INDICE

	<i>pag.</i>
<i>Introduzione</i>	1
CAPITOLO I	
IL DILEMMA DEI CONTRATTI PUBBLICI COMPLESSI E LA SUA SOLUZIONE	
1. I contratti pubblici complessi	7
2. Il <i>dilemma</i> della contrattualistica pubblica: discrezionalità efficiente e rischio corruttivo <i>versus</i> automatismi inefficienti e integrità	11
2.1. Una complicazione del <i>dilemma</i> : approccio europeo <i>versus</i> approccio italiano	13
3. Asimmetria informativa tra pubblica amministrazione e operatori economici: fattori che la influenzano (tipologia di stazione appaltante e complessità del contratto)	15
4. La scelta della migliore offerta e la <i>selezione avversa</i>	18
4.1. Negoziazioni e apprendimento dell'amministrazione	21
5. L'esecuzione dei contratti e l' <i>azzardo morale</i> (cenni)	24
5.1. Incompletezza dei contratti e rinegoziazioni: il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale	26
6. La corruzione in Italia come fenomeno nascosto: contraddittorietà dei dati in relazione ai diversi sistemi di misurazione	28
6.1. La corruzione nella contrattualistica pubblica	34
6.2. Inefficienza e corruzione: un confronto tra le loro caratteristiche	36
7. Una diversa prospettiva: lo spostamento del contrasto alla corruzione <i>fuori dalla gara</i>	39
8. La soluzione del <i>dilemma</i> : a) il contrasto alla corruzione fondato sul perseguimento dell'efficienza; b) inopportunità di misure anticorruptive e di trasparenza che causino inefficienza; c) necessità di controlli che si spostino dagli atti all'attività con valutazione dei risultati	41

	<i>pag.</i>
8.1. <i>Best value</i> e integrità nel Regno Unito (cenni)	45
9. Prime conclusioni: contratti complessi e flessibilità dei modelli	49

CAPITOLO II

L'EVOLUZIONE DELLA DISCIPLINA NEI TRE CODICI: DALL'OBBIETTIVO PRIORITARIO DELL'INTEGRITÀ AI PRINCIPI DI RISULTATO E FIDUCIA

1. Da <i>Tangentopoli</i> alle leggi c.d. Merloni: il Legislatore italiano persegue il contrasto alla corruzione attraverso la riduzione della discrezionalità amministrativa	53
2. Le direttive comunitarie del 2004: l'unificazione della disciplina dei lavori, servizi e forniture e l'apertura alla concorrenza da realizzarsi attraverso modelli flessibili	55
3. Il primo codice dei contratti pubblici: incorporazione degli istituti flessibili europei nel pre-esistente contesto di rigidità e loro conseguente inutilizzazione	57
4. La stagione dei correttivi e il protrarsi della instabilità della disciplina di settore: iper-regolazione e <i>moltiplicazione dei modelli</i>	60
5. Il riemergere della questione della corruzione: una disciplina anticorruzione <i>fuori dalle gare</i>	66
6. I nuovi scandali, la creazione dell'Autorità Anticorruzione (ANAC) e l'aggregazione della domanda pubblica	70
7. Le direttive del 2014: la nuova direttiva concessioni (rinvio), l'obiettivo dell'efficienza attraverso un ulteriore aumento della flessibilità delle procedure e il c.d. <i>uso strategico</i> degli appalti (rinvio)	74
8. Le due anime del secondo codice, tra diritto europeo e diritto interno	76
8.1. <i>La governace</i> e la <i>soft law</i>	82
9. La creazione di una disciplina fuori dal codice e il <i>ginepraio delle fonti</i>	86
10. Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza e i contratti pubblici	90
10.1. Le <i>milestone</i> sui contratti pubblici e la loro attuazione: i decreti PNRR e la legge delega	93
11. Il terzo codice dei contratti pubblici e l'approdo ai principi di <i>risultato</i> e <i>fiducia</i>	97
11.1. La disciplina attuativa, il regime transitorio e il primo correttivo	103

CAPITOLO III**DISCREZIONALITÀ, FIDUCIA E RISULTATO
DEI CONTRATTI PUBBLICI COMPLESSI****SEZIONE I**

UN SISTEMA DI PRINCIPI ORIENTATO AL RISULTATO

1.	Il principio di risultato e l'amministrazione di risultato	110
1.1.	La concretezza del risultato: sua misurabilità e verificabilità	115
1.2.	L'integrazione della sostenibilità nel risultato: il <i>risultato sostenibile</i>	116
1.3.	Il risultato e i destinatari dell'attività amministrativa	120
2.	I principi generali di derivazione europea: l'accesso al mercato	123
2.1.	Il principio di concorrenza tra primazia e funzionalità	126
2.2.	Imparzialità, non discriminazione e parità di condizioni	129
2.3.	Pubblicità e trasparenza	133
2.4.	Proporzionalità	135
3.	Centralità del risultato e funzionalità della concorrenza e della trasparenza: riflessioni sul valore dell'integrità	137
3.1.	Resistenze e contro-tendenze. La riaffermazione del principio di rotazione	140
4.	Risultato, flessibilità e <i>fiducia</i> nella <i>onestà</i> e nella <i>capacità</i> delle pubbliche amministrazioni	143
5.	Funzione nomofilattica dei principi di risultato, fiducia e accesso al mercato	145

SEZIONE II

DISCREZIONALITÀ E VALUTAZIONI TECNICHE ORIENTATE AL RISULTATO

1.	Le scelte discrezionali dell'amministrazione: il presupposto della <i>fiducia</i> e il fine del <i>risultato</i>	147
2.	La scelta del <i>se, dove e quando</i> . La programmazione delle opere e dei servizi	149
3.	La partecipazione alle scelte dei destinatari dell'attività amministrativa e il risultato	151
3.1.	Il dibattito pubblico	153
4.	La scelta del <i>cosa</i> e del <i>come</i> acquistare	157
5.	L'apprendimento prima della gara: le consultazioni preliminari di mercato	161
5.1.	La procedimentalizzazione delle consultazioni nelle linee guida di ANAC	164

	<i>pag.</i>
5.2. La disciplina del nuovo codice: un'interpretazione secondo i principi di fiducia e di risultato	166
5.3. Le consultazioni dal lato degli operatori economici: loro partecipazione alla successiva gara e incentivi a partecipare alle consultazioni	168
6. L'apprendimento attraverso le procedure di aggiudicazione flessibili: le disposizioni generali	170
6.1. La procedura competitiva con negoziazione	173
6.2. Il dialogo competitivo	175
7. La discrezionalità inopportuna: la scelta del <i>chi</i>	178
7.1. Un potere valutativo imposto dal diritto europeo	181
7.2. Una possibile soluzione compatibile col diritto europeo	184
8. Considerazioni conclusive sulla discrezionalità opportuna (sul <i>se, dove, quando, cosa e come</i>) e su quella inopportuna (sul <i>chi</i>)	186

SEZIONE III

RIFLESSIONI SUL MANCATO UTILIZZO DEGLI STRUMENTI FLESSIBILI: ANALISI DEI COMPORTAMENTI, BUROCRAZIA DIFENSIVA E INSUFFICIENZA DEI CONTROLLI DI RISULTATO

1. Insufficienza dell'introduzione dei principi di risultato e fiducia a promuovere l'utilizzo dei modelli flessibili	188
2. Prime considerazioni sui comportamenti del funzionario pubblico	190
3. Le scelte del funzionario pubblico attraverso la lente dell'economia comportamentale: <i>euristiche</i> e <i>bias</i> comportamentali	191
4. Avversione al rischio del funzionario pubblico e scelta della strada più rassicurante	196
4.1. La <i>paura della firma</i> e la <i>burocrazia difensiva</i>	198
4.2. La responsabilità amministrativa per danno erariale e i suggerimenti di riforma della Corte Costituzionale per rassicurare il funzionario pubblico	201
5. L'insufficienza dei controlli amministrativi di risultato: il caso emblematico della responsabilità dirigenziale (cenni)	207
6. L'insufficienza dell'attuale disciplina dei premi di risultato	211
7. Azione di annullamento e sua inidoneità a sindacare il risultato: gli approdi dell'Amministrazione di risultato dei primi anni 2000	214
7.1. Il riemergere della questione della sindacabilità del risultato da parte del Giudice Amministrativo a seguito dell'introduzione del principio di risultato nel codice dei contratti pubblici	219
7.2. Il controllo giurisdizionale sulle valutazioni tecniche	221
7.3. Strutturale inidoneità dell'azione di annullamento a sindacare il risultato: la questione delle condizioni dell'azione che rendono	

	<i>pag.</i>
il risultato una leva per concretizzare l'interesse particolare del ricorrente e non il fine ultimo dell'azione	224
8. Sul riconoscimento (<i>de jure condendo</i>) di un potere di controllo in capo ai destinatari dell'attività amministrativa	227
9. Il risultato <i>progettato</i> e il risultato <i>conseguito</i> : loro misurazione e valu- tazione	229
10. Controlli di risultato come contrappeso della fiducia	235
11. Amministrazione e persuasione: la tecnica del <i>nudge</i>	236

CAPITOLO IV

CASI DI CONTRATTI PUBBLICI COMPLESSI

SEZIONE I

USO STRATEGICO DEI CONTRATTI PUBBLICI

1. L'uso strategico dei contratti pubblici e lo sviluppo sostenibile	242
2. Il punto di vista <i>macro</i> : i contratti pubblici come strumento strategico basato sul mercato	245
3. Il punto di vista <i>micro</i> : dalla deroga al principio di economicità al <i>ri- sultato sostenibile</i>	249
4. Complessità del contratto e svantaggio informativo della stazione ap- paltante	253
5. Il <i>green public procurement</i> : il principio di integrazione e le sue prime applicazioni	255
5.1. Gli appalti verdi nelle direttive del 2014	260
5.2. La disciplina vigente: l'obbligo di rispettare i criteri ambientali minimi e le disposizioni verdi nelle varie fasi della vita del con- tratto	265
6. Le clausole sociali: le sfide del PNRR e la disciplina generale vigente	273
7. Sostenibilità, flessibilità dei modelli e innovazione (rinvio) come valo- ri collegati al fine del perseguimento del risultato sostenibile	275

SEZIONE II

I CONTRATTI DI PARTENARIATO PUBBLICO-PRIVATO E DI CONCESSIONE

1. La disciplina del PPP: una fuga in avanti del legislatore nazionale	277
2. I contratti di PPP nel diritto interno	280
3. La direttiva concessioni e i contratti di concessione	284
4. Il partenariato pubblico-privato tra diritto interno ed europeo	287

	<i>pag.</i>
5. Divieto di <i>gold plating</i> , moltiplicazione dei modelli e atipicità nel diritto interno	289
6. La distinzione tra concessione e appalto: la centralità del trasferimento del rischio	291
6.1. La classificazione dei rischi di <i>Eurostat</i>	298
6.2. Le tipologie di rischio individuate dalla direttiva 2014/23/UE	302
7. L'equilibrio del piano economico-finanziario e la dimensione dell'economicità del risultato	307
8. La c.d. <i>bancabilità</i> e il contratto di finanziamento	312
9. L'aggiudicazione dei contratti di partenariato pubblico-privato e di concessione	317
9.1. Flessibilità e negoziazioni nella direttiva 2014/23/UE e nel d.lgs. 36/2023	319
9.2. La procedura di aggiudicazione su iniziativa privata (c.d. <i>finanza di progetto</i>)	326
10. Esecuzione del contratto: incompletezza dei contratti e rinegoziazioni in corso di esecuzione	332
11. I contratti di partenariato diversi dalle concessioni: necessaria sussistenza delle caratteristiche generali del PPP al fine della riconduzione nella categoria	336
11.1. La locazione finanziaria	337
11.2. Il contratto di disponibilità	341
11.3. I contratti di rendimento energetico o di prestazione energetica	344
12. La disciplina contabilista: questioni definitorie	350
12.1. La contabilizzazione <i>off balance</i> dei PPP e delle concessioni	353
13. Partenariati e risultato: riflessioni su alcune disposizioni per la gestione della complessità (qualificazione delle amministrazioni concedenti; inserimento in programmazione; valutazione preliminare di convenienza rispetto all'appalto; monitoraggio)	358

SEZIONE III

I CONTRATTI PER L'INNOVAZIONE

1. L'innovazione nei contratti pubblici: significato e forme	362
2. Gli appalti per l'innovazione nel contesto delle strategie dell'Unione europea	365
3. La fase preliminare all'avvio della procedura di aggiudicazione: la <i>valutazione delle esigenze</i> e le <i>consultazioni preliminari del mercato</i> (rinvio)	369
4. L'innovazione attraverso le procedure di gara flessibili (procedure competitive con negoziazione, dialogo competitivo, finanza di progetto, concorsi di progettazione – rinvio)	371

	<i>pag.</i>
5. L'innovazione trasversale alla procedura di aggiudicazione e all'esecuzione del contratto: il partenariato per l'innovazione	374
6. L'innovazione attraverso i modelli contrattuali: appalti di servizi di ricerca e sviluppo – R&S	379
6.1. Appalto pre-commerciale (<i>pre-commercial procurement</i> – PCP)	382
6.2. Appalti di forniture di ricerca e sviluppo e loro aggiudicazione con procedura negoziata senza bando	385
6.3. L'appalto pubblico di soluzioni innovative (<i>Public Procurement of Innovative Solutions</i> – PPI): l'amministrazione come utilizzatore precoce (<i>early adopter</i>)	387
7. Questioni trasversali a tutti i modelli di <i>innovation procurement</i> : a) l'assetto dei diritti di proprietà intellettuale; b) la compatibilità con la disciplina degli aiuti di Stato	388
8. <i>Risultato innovativo</i> e capacità delle stazioni appaltanti ad innovare	393
 <i>Valutazioni conclusive e riflessione finale sulla professionalizzazione delle stazioni appaltanti necessaria a gestire la complessità</i>	 399
 <i>Bibliografia</i>	 417