeologici, della pianificazione urbanistica e territoriale, paesaggistica, naturalistica, geologica, del verde urbano e del paesaggio forestale agronomico, nonché nel settore della messa in sicurezza e della mitigazione degli impatti idrogeologici ed idraulici e dell'elaborazione di dati, un piano o un progetto, selezionato da una commissione giudicatrice in base a una gara, con o senza assegnazione di premi;

eee) «contratto di partenariato pubblico privato», il contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto con il quale una o più stazioni appaltanti conferiscono a uno o più operatori economici per un periodo determinato in funzione della durata dell'ammortamento dell'investimento o delle modalità di finanziamento fissate, un complesso di attività consistenti nella realizzazione, trasformazione, manutenzione e gestione operativa di un'opera in cambio della sua disponibilità, o del suo sfruttamento economico, o della fornitura di un servizio connesso all'utilizzo dell'opera stessa, con assunzione di rischio secondo modalità individuate nel contratto, da parte dell'operatore. Fatti salvi gli obblighi di comunicazione previsti dall'ar-

articolo 44, comma 1-*bis*, del decreto-legge 31 dicembre 2007, n. 248, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 febbraio 2008, n. 31, si applicano, per i soli profili di tutela della finanza pubblica, i contenuti delle decisioni Eurostat⁴;

fff) «equilibrio economico e finanziario», la contemporanea presenza delle condizioni di convenienza economica e sostenibilità finanziaria. Per convenienza economica si intende la capacità del progetto di creare valore nell'arco dell'efficacia del contratto e di generare un livello di redditività adeguato per il capitale investito; per sostenibilità finanziaria si intende la capacità del progetto di generare flussi di cassa sufficienti a garantire il rimborso del finanziamento;

ggg) «locazione finanziaria di opere pubbliche o di pubblica utilità», il contratto avente ad oggetto la prestazione di servizi finanziari e l'esecuzione di lavori;

hhh) «contratto di disponibilità», il contratto mediante il quale sono affidate, a rischio e a spese dell'affidatario, la costruzione e la messa a disposizione a favore dell'amministrazione aggiudicatrice di un'opera di proprietà privata destinata all'esercizio di un pubblico servizio, a fronte di un corrispettivo. Si intende per messa a disposizione l'onere assunto a proprio rischio dall'affidatario di assicurare all'amministrazione aggiudicatrice la costante fruibilità dell'opera, nel rispetto dei parametri di funzionalità previsti dal contratto, garantendo allo scopo la perfetta manutenzione e la risoluzione di tutti gli eventuali vizi, anche sopravvenuti;

iii) «accordo quadro», l'accordo concluso tra una o più stazioni appaltanti e uno o più operatori economici, il cui scopo è quello di stabilire le clausole relative agli appalti da aggiudicare durante un dato periodo, in particolare per quanto riguarda i prezzi e, se del caso, le quantità previste;

lll) «diritto esclusivo», il diritto concesso da un'autorità competente mediante una disposizione legislativa o regolamentare o disposizione amministrativa pubblicata compatibile con i Trattati, avente l'effetto di riservare a un unico operatore economico l'esercizio di un'attività e di incidere sostanzialmente sulla capacità di altri operatori economici di esercitare tale attività;

mmm) «diritto speciale», il diritto concesso da un'autorità competente mediante una disposizione legislativa o regolamentare o disposizione amministrativa pubblicata compatibile con i trattati avente l'effetto di riservare a due o più operatori economici l'esercizio di un'attività e di incidere sostanzialmente sulla capacità di altri operatori economici di esercitare tale attività;

nnn) «profilo di committente», il sito informatico di una stazione appaltante, su cui sono pubblicati gli atti e le informazioni previsti dal presente codice, nonché dall'allegato V;

ooo) «documento di gara», qualsiasi documento prodotto dalle stazioni appaltanti o al quale le stazioni appaltanti fanno riferimento per descrivere o determinare elementi dell'appalto o della procedura, compresi il bando di gara, l'avviso di preinformazione, nel caso in cui sia utilizzato come mezzo di indizione di gara, l'avviso periodico indicativo o gli avvisi sull'esistenza di un sistema di qualificazione, le specifiche tecniche, il documento descrittivo, le condizioni contrattuali proposte, i modelli per la presentazione di documenti da parte di candidati e offerenti, le informazioni sugli obblighi generalmente applicabili e gli eventuali documenti complementari;

ppp) «documento di concessione», qualsiasi documento prodotto dalle stazioni appaltanti o al quale la stazione appaltante fa riferimento per descrivere o determinare gli elementi della concessione o della procedura, compresi il bando di concessione, i requisiti tecnici e funzionali, le condizioni proposte per la concessione, i formati per la presentazione di documenti da parte di candidati e offerenti, le informazioni sugli obblighi generalmente applicabili e gli eventuali documenti complementari;

qqq) «clausole sociali», disposizioni che impongono a un datore di lavoro il rispetto di determinati standard di protezione sociale e del lavoro come condizione per svolgere attività economiche in appalto o in concessione o per accedere a benefici di legge e agevolazioni finanziarie;

rrr) «procedure di affidamento» e «affidamento», l'affidamento di lavori, servizi o forniture o incarichi di progettazione mediante appalto; l'affidamento di lavori o servizi mediante concessione; l'affidamento di concorsi di progettazione e di concorsi di idee;

sss) «procedure aperte», le procedure di affidamento in cui ogni operatore economico interessato può presentare un'offerta;

ttt) «procedure ristrette», le procedure di affidamento alle quali ogni operatore economico può chiedere di partecipare e in cui possono presentare un'offerta soltanto gli operatori economici invitati dalle stazioni appaltanti, con le modalità stabilite dal presente codice;

uuu) «procedure negoziate», le procedure di affidamento in cui le stazioni appaltanti consultano gli operatori economici da loro scelti e negoziano con uno o più di essi le condizioni dell'appalto;

vvv) «dialogo competitivo», una procedura di affidamento nella quale la stazione appaltante avvia un dialogo con i candidati ammessi a tale procedura, al fine di elaborare una o più soluzioni atte a soddisfare

le sue necessità e sulla base della quale o delle quali i candidati selezionati sono invitati a presentare le offerte; qualsiasi operatore economico può chiedere di partecipare a tale procedura;

zzz) «sistema telematico», un sistema costituito da soluzioni informatiche e di telecomunicazione che consentono lo svolgimento delle procedure di cui al presente codice;

aaaa) «sistema dinamico di acquisizione», un processo di acquisizione interamente elettronico, per acquisti di uso corrente, le cui caratteristiche generalmente disponibili sul mercato soddisfano le esigenze di una stazione appaltante, aperto per tutta la sua durata a qualsivoglia operatore economico che soddisfi i criteri di selezione;

bbbb) «mercato elettronico», uno strumento di acquisto e di negoziazione che consente acquisti telematici per importi inferiori alla soglia di rilievo europeo basati su un sistema che attua procedure di scelta del contraente interamente gestite per via telematica;

cccc) «strumenti di acquisto», strumenti di acquisizione che non richiedono apertura del confronto competitivo. Rientrano tra gli strumenti di acquisto:

1) le convenzioni quadro di cui all'articolo 26 della legge 23 dicembre 1999, n. 488, stipulate, ai sensi della normativa vigente, da CONSIP S.p.A. e dai soggetti aggregatori;

2) gli accordi quadro stipulati da centrali di committenza quando gli appalti specifici vengono aggiudicati senza riapertura del confronto competitivo;

3) il mercato elettronico realizzato da centrale di committenza nel caso di acquisti effettuati a catalogo;

dddd) «strumenti di negoziazione», strumenti di acquisizione che richiedono apertura del confronto competitivo. Rientrano tra gli strumenti di negoziazione:

1) gli accordi quadro stipulati da centrali di committenza nel caso in cui gli appalti specifici vengono aggiudicati con riapertura del confronto competitivo;

2) il sistema dinamico di acquisizione realizzato da centrali di committenza;

3) il mercato elettronico realizzato da centrali di committenza nel caso di acquisti effettuati attraverso confronto concorrenziale;

4) i sistemi realizzati da centrali di committenza che comunque consentono lo svolgimento delle procedure ai sensi del presente codice;

eeee) «strumenti telematici di acquisto» e «strumenti telematici di negoziazione», strumenti di acquisto e di negoziazione gestiti mediante un sistema telematico;

ffff) «asta elettronica», un processo per fasi successive basato su un dispositivo elettronico di presentazione di nuovi prezzi modificati al ribasso o di nuovi valori riguardanti taluni elementi delle offerte, che interviene dopo una prima valutazione completa delle offerte permettendo che la loro classificazione possa essere effettuata sulla base di un trattamento automatico;

gggg) «amministrazione diretta», le acquisizioni effettuate dalle stazioni appaltanti con materiali e mezzi propri o appositamente acquistati o noleggiati e con personale proprio o eventualmente assunto per l'occasione, sotto la direzione del responsabile del procedimento;

hhhh) «ciclo di vita», tutte le fasi consecutive o interconnesse, compresi la ricerca e lo sviluppo da realizzare, la produzione, gli scambi e le relative condizioni, il trasporto, l'utilizzazione e la manutenzione, della vita del prodotto o del lavoro o della prestazione del servizio, dall'acquisizione della materia prima o dalla generazione delle risorse fino allo smaltimento, allo smantellamento e alla fine del servizio o all'utilizzazione;

iiii) «etichettatura», qualsiasi documento, certificato o attestato con cui si conferma che i lavori, i prodotti, i servizi, i processi o le procedure in questione soddisfano determinati requisiti;

llll) «requisiti per l'etichettatura», i requisiti che devono essere soddisfatti dai lavori, prodotti, servizi, processi o procedure allo scopo di ottenere la pertinente etichettatura;

mmmm) «fornitore di servizi di media», la persona fisica o giuridica che assume la responsabilità editoriale della scelta del contenuto audiovisivo del servizio di media audiovisivo e ne determina le modalità di organizzazione;

nnnn) «innovazione», l'attuazione di un prodotto, servizio o processo nuovo o che ha subito significativi miglioramenti tra cui quelli relativi ai processi di produzione, di edificazione o di costruzione o quelli che riguardano un nuovo metodo di commercializzazione o organizzativo nelle prassi commerciali, nell'organizzazione del posto di lavoro o nelle relazioni esterne;

oooo) «programma», una serie di immagini animate, sonore o non, che costituiscono un singolo elemento nell'ambito di un palinsesto o di un catalogo stabilito da un fornitore di servizi di media la cui forma e il cui contenuto sono comparabili alla forma e al contenuto della radiodiffusione televisiva. Sono

compresi i programmi radiofonici e i materiali ad essi associati. Non si considerano programmi le trasmissioni meramente ripetitive o consistenti in immagini fisse;

pppp) «mezzo elettronico», un mezzo che utilizza apparecchiature elettroniche di elaborazione, compresa la compressione numerica, e di archiviazione dei dati e che utilizza la diffusione, la trasmissione e la ricezione via filo, via radio, attraverso mezzi ottici o altri mezzi elettromagnetici;

qqqq) «rete pubblica di comunicazioni», una rete di comunicazione elettronica utilizzata interamente o prevalentemente per fornire servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico che supporta il trasferimento di informazioni tra i punti terminali di reti;

rrrr) «servizio di comunicazione elettronica», i servizi forniti, di norma a pagamento, consistenti esclusivamente o prevalentemente nella trasmissione di segnali su reti di comunicazioni elettroniche, compresi i servizi di telecomunicazioni e i servizi di trasmissione nelle reti utilizzate per la diffusione circolare radiotelevisiva, ad esclusione dei servizi che forniscono contenuti trasmessi utilizzando reti e servizi di comunicazione elettronica o che esercitano un controllo editoriale su tali contenuti; sono inoltre esclusi i servizi della società dell'informazione di cui all'articolo 2, comma 1, lettera *a*) del decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70, non consistenti interamente o prevalentemente nella trasmissione di segnali su reti di comunicazione elettronica;

ssss) «AAP», l'accordo sugli appalti pubblici stipulato nel quadro dei negoziati multilaterali dell'Uruguay Round;

tttt) «Vocabolario comune per gli appalti pubblici», CPV (Common Procurement Vocabulary), la nomenclatura di riferimento per gli appalti pubblici adottata dal regolamento (CE) n. 2195/2002, assicurando nel contempo la corrispondenza con le altre nomenclature esistenti;

uuuu) «codice», il presente decreto che disciplina i contratti pubblici di lavori, servizi, forniture;

vvvv) «servizi di architettura e ingegneria e altri servizi tecnici», i servizi riservati ad operatori economici esercenti una professione regolamentata ai sensi dell'articolo 3 della direttiva 2005/36/CE;

zzzz) «categorie di opere generali» le opere e i lavori caratterizzati da una pluralità di lavorazioni indispensabili per consegnare l'opera o il lavoro finito in ogni sua parte;

aaaa) «categorie di opere specializzate», le opere e i lavori che, nell'ambito del processo realizzativo, necessitano di lavorazioni caratterizzate da una particolare specializzazione e professionalità⁵;

bbbb) «opere e lavori puntuali» quelli che interessano una limitata area di territorio;

cccc) «opere e lavori a rete» quelli che, destinati al movimento di persone e beni materiali e immateriali, presentano prevalente sviluppo unidimensionale e interessano vaste estensioni di territorio;

dddd) «appalto a corpo» qualora il corrispettivo contrattuale si riferisce alla prestazione complessiva come eseguita e come dedotta dal contratto;

eeee) «appalto a misura» qualora il corrispettivo contrattuale viene determinato applicando alle unità di misura delle singole parti del lavoro eseguito i prezzi unitari dedotti in contratto;

ffff) «aggregazione», accordo fra due o più amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori per la gestione comune di alcune o di tutte le attività di programmazione, di progettazione, di affidamento, di esecuzione e di controllo per l'acquisizione di beni, servizi o lavori;

gggg) «lotto prestazionale», uno specifico oggetto di appalto da aggiudicare anche con separata ed autonoma procedura, definito su base qualitativa, in conformità alle varie categorie e specializzazioni presenti o in conformità alle diverse fasi successive del progetto⁶;

gggg-bis) «principio di unicità dell'invio», il principio secondo il quale ciascun dato è fornito una sola volta a un solo sistema informativo, non può essere richiesto da altri sistemi o banche dati, ma è reso disponibile dal sistema informativo ricevente. Tale principio si applica ai dati relativi a programmazione di lavori, opere, servizi e forniture, nonché a tutte le procedure di affidamento e di realizzazione di contratti pubblici soggette al presente codice, e a quelle da esso escluse, in tutto o in parte, ogni qualvolta siano imposti dal presente codice obblighi di comunicazione a una banca dati¹;

gggg-ter) «unità progettuale», il mantenimento, nei tre livelli di sviluppo della progettazione, delle originarie caratteristiche spaziali, estetiche, funzionali e tecnologiche del progetto¹;

gggg-quater) «documento di fattibilità delle alternative progettuali», il documento in cui sono individuate ed analizzate le possibili soluzioni progettuali alternative ed in cui si dà conto della valutazione di ciascuna alternativa, sotto il profilo qualitativo, anche in termini ambientali, nonché sotto il profilo tecnico ed economico¹;

gggg-quinquies) «programma biennale degli acquisti di beni e servizi», il documento che le amministrazioni adottano al fine di individuare gli acquisti di forniture e servizi da disporre nel biennio, necessari al soddisfacimento dei fabbisogni rilevati e valutati dall'amministrazione preposta¹;

ggggg-sexies) «programma triennale dei lavori pubblici», il documento che le amministrazioni adottano al fine di individuare i lavori da avviare nel triennio, necessari al soddisfacimento dei fabbisogni rilevati e valutati dall'amministrazione preposta¹;

ggggg-septies) «elenco annuale dei lavori», l'elenco degli interventi ricompresi nel programma triennale dei lavori pubblici di riferimento, da avviare nel corso della prima annualità del programma stesso¹;

ggggg-octies) «elenco annuale delle acquisizioni di forniture e servizi», l'elenco delle acquisizioni di forniture e dei servizi ricompresi nel programma biennale di riferimento, da avviare nel corso della prima annualità del programma stesso¹;

ggggg-nonies) «quadro esigenziale», il documento che viene redatto ed approvato dall'amministrazione in fase antecedente alla programmazione dell'intervento e che individua, sulla base dei dati disponibili, in relazione alla tipologia dell'opera o dell'intervento da realizzare gli obiettivi generali da perseguire attraverso la realizzazione dell'intervento, i fabbisogni della collettività posti a base dell'intervento, le specifiche esigenze qualitative e quantitative che devono essere soddisfatte attraverso la realizzazione dell'intervento, anche in relazione alla specifica tipologia di utenza alla quale gli interventi stessi sono destinati¹;

ggggg-decies) «capitolato prestazionale», il documento che indica, in dettaglio, le caratteristiche tecniche e funzionali, anche per gli aspetti edilizi, infrastrutturali e ambientali, che deve assicurare l'opera costruita e che traduce il quadro esigenziale in termini di requisiti e prestazioni che l'opera deve soddisfare, stabilendone la soglia minima di qualità da assicurare nella progettazione e realizzazione¹;

ggggg-undecies) «cottimo», l'affidamento della sola lavorazione relativa alla categoria subappaltabile ad impresa subappaltatrice in possesso dell'attestazione dei requisiti di qualificazione necessari in relazione all'importo totale dei lavori affidati al cottimista e non all'importo del contratto, che può risultare inferiore per effetto dell'eventuale fornitura diretta, in tutto o in parte, di materiali, di apparecchiature e mezzi d'opera da parte dell'appaltatore¹.

¹ Lettera aggiunta dall'art. 4, D.Lgs. 19 aprile 2017, n. 56.

² Lettera così modificata dall'art. 4, D.Lgs. 19 aprile 2017, n. 56. Il testo previgente disponeva: *uu*) «concessione di lavori», un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più stazioni appaltanti affidano l'esecuzione di lavori ad uno o più operatori economici riconoscendo a titolo di corrispettivo unicamente il diritto di gestire le opere oggetto del contratto o tale diritto accompagnato da un prezzo, con assunzione in capo al concessionario del rischio operativo legato alla gestione delle opere.

³ Lettera così modificata dall'art. 4, D.Lgs. 19 aprile 2017, n. 56. Il testo previgente disponeva: *zz*) «rischio operativo», il rischio legato alla gestione dei lavori o dei servizi sul lato della domanda o sul lato dell'offerta o di entrambi, trasferito al concessionario. Si considera che il concessionario assuma il rischio operativo nel caso in cui, in condizioni operative normali, non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione. La parte del rischio trasferita al concessionario deve comportare una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subito dal concessionario non sia puramente nominale o trascurabile.

⁴ Lettera così modificata dall'art. 4, D.Lgs. 19 aprile 2017, n. 56. Il testo previgente disponeva: *eee*) «contratto di partenariato pubblico privato», il contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto con il quale una o più stazioni appaltanti conferiscono a uno o più operatori economici per un periodo determinato in funzione della durata dell'ammortamento dell'investimento o delle modalità di finanziamento fissate, un complesso di attività consistenti nella realizzazione, trasformazione, manutenzione e gestione operativa di un'opera in cambio della sua disponibilità, o del suo sfruttamento economico, o della fornitura di un servizio connesso all'utilizzo dell'opera stessa, con assunzione di rischio secondo modalità individuate nel contratto, da parte dell'operatore. Fatti salvi gli obblighi di comunicazione previsti dall'articolo 44, comma 1-bis, del decreto-legge 31 dicembre 2007, n. 248, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 febbraio 2008, n. 31, si applicano i contenuti delle decisioni Eurostat.

V. Delib. Anac 28 marzo 2018, n. 318 (Linee Guida n. 9, di attuazione del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, recanti «Monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato»).

⁵ Lettera così sostituita dall'art. 4, D.Lgs. 19 aprile 2017, n. 56. Il testo previgente disponeva: *aaaaa*) «categorie di opere specializzate» le lavorazioni che, nell'ambito del processo realizzativo dell'opera o lavoro necessitano di una particolare specializzazione e professionalità.

⁶ Lettera così modificata dall'art. 4, D.Lgs. 19 aprile 2017, n. 56, che ha sostituito alla fine il "punto" con il "punto e virgola".

1. Disciplina.

1. Disciplina.

Le condizioni enunciate dall'articolo 2, punto 2, lettere da a) a c) della Direttiva ISP hanno carattere cumulativo, sicché un organismo non può

essere qualificato come organismo di diritto pubblico, ai sensi della disposizione sopra citata, qualora una di esse non sia soddisfatta. Inoltre, il considerando 10 della direttiva ISP precisa che tale nozione di «organismo di diritto pubblico» è tratta dalle direttive in materia di appalti pubblici e non

comprende le imprese pubbliche. Pertanto, non è sufficiente che un'impresa sia stata creata dallo Stato o da un altro organismo di diritto pubblico o che le sue attività siano finanziate mediante risorse derivanti dalle attività di questi ultimi perché essa stessa possa essere considerata come un «organismo di diritto pubblico». Infatti, occorre anche che essa sia stata creata con lo scopo specifico di soddisfare bisogni d'interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale. *Corte Giust., sez. IV, 14 novembre 2018, n. 215/17.*

La controversia riguardante la contestazione della legittimità degli esiti della procedura di gara volta ad individuare l'aggiudicatario della gestione del "servizio di ristoro ed attività commerciali connesse" (c.d. non oil) di un'area di servizio situata in un tratto autostradale, intercorsa tra il concessionario dell'area ed il terzo contraente, spetta al giudice ordinario, atteso che il rapporto tra il concedente (P.A.) ed il concessionario non ha alcun rilievo per il terzo contraente, che resta del tutto estraneo al primo accordo, di cui costituisce un mero presupposto, risolvendosi in un contratto di diritto privato, quand'anche definito come "subconcessione". *Cass. civ. Sez. Un., 30 aprile 2019, n. 11508.*

La categoria dell'**organismo di diritto pubblico** - elaborata nel diritto eurounitario per individuare le cd. "amministrazioni aggiudicatrici", ossia i soggetti tenuti al rispetto delle regole dell'evidenza pubblica, cui consegue la giurisdizione del giudice amministrativo sulle relative controversie - è ravvisabile quando ricorrano cumulativamente i tre requisiti previsti dall'art. 3, lett. d), del d.lgs. n. 50 del 2016, la cui interpretazione va condotta privilegiando un approccio non formalistico ma funzionale, che tenga conto delle concrete modalità di azione della società, ed in particolare: 1) la "personalità giuridica" intesa in senso ampio, comprensiva degli enti di fatto; 2) l'"influenza pubblica dominante", integrata da almeno uno dei fattori (partecipazione, finanziamento o controllo pubblico) previsti dalla citata norma; 3) il requisito "teleologico", da valutarsi avendo riguardo, in primo luogo, all'accertamento che l'attività sia rivolta, anche non esclusivamente o prevalentemente, alla realizzazione di un interesse generale, ovvero che sia necessaria a soddisfare tale interesse, e che il soggetto, pur eventualmente operando in un mercato concorrenziale, non fondi la propria attività principale esclusivamente su criteri di rendimento, efficacia e redditività e non assuma su di sé i rischi collegati allo svolgimento di tale attività, i quali devono ricadere sulla P.A. controllante, nonché, in secondo luogo, alla circostanza che il servizio d'interesse generale, oggetto di detta attività, non possa essere rifiutato per ragioni di convenienza economica. *Cass. civ., Sez. Un., 28 marzo 2019, n. 8673.*

In base all'art. 3, lett. d), del D.Lgs 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici) si intende per "«organismi di diritto pubblico», qualsiasi organismo, anche in forma societaria, il cui elenco non tassativo è contenuto nell'allegato IV:

1) istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale; 2) dotato di personalità giuridica; 3) la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico". I menzionati requisiti, ai fini del riconoscimento della qualifica di organismo di diritto pubblico, devono sussistere cumulativamente, con la precisazione che il requisito dell'influenza dominante, descritto nel precedente punto 3), è integrato anche in presenza di uno soltanto dei presupposti ivi contemplati. Pertanto, (Omissis) non può essere qualificata come organismo di diritto pubblico perché priva del requisito di cui al punto 1) del menzionato art. 3 (c.d. requisito teleologico), non risultando la stessa costituita "per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale". Osta al riconoscimento del requisito in questione la circostanza che la società, operante in un mercato concorrenziale, sia gestita secondo criteri di efficacia e redditività tipici dell'imprenditore privato e con assunzione del rischio di impresa. Il costante orientamento giurisprudenziale, sia nazionale sia eurounitario è nel senso che l'organismo di diritto pubblico si caratterizza per il suo asservimento al soddisfacimento di esigenze di interesse generale che persegue lasciandosi "guidare da considerazioni diverse da quelle economiche", quand'anche parte della sua operatività sia svolta sul mercato. *Cons. St., sez. V, 12 dicembre / 2018, n. 7031.*

Nell'ordinamento nazionale è riconosciuta alle amministrazioni pubbliche la possibilità di concludere fra loro accordi per disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune che dunque deve essere letta alla luce del quadro normativo europeo (art. 15 della L. n. 241/1990). In particolare la norma appena citata prevede che agli accordi tra amministrazioni pubbliche non si applichino le previsioni del codice purché siano rispettate le seguenti condizioni: a) l'accordo stabilisce o realizza una cooperazione tra le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori partecipanti, finalizzata a garantire che i servizi pubblici che essi sono tenuti a svolgere siano prestati nell'ottica di conseguire gli obiettivi che essi hanno in comune; b) l'attuazione di tale cooperazione è retta esclusivamente da considerazioni inerenti all'interesse pubblico; c) le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori partecipanti svolgono sul mercato aperto meno del 20 per cento delle attività interessate dalla cooperazione. **Al di fuori di questi casi, ogni accordo avente contenuto patrimoniale ed astrattamente contendibile soggiace alle regole dell'evidenza pubblica dovendosi anche le**

amministrazioni pubbliche includere nel novero degli operatori economici sottoposti alle regole della concorrenza ai sensi dell'art. 3, lett. p) del D.Lgs. n. 50/2016. Tali condizioni non ricorrano nel caso di specie, atteso che la convenzione stipulata è funzionale al solo perseguimento dell'interesse della resistente ASL e non anche dell'Università. Non sussistono quindi i presupposti normativi sopra visti per la conclusione degli accordi tra amministrazioni ed è stata, invece, autorizzata la stipula di un vero e proprio contratto, peraltro remunerativo, di un servizio contendibile ed astrattamente suscettibile di essere reperito sul mercato, con la conseguenza che in base ai principi ampiamente noti, i servizi in questione avrebbero dovuto essere affidati mediante una procedura comparativa e trasparente che, invece, non è stata svolta. *Tar Campania, sez. I, 1 febbraio 2019, n. 548.*

La società Aeroporti di Roma non rientra nella nozione di organismo di diritto pubblico, perché esercita la sua missione in un contesto economico concorrenziale con i privati e non usufruisce di misure pubbliche che la preservino dal rischio di impresa. *Cons. St., sez. V, 12 dicembre 2018, n. 7031.*

Non può essere qualificata come organismo di diritto pubblico la società che non risulti costituita al fine di soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale. *Cons. St., sez. V, 19 novembre 2018, n. 6534.*

I contratti di appalto pubblici di forniture, tra una o più stazioni appaltanti e uno o più soggetti economici, hanno ad oggetto l'acquisto, la **locazione finanziaria**, la locazione o l'acquisto a riscatto, con o senza opzione per l'acquisto, di prodotti. *Tar Lombardia Milano sez. IV, 17 ottobre 2018, n. 2322.*

In materia di gare pubbliche le **"procedure ristrette"** sono procedure di affidamento alle quali ogni operatore economico può chiedere di partecipare e in cui possono presentare un'offerta soltanto gli operatori economici invitati dalle stazioni appaltanti. *Tar Lazio, sez. III quater, 1 agosto 2018, n. 8588.*

In caso di appalti nei settori speciali sotto soglia avente ad oggetto l'affidamento del servizio di progettazione di prevenzione incendi, l'insistenza del Capitolato sulla progettazione e sulle figure professionali induce senza dubbio a ritenere che, in tali casi, si verta nell'ambito dei **servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria** che, ai sensi dell'art. 3 del D.Lgs. n. 50 del 2016, sono quelli riservati ad operatori economici esercenti una professione regolamentata. *Tar Lazio, sez. III, 5 gennaio 2018, n. 107.*

La gestione dei distributori automatici configura una **concessione di servizi**, ossia un rapporto che si basa su un'assunzione di rischio operativo da parte del concessionario, il quale si rivolge a un'ampia platea di potenziali clienti e spera di ottenere da questi il massimo guadagno possibile (art. 3, comma 1 vv, DLgs. n. 50/2016, Codice degli appalti e concessioni). *Tar Lombardia, Brescia, sez. I, 4 dicembre 2017, n. 1408.*

L'art. 3, lett. i), D.Lgs. n. 50 del 2016, contiene un'espressa definizione di **centrale di committenza**, sicché non vi è dubbio che la Stazione Unica Appaltante andrà qualificata come centrale di committenza quando fornisca attività di centralizzazione di committenza e, se del caso, attività di committenza ausiliarie, come definite dalle lett. l) ed m) del medesimo art. 3; ricorrendo tali presupposti, anche la SUA ricadrà nel perimetro applicativo dell'art. 113, comma 5, D.Lgs. n. 50 del 2016. Gli incentivi per funzioni tecniche di cui all'art. 113, comma 5, codice appalti, sono da includere nel tetto per i trattamenti accessori del personale, non trattandosi di spese d'investimento, a differenza degli incentivi per la progettazione di cui all'art. 93, comma 7-ter, D.Lgs. n. 163 del 2006, oggi abrogato. *Corte Conti, Puglia, sez. contr., 9 novembre 2017, n. 149.*

Il contratto di **leasing immobiliare in costruzione**, quale locazione finanziaria di opere pubbliche, ora disciplinato dagli artt. 3, comma 1, lett. eee), 180 e 187, D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, è considerato sempre e comunemente indebitamento, se stipulato a decorrere dal 1° gennaio 2015, rientrando, ai sensi dell'art. 3, comma 17, legge 24 dicembre 2003, n. 350, come novellato dall'art. 1, comma 1, lett. a), D.Lgs. 10 agosto 2014, n. 126, nella più ampia accezione del leasing finanziario; ciò, indipendentemente dalla concreta verifica dell'allocatione dei rischi tra la Pubblica Amministrazione ed il soggetto realizzatore e a differenza delle altre tipologie di operazioni di partenariato pubblico-privato. Il Collegio, a tal proposito, rileva un possibile contrasto normativo tra il paragrafo 3.25 del Principio contabile applicato concernente la contabilità finanziaria, Allegato 4/2 al D.Lgs. 23 giugno 2011, n. 118, che sostiene tale interpretazione, ed il disposto del D.Lgs. n. 50/2016 medesimo, ispirantesi al Reg. UE n. 549/2013 (Sec 2010); ritiene perciò, per la pregnanza della questione, non limitata ai bilanci degli enti territoriali, bensì rilevante ai fini della redazione del conto economico consolidato, nonché sui connessi aggregati macroeconomici, in termini di indebitamento netto e di debito pubblico, di sospendere la pronuncia, rimettendo la questione al Presidente della Corte dei conti per le decisioni di competenza. *Corte Conti Lombardia sez. contr., 1 marzo 2017, n. 36.*

La **subconcessione di spazi aeroportuali per lo svolgimento di un'attività di ristorazione**, qualora trovi origine in un rapporto derivato tra il concessionario ed il terzo, al quale l'amministrazione concedente sia rimasta estranea, neppure essendo prevista dall'atto concessorio primario una preventiva autorizzazione all'affidamento di tale attività, ha natura privatistica, come tale sottratta alle regole dell'evidenza pubblica e le cui controversie sono devolute alla giurisdizione ordinaria, atteso che si tratta di un rapporto privo di qualunque collegamento con l'atto autoritativo concessorio ed avente ad oggetto un'attività non compresa nell'elenco tassativo dei servizi necessari di assistenza a terra, come indicati dall'all. A) del d.lgs. n. 18/

99, bensì svolta, in via meramente eventuale, su richiesta ed autonoma remunerazione del cliente. (Regola giurisdizione). *Cass. civ., Sez. Un., 27 febbraio 2017, n. 4884.*

La giurisprudenza della Corte di Giustizia ha chiarito che, se in linea generale i bisogni non aventi carattere industriale o commerciale si caratterizzano di norma per il fatto di non trovare una adeguata "risposta" nell'offerta degli operatori sul mercato, è nondimeno possibile che in alcuni casi detti bisogni possano presentare una qualche rilevanza economica, sì da indurre anche operatori economici privati a collocarsi nel settore e senza che ciò incida sulla possibilità di qualificare l'organismo della cui natura si controverte come organismo di diritto pubblico, (o.d.p.). Si è in tal modo ammessa la non incompatibilità tra (da un lato) lo svolgimento di attività di impresa e l'operatività in settori contrassegnati a un'economia di mercato e (dall'altro) la qualificabilità dell'ente come organismo di diritto pubblico. Ne consegue la non condivisibilità della tesi secondo cui per poter riconoscere a un Organismo la **qualificazione di o.d.p.** sarebbe sempre e comunque necessario verificare (in negativo) che lo stesso operi in settori non concorrenziali, ovvero (in positivo) che lo esso operi in regime di sostanziale privativa. La giurisprudenza della CGUE ha poi offerto un criterio ermeneutico generale idoneo a risolvere i casi dubbi (nel cui ambito il solo fatto di operare in un settore aperto al mercato non fornisce ex se elementi dirimenti per escludere la qualificabilità come o.d.p.). Si è osservato al riguardo che "[la nozione di] bisogno non industriale o

commerciale rientra nel diritto comunitario e non può essere modificata discrezionalmente dal legislatore nazionale; e che la nozione di organismo di diritto pubblico deve essere in ogni caso estensivamente intesa, essendo funzionale alla liberalizzazione dei mercati e della concorrenza, concludendo che servizi mortuari o di pompe funebri rispondono a bisogni di interesse generale ma l'eventuale esistenza di una concorrenza articolata consente di concludere per l'insussistenza di un bisogno di interesse generale avente carattere non industriale o commerciale", pertanto, riconducendo tali principi al caso di specie, deve ritenersi: i) che la circostanza per cui il settore del soccorso stradale sia aperto alla concorrenza non depone ex se nel senso della non qualificabilità come o.d.p.; ii) che, al contrario, prevalenti indici fattuali e sistematici depingono nell'opposto senso di qualificare la società in parola come o.d.p. con quanto ne consegue in termini di assoggettamento alle regole dell'evidenza pubblica e di radicamento della giurisdizione del Giudice amministrativo. *Cons. St., sez. V, 16 gennaio 2017, n. 108.*

La subconcessione di spazi aeroportuali per lo svolgimento dell'attività di avvolgimento dei bagagli con pellicola protettiva ha natura privatistica, sicché non è soggetta alle regole dell'evidenza pubblica ed è devoluta alla giurisdizione ordinaria, trattandosi di un'attività non rientrante nell'elenco tassativo dei servizi necessari di assistenza a terra, bensì prestata su eventuale richiesta e autonoma remunerazione del cliente. *Cass. civ., Sez. Un., 18 aprile 2016, n. 7663.*

TITOLO II

CONTRATTI ESCLUSI IN TUTTO O IN PARTE DALL'AMBITO DI APPLICAZIONE

4. Principi relativi all'affidamento di contratti pubblici esclusi. 1. L'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture, dei contratti attivi, esclusi, in tutto o in parte, dall'ambito di applicazione oggettiva del presente codice, avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica¹.

¹ Comma così modificato dall'art. 5, D.Lgs. 19 aprile 2017, n. 56. Il testo previgente disponeva: *1. L'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture, esclusi, in tutto o in parte, dall'ambito di applicazione oggettiva del presente codice, avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica.*

1. Disciplina.

1. Disciplina.

In base al principio comunitario di concorrenzialità, le **concessioni demaniali**, in quanto concernenti beni economicamente contendibili, devono essere affidate mediante procedura di gara. Pertanto, in conformità alle previsioni di cui all'art. 4 del D.Lgs. n. 50/2016, per l'affidamento del relativo contratto (attivo e non passivo) è necessario e sufficiente, in assenza di specifici autovincoli posti dalla PA, il rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, traspa-

renza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica. *Tar Campania, Salerno, sez. I, 19 marzo 2019, n. 413.*

I caratteri distintivi dell'ente pubblico non stanno nelle finalità da esso perseguite, dal momento che alcuni enti, sicuramente privati, perseguono finalità a cui tende lo Stato stesso mentre quest'ultimo svolge anche **attività privatistiche**, ma sono dati in modo preminente dalla titolarità di pubblici poteri, di autoorganizzazione, di certificazione e di autotutela, dalla operatività necessaria, ossia dall'impossibilità che i suoi compiti vengano espletati da altri soggetti che non siano altri enti pubblici ad essi pre-