

CAPITOLO 1

I CONTRATTI DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

1. *La potestas contrahendi della pubblica amministrazione*

La capacità e la potestà negoziale della pubblica amministrazione, sono state oggetto di un'evoluzione di grande portata all'interno del nostro ordinamento giuridico. Come è noto ad ogni studioso del diritto amministrativo, ma doveroso ripeterlo in questa sede, al fine di cercare, quantomeno, di delineare una brevissima introduzione storico-generale del contesto, nell'originaria struttura del diritto amministrativo stesso, la pubblica amministrazione si identificava o, possiamo anche spingerci a dire, coincideva, in una sorta di concezione dogmatica, con il potere autoritativo espresso attraverso il "provvedimento amministrativo" che sostanzialmente difendeva gli interessi pubblici di quello "Stato-Potere" burocratico e statico fondato sui principi di imperatività, esecutorietà e autotutela.¹

Tale concezione, nel tempo è maturata spingendosi a tutela degli interessi della collettività, in favore di una funzione amministrativa che doveva sempre più confrontarsi con la logica del contratto, e pertanto arrivando ad utilizzare gli strumenti del diritto privato, in alcuni casi, in sostituzione del mero atto amministrativo, come osservato, tra gli altri, da un illustre Berti, che commenta tale evoluzione in questo modo: "*un mondo dominato dallo scambio, dove anche la reciproca riconoscibilità dei soggetti politici e privati avviene in ragione di uno scambio o contratto, sarebbe assurdo pensare che l'amministrazione pubblica si debba, al contrario, ritirare in una sorta di esilio monacale, per custodire gelosamente le icone del potere imperativo, dell'atto unilaterale, e via dicendo*"². Si deve osservare che tale evoluzione, avvenuta di fatto e non di diritto, ha incontrato diversi ostacoli causati proprio

¹ F.BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in Riv. Trim. Dir. Pubbl., 1952, pagg. 118 e ss.

² G.BERTI, *Il principio contrattuale nell'attività amministrativa*, in *Scritti in onore di Giannini*, Volume II, Giuffrè, Milano 1988, pag. 49

dall'assenza di normativa³. In una prima fase iniziale, grazie alla Legge n. 2248 del 20 marzo 1865, (allegato F) nel campo dei lavori pubblici ed ai Regi Decreti n. 2440 del 18 novembre 1923 e n. 827 del 23 maggio 1924, nel campo di contabilità generale dello Stato⁴, era possibile per la pubblica amministrazione accedere, seppur parzialmente, agli strumenti negoziali propri del diritto privato. Nonostante l'avvento della Costituzione nel 1948 e l'attribuzione ufficiale della funzione amministrativa alla pubblica amministrazione, disposta dall'art. 118⁵, non è immediatamente seguita una normativa che consentisse espressamente l'esercizio di tale funzione sia attraverso i canali tipici del diritto amministrativo che mediante ricorso agli strumenti negoziali privatistici, tanto che si riconduceva, con qualche elaborazione, un'eventuale *potestas contrahendi* alle disposizioni dell'articolo 11 c.c.⁶.

Il legislatore è riuscito, nel tempo, a colmare il vuoto normativo, culminato, nella L.241/1990 che stabilisce regole di "negoziabilità" tali da consentire agli operatori di utilizzare strumenti giuridici pubblicistici e privatistici nel perseguimento del proprio fine pubblico istituzionale⁷. Infatti l'articolo 1, comma 1-bis della L. 241/1990 (introdotto recentemente con L. n. 15/2005)⁸attribuisce liberamente alla pubblica amministrazione una generale *potestas contrahendi*, e diviene, così, il fondamento dell'autonomia negoziale amministrativa. Codificando in questo modo, la possibilità per la pubblica amministrazione di perseguire l'interesse pubblico ricorrendo, sia ad attività

³ Giova ricordare il "principio di legalità" quale fondamento insuperabile dell'attività amministrativa, pietra che regge tutto il costruito del diritto amministrativo.

⁴ Da osservare che sono tutte leggi speciali

⁵ "Le funzioni amministrative sono attribuite ai Comuni salvo che, per assicurarne l'esercizio unitario, siano conferite a Province, Città metropolitane, Regioni e Stato, sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza".

⁶ "Le province e i comuni, nonché gli enti pubblici riconosciuti come persone giuridiche godono dei diritti secondo le leggi e gli usi osservati come diritto pubblico."

⁷ M.S.GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, Giuffrè, Milano 1993 pag.345 che definisce l'attività amministrativa di diritto privato come "attività amministrativa in senso proprio, cioè attinente alla cura di interessi pubblici nel senso più preciso di interessi della collettività: solo che si svolge mediante istituti e norme di diritto privato".

⁸ "La pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente".

provvedimentale che ad attività negoziale, se ne afferma la pari dignità, imponendo alla PA di posizionarsi pariteticamente nel rapporto con i privati⁹. Certamente, è da sottolineare che rimane vera e condivisibile la visione del prof. Caringella “*L’attività di diritto privato della pubblica amministrazione non può mai costituire un’espressione di libertà, come per i privati, ma è sempre vincolata al rispetto dei fini pubblici, e, dunque, funzionale al perseguimento dell’interesse pubblico, in quanto volto alla cura concreta di quest’ultimo*”¹⁰ che riporta la *potestas contrahendi* nei limiti propri del diritto amministrativo. Infatti per quanto la L.241/1990 sancisca il superamento definitivo di quell’orientamento classico che concepiva solo come “derogatoria” quell’attività della pubblica amministrazione effettuata in posizione paritetica al privato, i limiti che derivano dalla soggettività pubblica¹¹ della PA sono da ricondursi, appunto, al vincolo di funzione istituzionale della stessa ed al perseguimento del pubblico interesse: l’attività negoziale della pubblica amministrazione, pertanto, incontra sia i limiti di meritevolezza degli interessi ex art. 1322 c.c., al pari di ogni altro soggetto privato, sia il vincolo della funzione istituzionale legislativamente attribuitale quale contraente di rapporto sinallagmatico¹². La *potestas contrahendi* della PA deve infatti imprescindibilmente esplicitarsi nel rispetto sia dei principi

⁹ AA.VV. *I contratti pubblici, la responsabilità precontrattuale della PA, la sorte del contratto già stipulato e la tutela risarcitoria nelle gare d’appalto*, Aracne, Roma 2016 pag. 17 e ss.

¹⁰ F. CARINGELLA, S.MAZZAMUTO, G. MORBIDELLI, *Manuale di diritto Amministrativo*, Dike, Roma 2014, pag. 1519

¹¹ La personalità giuridica della PA, come è noto, le conferisce, da parte dell’ordinamento giuridico, la capacità giuridica di essere titolare di ogni fattispecie ivi prevista e disciplinata, la titolarità di poteri e doveri e l’autonomia di diritto, proprie della persona fisica (con esclusione di alcune capacità peculiari della fisicità quali matrimonio, testamento etc..) oltre a quelle che la legge le conferisce per esercitare la propria funzione amministrativa.

¹² Tale principio è stato definitivamente accolto anche nell’ambito del settore dei contratti pubblici. Infatti, oltre ad esser stato sancito nell’ormai abrogato art. 11 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, trova oggi una ulteriore conferma codicistica all’art. 32, comma 2, del d.lgs. 19 aprile 2016, n. 50 recante “*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*”

costituzionali di legalità, imparzialità e di tutela del terzo (art. 97 Cost.), sia degli altri principi normativi che governano l'azione amministrativa. Si tratta, pertanto, di un'autonomia negoziale funzionalmente limitata, in quanto gli scopi dell'azione sono sempre e necessariamente predeterminati dalla legge ed indisponibili al soggetto amministratore.¹³

Ritornando alle previsioni dell'1, comma 1-bis della L. 241/1990, ed alla clausola di riserva prevista nel dispositivo finale "(..) *salvo che la legge disponga diversamente*", si evince il ribaltamento completo della concezione derogatoria amministrativa in favore di una completa soggezione della pubblica amministrazione alle regole del diritto civile e comune (al di fuori dell'adozione di atti di natura autoritativa), come ribadito da ultimo anche dal articolo 30 comma 8 del D.Lgs. 50/2016¹⁴, ma anche nello stesso corpo normativo della L. 241/1990 all'articolo art. 21-sexies "*Il recesso unilaterale dai contratti della pubblica amministrazione è ammesso nei casi previsti dalla legge o dal contratto*" il quale stabilisce che, in ossequio al principio civilistico *pacta sunt servanda* ex artt. 1372 e 1373 c.c., è escluso il diritto di recesso della P.A. dai contratti in assenza di espressa previsione pattizia o di legge.¹⁵

Dunque, in dipendenza degli strumenti utilizzati, oggi, la pubblica amministrazione si trova nei confronti del privato:

- a) In posizione di supremazia, quando esercita la potestà autoritativa attribuitale dal diritto amministrativo¹⁶, operando *iure imperii*;
- b) In posizione di parità negoziale, operando in *iure privatorum* quando utilizza gli strumenti del diritto privato, non potendo in questo caso

¹³ F. CARINGELLA, *Manuale di diritto Amministrativo XI edizione*, Dike, Roma 2017, pagg. 520 e ss

¹⁴ "Per quanto non espressamente previsto nel presente codice e negli atti attuativi, alle procedure di affidamento e alle altre attività amministrative in materia di contratti pubblici si applicano le disposizioni di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241, alla stipula del contratto e alla fase di esecuzione si applicano le disposizioni del codice civile."

¹⁵ G.CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, G.Giappichelli Editore, Torino, ottava edizione, 2017

¹⁶ Rimane tale, possiamo aggiungere, anche a conclusione dell'esercizio, avendo la facoltà di disporre dello strumento unilaterale dell'autotutela

sciogliersi unilateralmente, come indicato sopra, per il principio civilistico *pacta sunt servanda*;¹⁷

La possibilità di utilizzare gli strumenti privatistici, conferisce agilità e snellezza all'azione della pubblica amministrazione ed indubbiamente avvicina il privato alle iniziative che perseguono gli interessi pubblici/collettivi tutelati da questo agire, assicurando, da un lato, la garanzia di parità dei soggetti giuridici nel rapporto sinallagmatico costituito o costituente, nel rispetto dei principi costituzionali enunciati nell'art. 3 della Carta e, dall'altro, attuando sistematicamente i principi di efficacia, efficienza ed economicità di quello stesso agire.

2. La classificazione dei contratti e la procedimentalizzazione preordinata

Le pubbliche amministrazioni, nell'esercizio della propria autonomia contrattuale, sono legittimate alla stipulazione, non soltanto secondo la disciplina del Codice Civile di contratti di diritto comune, ma anche di contratti speciali di diritto privato, regolati da norme civilistiche di specie. Particolare rilievo assumono, poi, nell'ambito di settori aventi rilievo pubblicistico i cd. *contratti ad oggetto pubblico*, ibridi generati dall'intreccio fra contratto e provvedimento.

Una prima classificazione dei contratti della pubblica amministrazione, quindi, può essere fatta in relazione all'*oggetto* ed alla *disciplina giuridica*:

- a) Contratti di diritto comune o ordinari, stipulati in *iure privatorum*, senza alcuna differenza derivante dalla natura pubblicistica di uno dei due contraenti;
- b) Contratti di diritto speciale, che, presentano una disciplina derogatoria, seppur parziale, rispetto ai contratti di diritto comune. La pubblica amministrazione si pone su un piano *tendenzialmente* di

¹⁷ R.CHIEPPA, V.LOPILATO, *Studi di Diritto Amministrativo*, Giuffrè editore 2007, pagg. 531 e ss.

parità con la controparte privata, dovendo applicare norme specialistiche oltre a quelle civilistiche comuni (ad es. appalti)

- c) Contratti di diritto pubblico, caratterizzati dall'intreccio tra provvedimento amministrativo e contratto, con cui generalmente la pubblica amministrazione trasferisce a privati disponibilità di beni o gestione di servizi pubblici (ad es. concessioni, accordi ex artt. 11 e 15 della L.241/1990). In questi casi la pubblica amministrazione agisce in ambito di *iure imperii*.¹⁸

Un'altra importante classificazione che possiamo effettuare nell'ambito dei contratti della pubblica amministrazione, può essere redatta riferendosi all'eventuale *onerosità* degli stessi, da cui discernere:

- a) contratti attivi (produttivi di un'entrata economica per la PA medesima.) disciplinati dalla Legge di contabilità di Stato contenuta nel R.D. 18 novembre 1923, n. 2440;
- b) contratti passivi (produttivi, invece, di una spesa), attraverso i quali le Amministrazioni si procurano beni e servizi. Questi ultimi sono comunitariamente qualificati come appalti o in taluni casi, concessioni e soggiacciono al Codice dei contratti pubblici. Ai sensi dell'art. 3, co. 1, lett. dd, D.Lgs. n. 50/2016, sono definiti “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*”. Il Codice individua, pertanto, due peculiari figure di contratti pubblici: i *contratti di*

¹⁸ AA.VV. *I contratti pubblici, la responsabilità precontrattuale della PA, la sorte del contratto già stipulato e la tutela risarcitoria nelle gare d'appalto*, Aracne, Roma 2016 pag. 20 e ss

*appalto*¹⁹ e i *contratti di concessione*²⁰, tra i quali si inserisce, in un ambito ancora confuso ed in un confine labile, il partenariato pubblico privato di cui possono avvalersi le pubbliche amministrazioni per soddisfare le proprie esigenze negoziali. Il nuovo Codice dei contratti pubblici definisce il partenariato pubblico privato come “*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,*

¹⁹ Cfr. F. CARINGELLA, *Manuale di diritto Amministrativo XI edizione*, Dike, Roma 2017 pagg. 244 e ss. Il contratto di appalto della P.A. si distingue incontrovertibilmente dalla nozione civilistica di appalto (art. 1655 c.c.), che riguarda il compimento di un’opera o di un servizio, essendo l’appaltatore in questo caso dotato di una propria organizzazione economica. La nozione di “appalti pubblici” ha ad oggetto «*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*» (art. 3, co. 1, lett. ii, D.Lgs. n. 50/2016). L’appalto pubblico è suddivisibile in tre categorie: appalto di lavori, appalto di servizi e appalto di forniture. L’appalto di lavori è la figura che più si avvicina all’istituto civilistico di cui all’art. 1655 c.c. e si concreta nel contratto avente per oggetto l’esecuzione o, congiuntamente, la progettazione e l’esecuzione, con qualsiasi mezzo, di un’opera rispondente alle specificate esigenze dalla stazione appaltante. (art. 3, co. 1, lett. II, D.Lgs. n. 50/2016). L’appalto di forniture, invece, è descritto come quel contratto 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. (art. 3, co. 1, lett. tt, D.Lgs. n. 50/2016). Gli appalti di servizi vengono, invece, definiti come quei contratti tra una o più stazioni appaltanti e uno o più soggetti economici, aventi per oggetto la prestazione di servizi diversi da quelli di lavori (art. 3, co. 1, lett. ss, D.Lgs. n. 50/2016).

²⁰ Cfr. F. CARINGELLA, *Manuale di diritto Amministrativo XI edizione*, Dike, Roma 2017. Tradizionalmente, si riteneva che la concessione fosse un provvedimento amministrativo traslativo di funzioni, potestà, compiti pubblici, caratterizzato da una componente di fiducia tale da escludere la necessità dell’evidenza pubblica, in base alla quale veniva individuato un soggetto reputato meritevole. Il diritto europeo, insensibile al *nomen* dell’atto, è invece attento al vantaggio competitivo che l’azione della P.A. può conferire ad un imprenditore, con la conseguente potenziale lesione della concorrenza. Il diritto comunitario pone, dunque, le fattispecie della concessione e del contratto sullo stesso piano, come si ricava dalla definizione di concessione di cui all’art. 1 della direttiva n. 2004/18/CE e recepita nel diritto nazionale dall’art. 3, commi 11 e 12, c.p.a.. In forza di tali disposizioni, le concessioni di lavori pubblici, così come quelle di servizi, sono qualificate come contratti che presentano le medesime caratteristiche degli appalti pubblici di lavori e di servizi, ad eccezione del corrispettivo, consistente, nelle concessioni, nel diritto di gestire l’opera o il servizio o in tale diritto accompagnato da un prezzo.

*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” (art. 3, co. 1, lett. eee).²¹. Tra questi contratti, interessante da osservare il *contratto di disponibilità*, definito come “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” (art. 3, co. 1, lett. hhh, D.Lgs. n. 50/2016).*

Come analizzato nel paragrafo precedente, essendo l'attività della pubblica amministrazione strumentale e funzionale²² al perseguimento di un fine pubblico, essa deve anche essere procedimentalizzata e pertanto preceduta o accompagnata da una fase preordinata alla stipula del contratto e all'individuazione del contraente. L'obbligo di attivare un procedimento ad evidenza pubblica si concretizza, indipendentemente dal *nomen*, tutte le volte

²¹ Al contratto in esame il nuovo Codice dedica l'intera Parte IV che ne detta per la prima volta una disciplina generale autonoma e a sé stante

²² Cfr. su <http://www.treccani.it/enciclopedia/funzione-amministrativa/>: La funzione amministrativa non è libera ma soggetta a procedimenti e controlli (se volta all'emanazione di atti giuridici su cui), ha natura permanente, nel senso che non è circoscritta al raggiungimento di uno scopo concreto o all'adozione di un singolo atto, e trova sempre il suo fondamento in una norma. Più in particolare, dall'analisi delle norme che le disciplinano, emergono quattro elementi fondamentali delle funzioni amministrative: *a)* la materia individua il campo d'intervento; *b)* le attribuzioni definiscono i compiti assegnati dalla legge all'amministrazione nell'ambito di una data materia; *c)* il fine indica lo scopo generale dell'azione amministrativa, non legato a un singolo atto; *d)* i destinatari sono i soggetti ai quali la funzione è rivolta (la generalità dei cittadini, o gruppi o singoli, definiti dalle norme)

che viene data la possibilità ad un soggetto economico operante nel libero mercato, di ottenere un vantaggio economico, cioè quando si concretizza o meglio, si sta per concretizzare (nelle determinazioni a contrarre la pubblica amministrazione opera sempre nell'ambito squisitamente amministrativo e può dunque, non giungere alla conclusione del procedimento di individuazione del contraente senza che questo ingeneri negli eventuali appaltatori alcun affidamento sulla successiva aggiudicazione²³, benché, come vedremo in seguito, esiste un obbligo informativo) un vantaggio competitivo in campo economico.²⁴

Il procedimento amministrativo che accompagna la conclusione dei contratti delle P.A è definito con il termine *evidenza pubblica*²⁵ e coincide con la formazione della volontà amministrativa. L'evidenza pubblica è, dunque, un modulo procedimentale applicabile a ciascun tipo contrattuale, qualificato dalla coesistenza di due procedimenti: uno, attinente alla formazione della volontà alla stregua delle norme di diritto comune; l'altro, costituente un vero e proprio procedimento amministrativo, volto ad evidenziare l'interesse pubblico sotteso all'operazione contrattuale.

²³ Cfr. art. 32 D.Lgs. 50/2016

²⁴ F. CARINGELLA, Corso di Diritto Amministrativo, Roma, Dike, 2013 pag. 56 “*Se nei rapporti privati vige un regime di assoluta libertà per quanto attiene alla scelta del contraente, non essendo la stessa assoggettata ad alcuna regola, procedura o dovere di motivazione e si registra una irrilevanza della fase che precede la stipulazione contrattuale (salvi gli obblighi di cui agli artt. 1337 e 1338 c.c.) lo stesso non può dirsi per quanto attiene ai contratti in cui è parte una P.A.. Ciò in quanto, il privato, adoperando risorse proprie è totalmente libero nell'esercizio della sua autonomia privata; l'Amministrazione, invece, anche quando ricorre agli strumenti privatistici, realizza un'attività pur sempre volta all'interesse pubblico, per mezzo di risorse pubbliche*”

²⁵ Cfr F. CARINGELLA, *Manuale di diritto Amministrativo XI edizione*, Dike, Roma 2017. La normativa interna di evidenza pubblica risale agli ordinamenti preunitari e trova una conferma nella Legge di contabilità di Stato (R.D. 18 novembre 1923, n. 2440) e nel relativo Regolamento (R.D. 23 maggio 1924, n. 827). Essa aveva il chiaro intento di tutelare l'interesse della P.A., imponendo una procedura pubblicistica volta ad assicurarle la stipulazione del contratto con il contraente più idoneo e, dunque, il conseguimento della migliore prestazione alle condizioni economicamente più favorevoli. In questo senso l'evidenza pubblica nazionale appariva incentrata sull'interesse della P.A., mentre l'interesse dei contraenti a vedere correttamente valutate le proprie offerte era un interesse solo occasionalmente protetto.

Riguardo ai contratti passivi, la procedura di formazione e conclusione degli stessi è disciplinata dagli artt. 32 e 33 del D.Lgs. 50/2016 (nel rispetto dei principi di derivazione comunitaria) secondo i quali, le fasi in cui si articola il *procedimento di scelta ad evidenza pubblica del contraente* sono le seguenti:

a) adozione della determina a contrarre. A tal fine si richiamano le disposizioni in materia di “determina a contrarre e relative procedure” riportate in principio del TUEL, D.Lgs. 267/2000, in cui all’articolo 192 viene riportato “1. *La stipulazione dei contratti deve essere preceduta da apposita determinazione del responsabile del procedimento di spesa indicante: a) il fine che con il contratto si intende perseguire; b) l’oggetto del contratto, la sua forma e le clausole ritenute essenziali; c) le modalità di scelta del contraente ammesse dalle disposizioni vigenti in materia di contratti delle pubbliche amministrazioni e le ragioni che ne sono alla base.* 2. *Si applicano, in ogni caso, le procedure previste dalla normativa della Unione Europea recepita o comunque vigente nell’ordinamento giuridico italiano*” e riprese nell’articolo 32 comma 2 del D.Lgs. 50/2016 “*Prima dell’avvio delle procedure di affidamento dei contratti pubblici, le stazioni appaltanti, in conformità ai propri ordinamenti, decretano o determinano di contrarre, individuando gli elementi essenziali del contratto e i criteri di selezione degli operatori economici e delle offerte. Nella procedura di cui all’articolo 36, comma 2, lettera a), la stazione appaltante può procedere ad affidamento diretto tramite determina a contrarre, o atto equivalente, che contenga, in modo semplificato, l’oggetto dell’affidamento, l’importo, il fornitore, le ragioni della scelta del fornitore, il possesso da parte sua dei requisiti di carattere generale, nonché il possesso dei requisiti tecnico-professionali, ove richiesti*” ed ancora nelle Linee Guida n. 4 di ANAC, articolo 3.1.2 in cui si fa coincidere l’avvio del procedimento con l’adozione della determinazione a contrarre,

nuovamente specificandone i contenuti a carattere formalizzante “*La procedura prende avvio con la determina a contrarre ovvero con atto a essa equivalente secondo l’ordinamento della singola stazione appaltante. In applicazione dei principi di imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, la determina a contrarre ovvero l’atto a essa equivalente contiene, almeno, l’indicazione dell’interesse pubblico che si intende soddisfare, le caratteristiche delle opere, dei beni, dei servizi che si intendono acquistare, l’importo massimo stimato dell’affidamento e la relativa copertura contabile, la procedura che si intende seguire con una sintetica indicazione delle ragioni, i criteri per la selezione degli operatori economici e delle offerte nonché le principali condizioni contrattuali*”

b) selezione dei partecipanti alla procedura di affidamento e conseguente individuazione del miglior offerente. I sistemi di aggiudicazione dei contratti sono oggi elencati all’art. 59 del Codice; essi sono: (i) la procedura aperta; (ii) la procedura ristretta; (iii) la procedura competitiva con negoziazione; (iv) la procedura negoziata senza pubblicazione del bando; (v) il dialogo competitivo; (vi) il partenariato per l’innovazione; Una trattazione a parte merita il cd. project financing (o finanza di progetto), disciplinato dagli artt. 183 e ss. del D.Lgs 50/2016, con il quale si disciplina una specifica modalità per l’affidamento di concessioni di lavori pubblici nell’ambito di operazioni economico-finanziarie ad elevato rischio economico-imprenditoriale e fondate su un globale coinvolgimento di capitali privati.

Con riguardo alla selezione della miglior offerta fra quelle formulate dai concorrenti, l’art. 95 attribuisce alla stazione appaltante la scelta fra: (i) il criterio del minor prezzo; (ii) il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo; (iii) il criterio di comparazione costo/efficacia, che si estrinseca nei costi del ciclo vita;

- c) adozione dell'atto di aggiudicazione, previa verifica della proposta di aggiudicazione che costituisce il provvedimento conclusivo della fase pubblicistica di selezione del contraente, a mezzo della quale l'Amministrazione esprime la propria scelta in ordine all'identificazione della propria controparte contrattuale privata.
- d) sottoscrizione del contratto, una volta divenuta efficace l'aggiudicazione (a seguito della verifica del possesso da parte dell'aggiudicatario dei requisiti prescritti dalla lex specialis di gara) e fatto salvo l'esercizio dei poteri di autotutela;
- e) eventuale approvazione del contratto e altri controlli previsti dalle norme proprie dei singoli ordinamenti delle stazioni appaltanti o degli enti aggiudicatori, cui è subordinata l'efficacia del contratto.

Conclusa la procedimentalizzazione contrattuale di natura pubblicistica, i rapporti tra le parti, relativamente all'esecuzione delle obbligazioni dedotte in contratto, sono disciplinati dal Codice Civile e, in generale, dal diritto privato.²⁶ La sottoscrizione del contratto costituisce, dunque, il confine tra lo stadio pubblicistico e la fase privatistica.

3. Evoluzione della disciplina degli appalti dalla legislazione nazionale all'attuale sistema delle fonti: direttive, soft law e le implicazioni pratiche

Il tema dei contratti pubblici ha assunto un rilevante interesse legislativo e giurisprudenziale sia a livello nazionale che comunitario. Chiaramente il rapporto tra i due ordinamenti non può essere trattato in questa sede, essendo questo scritto finalizzato ad analizzare altri aspetti del contratto d'appalto, ma preme a chi scrive, ricordare, seppur sinteticamente, le due tesi che vedono contrapporsi giurisprudenza e dottrina, (e giuristi stessi), in merito a tale

²⁶ Articolo 30 comma 8 D.Lgs. 50/2016

rapporto: esiste infatti una tesi dell'integrazione (concezione monista) ed una tesi della separazione (concezione dualista). Secondo l'autorevole dottrina di Garofoli²⁷, *“l'adesione all'una o all'altra tesi, lungi dal rivestire mero rilievo dogmatico, importa conseguenze applicative assolutamente rilevanti. Ne discende, in particolare, un differente regime sostanziale e processuale dell'atto amministrativo nazionale contrastante con norme di fonte comunitaria”*. Dalla concezione dualista²⁸ deriva la tesi secondo cui le disposizioni comunitarie non entrano a far parte dell'ordinamento nazionale, con la naturale conseguenza dell'efficacia e validità delle norme interne contrastanti con quelle comunitarie e pertanto fonte per l'emanazione di atti amministrativi. Dalla concezione monista²⁹ deriva invece la tesi secondo cui l'ordinamento comunitario sia integrato nell'ordinamento giuridico nazionale degli Stati Membri, in termini di gerarchia.

Detto questo, procediamo con un'analisi del sistema delle fonti e dell'evoluzione legata ai contratti di appalto della pubblica amministrazione. La prima concreta disciplina delle regole sulla scelta del contraente privato risale agli anni 1923 e 1924, rispettivamente con i R.D. nn. 2440 e 827 in materia di contabilità dello stato (cfr. paragrafo 1 e 2) con cui veniva disposta la procedimentalizzazione dell'evidenza pubblica per la scelta del contraente, tutelando, in una concezione esclusivamente pubblicistica, l'interesse della pubblica amministrazione. Ciò si deduce facilmente dalla sorte del contratto, in quanto i vizi dell'evidenza pubblica si tramutavano in vizi del procedimento di formazione della volontà di contrarre della pubblica amministrazione, le cui conseguenze non erano la nullità del contratto, bensì l'annullabilità, azionabile civilisticamente da sola parte pubblica contraente.³⁰

²⁷ R.GAROFOLI, *Diritto dell'Unione Europea e diritto amministrativo nazionale*, Neldiritto editore, Roma 2014

²⁸ Orientamento sostenuto a lungo dalla Corte Costituzionale

²⁹ Sempre sostenuta dalla Corte di Giustizia cfr Sentenza 15/07/1964 C-6/64, Costa/Enel

³⁰ AA.VV. *I contratti pubblici, la responsabilità precontrattuale della PA, la sorte del contratto già stipulato e la tutela risarcitoria nelle gare d'appalto*, Aracne, Roma 2016 pag. 24

Dopo il 25 marzo 1957 e l'istituzione della C.E.E.³¹ gli appalti pubblici divennero oggetto di attenzione anche a livello comunitario, con lo scopo di applicarvi i principi fondanti della Comunità medesima e cioè quelli di concorrenzialità, libertà di iniziativa economica, formazione del mercato comune e armonizzazione delle legislazioni economiche nazionali.³² Le direttive emanate tendevano a regolamentare alcuni aspetti della materia, soprattutto legati alle procedure concorsuali ed ai relativi esiti, alle qualificazioni delle imprese, ai criteri di aggiudicazione, agli strumenti di tutela degli operatori economici nei confronti di violazioni di norme comunitarie. Questa prima produzione legislativa europea, non produsse l'atteso sviluppo del "mercato europeo". A seguito di tanto, la produzione di diritto europeo divenne più attenta e con una progressiva evoluzione, il legislatore europeo iniziò a porre quelli che potremmo definire i capisaldi della materia contrattuale pubblica nella sfera degli appalti: venne coniata una definizione puntuale di appalto pubblico quale "*contratto concluso in forma scritta tra un imprenditore o fornitore o prestatore di servizi e un ente aggiudicatore avete ad oggetto un'opera pubblica, una pubblica fornitura e un servizio*" (92/50/CEE, 93/36/CEE, 93/37/CEE, 93/38/CEE), venne esteso l'ambito soggettivo (organismi di diritto pubblico), venne previsto un valore quantitativo economico (valore dell'appalto), vennero individuati i criteri di selezione del contraente privato (procedura aperte, ristretta e negoziata) e fu determinato il metodo di aggiudicazione (prezzo più basso o offerta economicamente più vantaggiosa). A seguito di tanto, il legislatore nazionale intervenne con lo scopo di recepirne i dettami, producendo una pluralità di provvedimenti³³ che rendevano tutt'altro che agevole l'applicazione da parte

³¹ Trattato di Roma

³² Tra le prime direttive: 71/305/CEE, 77/62/CEE, 80/767/CEE, 88/295/CEE, 89/440/CEE, 89/665/CEE, 92/13/CEE, 92/50/CEE, 93/36/CEE, 93/37/CEE, 93/38/CEE

³³ L. 584/1977, DPCM 55/1991, D.lgs. 406/1991, D.lgs. 358/1992, L. 109/1994, DPR 573/1994, D.lgs. 157/1995, D.lgs. 158/1995, L.216/1995, DPCM 517/1997, D.lgs.402/1998, L.415/1998, DPR 22/1999, D.lgs. 525/1999, DPR 554/1999, D.lgs.65/2000, DPR 384/2001, L. 443/2001, DPR 201/2002, D.lgs. 190/2002, D.lgs. 30/2004, D.lgs. 189/2005

degli operatori. La mancanza di un unico *corpus* legislativo, in un ordinamento giuridico che, come il nostro, è di matrice codicistica, divenne una mancanza che rendeva difficile la traduzione applicativa dalla norma al provvedimento, anche ai più esperti conoscitori della materia.

L'intervento epocale, però, non è stato fatto dal legislatore nazionale, bensì da quello europeo, che con le direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE relative rispettivamente agli appalti nei settori speciali e nei settori ordinari. Con tali direttive il legislatore comunitario ha disciplinato in modo organico, la complessa materia degli appalti pubblici:

- a) Creando un *corpus* uniforme ed esaustivo di regole per tutti gli Stati membri;
- b) Rivisitando quanto fino ad allora emanato;
- c) Confermando i principi del Trattato di Roma;
- d) Accentuando i principi di tutela e valorizzazione della concorrenza

Le due direttive del 2004, furono attuate in Italia con il D.Lgs. n. 163/2006, poi denominato Codice dei contratti pubblici. Si trattava inizialmente di un testo incentrato sugli appalti di lavori, servizi e forniture, ma non sulle concessioni, che solo nel 2014 sono state oggetto di un intervento normativo dell'UE. Nel corso di un decennio il testo è stato significativamente modificato e profondamente integrato per effetto di tre decreti correttivi e di decine di modifiche occasionali, inserite nelle più svariate leggi, oltre a sei regolamenti dell'UE che hanno adeguato le "soglie" di rilevanza comunitaria degli appalti pubblici. Nel 2010 si è poi aggiunto il Regolamento di esecuzione e attuazione (D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207), estremamente dettagliato. Del quadro normativo degli appalti pubblici facevano inoltre parte varie discipline "speciali", come per gli appalti per i beni culturali, la difesa e la sicurezza, leggi di regioni a statuto ordinario e speciale. Alla disciplina europea e nazionale si deve aggiungere la giurisprudenza dei

ordinamenti.³⁴ Il codice ed il relativo regolamento attuativo, sono stati oggetto di una convulsa produzione legislativa di modificazione ed integrazione, “*che non lasciava neanche tempo alla metabolizzazione delle riforme, subito a loro volta cambiate da innovazioni successive*”³⁵

Nell’ambito delle iniziative volte a favorire il completamento del mercato unico europeo, nel 2014, l’Unione Europea ha emanato 3 direttive in materia di appalti pubblici, il cd. *pacchetto direttive appalti pubblici* formato dalle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE, 2014/25/UE che rappresentano un rilevante sviluppo della disciplina dei contratti pubblici per tre ragioni principali:

- a) sono considerati questa volta anche i contratti di concessione, sino ad allora privi di una specifica normativa;
- b) si prevedono nuovi principi, quali il rilievo a interessi pubblici non strettamente economici, la spiccata connotazione funzionale delle procedure ad evidenza pubblica, la “libera amministrazione”;
- c) viene ulteriormente ampliata e dettagliata la precedente disciplina;
- d) un uso più efficiente dei fondi pubblici, attraverso semplificazione e flessibilità;
- e) una maggiore apertura degli appalti verso l’U.E;
- f) la promozione dell’innovazione e della tutela ambientale, nonché della responsabilità sociale.

Le direttive possono essere definite di *quarta generazione* e sono il frutto di un procedimento iniziato nel 2010 e sviluppatosi attraverso un intenso ed attento dibattito della durata di 18 mesi tra Consiglio e Parlamento. Il legislatore italiano, giusto all’avvicinarsi del termine dato dalle direttive agli Stati membri per la loro attuazione (18 aprile 2016), ha approvato la legge delega n. 11 del 28 gennaio 2016, ma questo ritardo ha messo a dura prova il

³⁴ Le decisioni de La Corte di Giustizia UE sono da annoverare tra le fonti del diritto dell’Unione mentre la giurisprudenza nazionale ha prodotto migliaia di sentenze del giudice amministrativo.

³⁵ Mario P. Chiti, *Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici, ne l nuovo Codice dei contratti pubblici*, *Giornale di diritto amministrativo* 4/2016, pag 437

legislatore delegato per la necessità di definire il testo finale in un brevissimo lasso di tempo. Opportunamente il legislatore delegato ha adottato un unico decreto evitando, così, il sovrapporsi temporaneo di più normative, fonte di incertezze interpretative e di blocco delle procedure contrattuali³⁶ e prevedendo l'abrogazione (parziale) del DPR. 207/2010, sostituito³⁷ da nuove forme di disciplina attuativa : va ricordato al riguardo che l'art. 1, comma 1, lett. t), della legge delega "attribuisce" (in modo innovativo, dunque) all'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC) varie funzioni, tra cui *"l'adozione di atti di indirizzo, quali linee guida, bandi tipo, contratti tipo ed altri strumenti di regolamentazione flessibile, anche dotati di efficacia vincolante"*, inoltre, l'art. 1, commi 4-5, prevede che *"sulla base del decreto di riordino sono altresì emanate linee guida di carattere generale proposte da ANAC e approvate con decreto del Ministero delle Infrastrutture e Trasporti (MIT), che sono trasmesse prima dell'adozione alle competenti Commissioni parlamentari per il parere"*. Si introduce così in Italia il cd. *soft law*: locuzione con la quale viene indicata una serie di fenomeni di regolazione connotati dalla produzione di norme prive di efficacia vincolante diretta, figlie dell'esigenza di creare una disciplina flessibile, in grado di adattarsi alla rapida evoluzione della materia contrattuale degli appalti pubblici, dovuta alla presenza contemporanea degli ordinamenti italiano ed europeo³⁸. Tuttavia, in attesa del completamento della riforma in materia di

³⁶ Cfr. D Mario P. Chiti, *Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici, nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, Giornale di diritto amministrativo 4/2016, pagg. 438 e ss. Di vitale importanza per l'economia nazionale, era riuscire ad evitare il blocco dei contratti di appalto, soprattutto dopo la crisi economica internazionale del 2007 oltre che dover rispettare le indicazioni delle direttive, in direzione della centralità dei contratti pubblici per le strategie "Europa 2020", per una crescita intelligente, sostenibile ed inclusiva

³⁷ Il nuovo codice non prevede un regolamento di attuazione. Tuttavia l'abrogazione non coinvolge immediatamente l'intero regolamento, in quanto l'art. 216 del Codice (recante "Disposizioni transitorie e di coordinamento") prevede che una serie limitata di disposizioni regolamentari, tassativamente indicate anche nel testo, rimangono vigenti sino all'adozione degli atti attuativi che le sostituiranno. Si tratta dunque di un modello di "cedevolezza speciale".

³⁸ Gli strumenti di *soft law* sono classificabili in tre diverse tipologie: (i) decreti ministeriali contenenti linee guida adottate su proposta di ANAC; (ii) le linee guida

appalti pubblici, con molti provvedimenti di soft law ancora da emanare, l'attuale periodo storico può sicuramente considerarsi di grande difficoltà per gli operatori coinvolti. Nel decreto ricorrono, infatti, di continuo richiami a prossime norme di attuazione³⁹: prime verifiche parlano di 60 atti⁴⁰ di attuazione del Codice, tanto che è facilmente intuibile, che se così fosse, l'esito finale di queste decine di atti attuativi, renderà l'attuale codice, integrato da un numero di disposizioni simile al precedente lunghissimo regolamento. Inoltre, le procedure di elaborazione degli atti si sovrappongono e si intrecciano, come nel caso di decreti del MIT, denominati linee guida, proposti da ANAC (es. art. 111) o assunti "d'intesa" con ANAC (es. art. 73). Su questo punto, è necessario soffermarci, al fine di esprimere più di qualche perplessità. Considerando che ANAC è autorità amministrativa indipendente, i cui poteri includono la "regolazione", il Consiglio di Stato ha ritenuto che questa specie di linee guida sia ascrivibile al genere "atti amministrativi generali" che, però, per loro stessa natura hanno carattere provvedimentale, e quindi mancano dell'astrattezza, che ne determina gli effetti giuridici conseguenti, oltre all'emanazione da parte della medesima ANAC (in aggiunta alle attuali 8 Linee Guida) dell'atto denominato "*Documento di consultazione - Nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento per l'affidamento di appalto e concessioni*" con il quale l'Autorità Nazionale Anticorruzione, ambisce alla "*integrazione delle disposizioni del Codice*"⁴¹ e ponendo un dubbio atavico sul consolidato sistema delle fonti del nostro ordinamento: quale valore giuridico può avere

vincolanti di ANAC;(iii) le linee guida non vincolanti di ANAC, che hanno funzione di indirizzo.

³⁹ Il Consiglio di Stato, nel suo parere sulla bozza adottata in prima lettura dal Governo, ha contato 16 decreti del MIT; 15 decreti di altri Ministeri; 15 atti ANAC (per lo più denominati linee guida); 1 atto Consip; 4 D.P.C.M.; 1 D.P.R

⁴⁰ Mario P. Chiti *Ibidem*

⁴¹ Cfr. <https://www.anticorruzione.it> - "*Documento di consultazione - Nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento per l'affidamento di appalto e concessioni*" 1. Premessa "*L'art. 31 del Codice dei contratti pubblici (nel seguito Codice) prevede, al comma 5, che l'ANAC, con proprio atto, definisca una disciplina di maggiore dettaglio sui compiti specifici del RUP, nonché sugli ulteriori requisiti di professionalità rispetto a quanto disposto dal Codice, in relazione alla complessità dei lavori.*"

un atto di integrazione di una norma legislativa sovraordinata, se non essere illegittimo, qualunque sia l'esatta natura delle linee guida tra le norme di natura secondaria? Il quadro, appare, quindi, nel complesso assai confuso.⁴² Oltre ai dubbi finora espressi, ritornando all'ordinamento europeo, come si sottolineava in apertura del paragrafo, la differente interpretazione nella concezione monista e dualista dei rapporti tra l'ordinamento europeo e quello nazionale, provoca anche importanti ricadute in ambito applicativo dell'attuale disciplina dei contratti pubblici di appalto, soprattutto in ambito di concezione monista, attualmente maggioritaria. Si deve infatti sottolineare che anche dopo l'attuazione delle tre direttive del 2014 la disciplina primaria della materia rimane basata su tali direttive ed il rispetto dei principi generali del diritto UE, in una scala sostanzialmente gerarchica di fonti contraddistinta dalla primazia del diritto dell'Unione sul diritto nazionale, secondo i noti principi sui rapporti con le legislazioni degli Stati membri nei settori di competenza UE⁴³. Pertanto, per coloro che applicano e fanno osservare le disposizioni nazionali in materia, è necessario ed imprescindibile porsi il problema della loro compatibilità con le tre direttive del 2014, nonostante la legislazione italiana possa apparire puntuale e in apparenza "finale". Per le amministrazioni pubbliche ed i giudici ove si siano verificati contrasti, occorre (chiaramente dopo aver tentato un'interpretazione conforme) procedere alla disapplicazione del diritto interno che risulti in insanabile contrasto con il diritto UE; oppure, in giudizio, utilizzare le procedure di rinvio pregiudiziale⁴⁴. La questione non è astratta, come dimostrato dai

⁴²Ciò si può dedurre da un ulteriore esempio relativo alla disciplina dei bandi di gara (art. 71) ed ai bandi tipo adottati da ANAC, che sono da considerare come vincolanti alla luce del dettato della disposizione ora indicata (i bandi sono redatti "in conformità" al bando tipo), ma poi la medesima disposizione, all'ultimo comma, prevede che le stazioni appaltanti possano motivatamente discostarsene, secondo il modello degli atti di indirizzo non vincolanti.

⁴³ Cfr. Mario P. Chiti, *Ibidem*, pag. 438 e ss

⁴⁴ Cfr. <http://eur-lex.europa.eu>. Il rinvio pregiudiziale (ex art. 267 TFUE) alla Corte di giustizia dell'Unione europea viene provocato con ordinanza del giudice nazionale, con la quale si solleva una questione interpretativa su una norma comunitaria. Il rinvio pregiudiziale fa parte delle procedure che possono essere esercitate dinanzi alla Corte di giustizia dell'Unione europea (CGUE). Questa procedura è aperta ai giudici nazionali degli Stati membri, i quali possono adire la Corte per interrogarla sull'interpretazione o

frequenti problemi di questo tipo sorti in vigenza del precedente Codice dei contratti pubblici del 2006. Adesso la questione è suscettibile di proporsi con maggiore frequenza: sia perché una parte della normativa (quella sulle concessioni) è del tutto nuova e conseguentemente passibile di diverse e contrastanti letture, sia perché il nuovo Codice potrebbe, anche (ipotesi verosimile benché, probabilmente, di rara presentazione) apparire in contrasto con la legge delega, ma in linea con le direttive. In sostanza, il diritto dei contratti pubblici è diventato, ormai, come abbiamo osservato, di specifica matrice comunitaria e quindi rimane segnato dal principio di prevalenza del diritto dell'UE (secondo la concezione monista), con quello che ne consegue per la possibile disapplicazione e per le altre regole sui rapporti tra ordinamento UE e ordinamenti degli Stati membri.

4. La disciplina del contenzioso in materia di appalti pubblici. Novità introdotte dal D.Lgs. 50/2016.

Con l'obiettivo di garantire efficacia e celerità nelle procedure di aggiudicazione degli appalti, il nuovo Codice ha inciso sulla disciplina del contenzioso⁴⁵, assicurando o comunque volendo assicurare tempi più certi all'esecuzione contrattuale. Le modifiche introdotte coinvolgono in ambito processuale, l'autonomo rito previsto dal codice di procedura amministrativa⁴⁶ in materia di precontenzioso ed elementi stragiudiziali, mentre la giurisdizione rimane confermata in capo al giudice amministrativo.

sulla validità del diritto europeo nell'ambito di una causa pendente. A differenza delle altre procedure giurisdizionali, il rinvio pregiudiziale non è un ricorso contro un atto europeo o nazionale, bensì un quesito sull'applicazione del diritto europeo, favorendo, quindi la cooperazione attiva tra le giurisdizioni nazionali e la Corte di giustizia nonché l'applicazione uniforme del diritto europeo in tutta l'UE. Esistono due tipi di rinvio pregiudiziale: il rinvio per l'*interpretazione* della norma europea (diritto primario e diritto secondario): il giudice nazionale chiede alla Corte di giustizia di formulare un parere sull'interpretazione del diritto europeo per poter applicare la norma correttamente; il rinvio per l'esame di *validità* di una norma europea di diritto secondario: il giudice nazionale chiede alla Corte di giustizia di verificare la validità di un atto di diritto europeo.

⁴⁵ Per i rimedi giurisdizionali vedi *infra* capitolo 4, paragrafo 2

⁴⁶ Articoli 119 e ss

Davanti a quest'ultimo, il Codice ha innovato l'articolo 133 del codice procedurale, che rappresenta il completamento di quel percorso normativo e giurisprudenziale di ampliamento delle controversie.⁴⁷ La materia esclusiva ad esso devoluta è relativa a:

- a) Procedure di affidamento dei lavori pubblici, servizi e forniture, svolti da soggetti di cui all'articolo 1 comma 1 del nuovo Codice⁴⁸ ed all'articolo 3 comma 1 lett. da a) ad g);
- b) Divieto di rinnovo tacito dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture;
- c) Clausole di revisione dei prezzi e provvedimenti applicativi;
- d) Provvedimenti applicativi di adeguamento dei prezzi.

Rientrano invece nella giurisdizione del giudice ordinario, tutte le controversie relative all'esecuzione del contratto insorte dopo la conclusione della evidenza pubblica. Da questa divisione si deduce come nella fase in cui la pubblica amministrazione agisce *iure imperii*, cioè nella fase di evidenza pubblica che precede l'esecuzione contrattuale, essa sia vincolata al diritto amministrativo ed alla relativa giurisdizione, mentre nella successiva fase in cui essa agisce *iure privatorum* e cioè nella formazione ed esecuzione contrattuale, essa sia vincolata, al rispetto delle norme civilistiche (più avanti affronteremo nello specifico quando riconducibili al diritto comune e quando al diritto speciale) ed alla relativa giurisdizione.⁴⁹

⁴⁷ AA.VV. *I contratti pubblici, la responsabilità precontrattuale della PA, la sorte del contratto già stipulato e la tutela risarcitoria nelle gare d'appalto*, Aracne, Roma 2016 pagg. 52 e ss

⁴⁸ “(..)amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori aventi ad oggetto l'acquisizione di servizi, forniture, lavori e opere, nonché i concorsi pubblici di progettazione”

⁴⁹ Nel caso di controversia circa la risoluzione di un contratto di appalto, anche se esso sia stato prodotto da atto amministrativo rescissorio, la competenza rimane al giudice ordinario, in quanto esso interviene successivamente la conclusione dell'evidenza pubblica. Cfr tra le altre, Cass. SS.UU. 23 dicembre 2003 n.19787

4.1 Il rito abbreviato

Le modifiche introdotte con l'articolo 204 del nuovo Codice, introducono uno speciale rito camerale presso il TAR⁵⁰ che su richiesta delle parti può divenire in pubblica udienza, per la risoluzione circa i provvedimenti che determinano le esclusioni dalle procedure di affidamento o le ammissioni. Il termine impugnativo è di 30 giorni dalla data di pubblicazione del provvedimento sul profilo del committente nella sezione amministrazione trasparente. A tal fine, da ricerche effettuate sul campo, risulta che alcuni stazioni appalti e nello specifico Comuni, spesso pubblicano direttamente la lettera di avviso ai concorrenti esclusi, indicante le motivazioni di esclusione, in luogo della proposta di aggiudicazione (verbale di aggiudicazione provvisoria)

La decorrenza del suddetto termine ha funzione prescrittiva in quanto *“preclude la facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale. È altresì inammissibile l'impugnazione della proposta di aggiudicazione, ove disposta, e degli altri atti endo-procedimentali privi di immediata lesività.”*⁵¹

Non può essere disposta la cancellazione della causa dal ruolo ed i termini di deposito della sentenza sono decurtati sensibilmente, da 30 (di norma) a 7 in

⁵⁰ Articolo 120 comma 6 bis d.Lgs.104/2010 “Nei casi previsti al comma 2-bis, il giudizio è definito in una camera di consiglio da tenersi entro trenta giorni dalla scadenza del termine per la costituzione delle parti diverse dal ricorrente. Su richiesta delle parti il ricorso è definito, negli stessi termini, in udienza pubblica. Il decreto di fissazione dell'udienza è comunicato alle parti quindici giorni prima dell'udienza. Le parti possono produrre documenti fino a dieci giorni liberi prima dell'udienza, memorie fino a sei giorni liberi e presentare repliche ai nuovi documenti e alle nuove memorie depositate in vista della camera di consiglio, fino a tre giorni liberi prima. La camera di consiglio o l'udienza possono essere rinviate solo in caso di esigenze istruttorie, per integrare il contraddittorio, per proporre motivi aggiunti o ricorso incidentale. L'ordinanza istruttoria fissa per il deposito di documenti un termine non superiore a tre giorni decorrenti dalla comunicazione o, se anteriore, notificazione della stessa. La nuova camera di consiglio deve essere fissata non oltre quindici giorni. Non può essere disposta la cancellazione della causa dal ruolo. L'appello deve essere proposto entro trenta giorni dalla comunicazione o, se anteriore, notificazione della sentenza e non trova applicazione il termine lungo decorrente dalla sua pubblicazione”

⁵¹ Articolo 120 comma 2 bis d.Lgs.104/2010

caso di rito speciale con facoltà delle parti, sia per il rito camerale che in pubblica udienza di richiedere l'anticipata pubblicazione del dispositivo entro 2 giorni dall'udienza. Un'altra novità è la possibilità di presentare un unico ricorso cumulativo in caso di offerte presentate su più lotti, ma nei limiti dell'identità dei motivi proposti.

Con deduzioni in sede cautelare, il legislatore prevede che il TAR debba tener conto di una lunga serie di elementi, tra i quali la gravità della condotta della stazione appaltante e la situazione di fatto, gli interessi delle parti tra cui l'effettiva possibilità del ricorrente di aggiudicazione dell'appalto alla luce di vizi riscontrati, la possibilità di subentro nell'esecuzione del contratto in riferimento all'avanzamento del medesimo se il vizio riscontrato non impone il rinnovo della procedura di scelta del contraente.

L'appello ha un termine prescrittivo di 30 giorni per espressa decisione legislativa che nega la possibilità di applicazione del termine lungo di 6 mesi.

4.2 La deflazione del contenzioso

Il nuovo Codice, accoglie la razionalizzazione degli strumenti deflattivi del contenzioso, anche in materia di esecuzione del contratto, con lo scopo di garantire trasparenza, celerità ed economicità. Le sostanziali modifiche introdotte riguardano:

- a) *Accordo bonario*⁵²: già previsto nel previgente codice⁵³, è uno strumento di composizione amichevole, con funzione transattiva, delle controversie, insorte durante l'esecuzione del contratto ma prima del compimento⁵⁴, nel caso in cui l'importo economico vari sostanzialmente⁵⁵ a causa di iscrizione di riserve contabili. Il ruolo del RUP è stato semplificato, pertanto nella formulazione dell'accordo può procedere autonomamente anche per importi pari o superiori 10

⁵² Artt. 205 e 206 D.Lgs. 50/2016

⁵³ Art. 240 D.Lgs. 163/2006

⁵⁴ Ad esclusione dei contratti con importi a rilevanza comunitaria

⁵⁵ Incremento compreso tra il 5 ed il 15% dell'importo contrattuale

milioni di euro,⁵⁶o chiedere alla Camera arbitrale un elenco formato da n. 5 esperti aventi competenza specifica, scegliendone uno in accordo con l'impresa, ed a cui viene demandato il compito di formulare l'accordo bonario. Per esplicita previsione ex art. 206 “ *Le disposizioni di cui all'articolo 205 si applicano, in quanto compatibili, anche ai contratti di fornitura di beni di natura continuativa o periodica, e di servizi, quando insorgano controversie in fase esecutiva degli stessi, circa l'esatta esecuzione delle prestazioni dovute*”;

- b) *Transazione*⁵⁷: prevista nel vecchio Codice⁵⁸ è lo strumento deflattivo, residuale in quanto operante solo nel momento in cui non risulti possibile adoperare gli altri rimedi, previsto dal nuovo Codice per la composizione delle controversie relative ai diritti soggettivi derivanti dall'esecuzione del contratto ed ha natura civilistica.⁵⁹La nuova disciplina del codice ha raddoppiato il valore minimo (solo per i contratti di lavori) oltre il quale è necessario l'ottenimento del “*parere in via legale dell'Avvocatura dello Stato, qualora si tratti di amministrazioni centrali, ovvero di un legale interno alla struttura, o del funzionario più elevato in grado competente per il contenzioso, ove non esistente il legale interno, qualora si tratti di amministrazioni sub centrali.*” La forma scritta a pena di nullità è stata mantenuta, per ovvie ragioni.
- c) *Arbitrato*⁶⁰: inizialmente abolito dalla L.244/2007 nel previgente codice, per esplicito divieto di inserire nei contratti di appalto

⁵⁶ Precedente previsione: Art. 204 comma 5 D.Lgs. 163/2006 “Per gli appalti e le concessioni di importo pari o superiore a dieci milioni di euro, il responsabile del procedimento entro trenta giorni dalla comunicazione di cui al comma 3 promuove la costituzione di apposita commissione, affinché formuli, acquisita la relazione riservata del direttore dei lavori e, ove costituito, dell'organo di collaudo, entro novanta giorni dalla costituzione della commissione, proposta motivata di accordo bonario”

⁵⁷ Articolo 208 D.lgs. 50/2016

⁵⁸ Art. 239 D.Lgs. 163/2006

⁵⁹ Cfr. artt. 1965 e ss c.c.

⁶⁰ Art. 209 D.Lgs. 50/2016

pubblici, clausole compromissorie, pena nullità delle stesse ed illecito disciplinare oltre che danno erariale per il RUP, e poi reintrodotta nel 2010, viene sostanzialmente innovata dal nuovo Codice ed è volta a risolvere in via stragiudiziale tutte le controversie sui diritti soggettivi, derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici di appalto classici, dei concorsi di progettazione e di idee, delle concessioni e appalti pubblici di opere, servizi e forniture in cui sia parte una società a partecipazione pubblica ovvero una società controllata o collegata a una società a partecipazione pubblica, comprese tutte le controversie non risolte attraverso il ricorso all'accordo bonario. Le novità principali sono il necessario ottenimento dell'autorizzazione motivata dell'organo di governo della stazione appaltante, la nomina da parte della Camera arbitrale su proposta delle parti e la designazione e nomina del Presidente, un elenco tassativo di soggetti che non possono ricoprire la veste di arbitro.

- d) *Camera arbitrale*.⁶¹ non è un vero e proprio strumento deflattivo, ma l'organizzazione dell'istituto precedente. È istituita presso l'ANAC, non riporta innovazioni importanti, se non l'inserimento di un dovere di pubblicità a scopi di trasparenza.
- e) *Pareri precontenziosi ANAC*.⁶² già previsto, seppur con regime ridotto, nel precedente codice⁶³ è stato rinnovato dalla nuova disciplina, che lo ha inserito nella Parte IV, titolo II, Capo II “*Rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale*”. Questo strumento deflattivo riguarda le questioni insorte nello svolgimento delle procedure di gara e viene emesso su istanza di una delle parti. Il parere viene espresso in tempi rapidissimi, che sono stati ridotti di 2/3 rispetto alle previsioni precedenti (30 giorni piuttosto che 90) e ha potenzialità di essere vincolante se ciò è disposto da un accordo precedente tra le parti.

⁶¹ Art. 210 D.Lgs. 50/2016

⁶² Art. 211 D.Lgs. 50/2016

⁶³ Art. 6 comma 7 lettera n) D.Lgs. 163/2006

Impugnabile dinnanzi al TAR, il legislatore ha inserito il ricorso alla previsione sanzionatoria⁶⁴ volta chiaramente a disincentivarne il ricorso,⁶⁵ rimandando all'articolo 26 del CPA. L'ANAC inoltre, nello svolgimento dalle proprie funzioni, può invitare la stazione appaltante, con raccomandazione vincolante, a rimuovere un vizio rilevato in una procedura di gara, pena l'irrogazione di una sanzione pecuniaria.

⁶⁴ Articolo 26 del Codice del Processo Amministrativo

⁶⁵ Una azione sanzionatoria con chiari effetti di filtro, come riportato anche da Dino Nazzaro, Cons Tar Pescara, *Azione "abuso processuale" ed "equa" condanna pecuniaria (art. 26 del c.p.a. approvato con d.lgs. n. 104/2010)* pubblicato sul sito il 14 marzo 2014 cfr <https://www.giustiziaamministrativa.it> "l'art. 96, comma 3°, c.p.c., anticipa, per forma e contenuto, la norma del c.p.a. (art.26, n.2) che, però, pone, al G.A., quale condizione precisa, la circostanza che la "decisione è fondata su ragioni manifeste o orientamenti giurisprudenziali consolidati(...)La disposizione, che vorrebbe essere un adattamento specifico per il giudizio amministrativo, vale per tutte le parti in causa, ivi compreso l'Ente pubblico. Essa vuole prevenire azioni e/o impedire resistenze giudiziali che trovano la loro ragione nella pura "volutas pugnandi", mancando ab origine un valido fondamento giuridico (...)La fattispecie di cui all'art. 26, comma 2°, del c.p.a. ha una finalità precisa: eliminare gli inutili faldoni dagli archivi giudiziari, ponendo una remora, non solo psicologica, ma anche economica, senza richiedere alcun elemento soggettivo di colpa e/o malafede, bensì il fatto che la questione dedotta è manifestamente nel torto, essendo i precedenti giurisprudenziali univoci in senso negativo"