

## CAPITOLO 10

### *I contratti della P.A.*

SOMMARIO: § 1. L'attività 'pubblica' di diritto privato. – § 2. L'autonomia contrattuale della Pubblica Amministrazione e i limiti alla funzione pubblica. – § 3. La soggezione al diritto comune. – § 3.1. Considerazioni generali. – § 3.2. Il caso emblematico del recesso dai contratti pubblici. – § 4. La classificazione dei contratti pubblici. – § 4.1. Classificazione generale dei contratti pubblici. – § 4.2. In particolare: la nozione di appalto pubblico. – § 4.3. (*Segue*): la nozione di concessione pubblica e il confine mobile con gli appalti. – § 4.4. Le figure di confine tra appalti e concessioni: i partenariati pubblico privato e, in particolare, il contratto di disponibilità e quello di sponsorizzazione. – § 5. Il procedimento di formazione del contratto pubblico: l'evidenza pubblica come regola dell'azione contrattuale pubblica (ricostruzione storica). – § 6. (*Segue*): l'evidenza pubblica nei contratti passivi (appalti e concessioni). – § 6.1. La determina a contrarre. – § 6.2. La procedura di affidamento ad evidenza pubblica: esposizione delle singole procedure. – § 6.3. (*Segue*): il *project financing*. – § 6.4. Il bando come atto fondamentale della procedura ad evidenza pubblica. – § 6.5. L'unicità dell'offerta. – § 6.6. Il criterio di selezione della miglior offerta. – § 6.7. Le sedute di gara: i profili di pubblicità. – § 6.8. La proposta di aggiudicazione. – § 6.9. La verifica e approvazione della proposta di aggiudicazione. – § 6.10. L'aggiudicazione definitiva quale provvedimento conclusivo (non efficace) della fase pubblicistica. – § 6.11. L'aggiudicazione definitiva (efficace) e la verifica dei requisiti dell'aggiudicatario. – § 6.12. Il confine tra la fase pubblicistica e quella privatistica – gli obblighi di *stand still*: il primo termine dilatorio per la stipula del contratto. – § 6.13. (*Segue*): il secondo termine dilatorio per la stipula del contratto. – § 6.14. (*Segue*): le sanzioni per la violazione degli obblighi di *stand still*. – § 6.15. Il termine 'massimo' per la stipula del contratto e le situazioni giuridiche soggettive dell'aggiudicatario prima di divenire contraente. – § 6.16. Obblighi di rinnovazione della procedura a seguito di un giudicato di annullamento. – § 6.17. Il contratto pubblico. – § 7. (*Segue*): i principi applicabili alla conclusione degli altri tipi di contratti. – § 8. I concorrenti alle procedure per la stipula dei contratti pubblici. – § 8.1. I requisiti di partecipazione. – § 8.2. I raggruppamenti temporanei di imprese. – § 8.3. L'avvalimento. – § 8.4. Il soccorso istruttorio. – § 9. Il riparto di giurisdizione. – § 9.1. Evoluzione storica. – § 9.2. Dall'art. 6 della legge n. 205/2000 all'art. 133, comma 1, lett. e), n. 1, del Codice del processo amministrativo. – § 10. Il processo dei contratti pubblici dopo il decreto legislativo n. 50/2016 – § 10.1. Il nuovo rito anticipato e superaccelerato di cui all'articolo 120, comma 2-*bis*, introdotto dall'art. 204 del D.Lgs n. 50/2016. – § 11. La sorte del contratto in caso di annullamento dell'aggiudicazione fra annullabilità, nullità ed inefficacia: profili sostanziali e questioni di giurisdizione dopo il Codice del processo amministrativo. – § 11.1. La sorte del contratto: il Codice del processo amministrativo (artt. 121 e 122) opta per l'inefficacia: nullità sanzione o risoluzione giudiziale? – § 11.2. Inefficacia del contratto e giurisdizione amministrativa (art. 133, comma, 1, lett. e, n. 1, del Codice del processo amministrativo). – § 11.3. Tecniche di tutela e inefficacia del contratto (art. 124 del

Codice del processo amministrativo). – § 11.4. Inefficacia del contratto e tutela cautelare. – § 11.5. Intervento in autotutela della P.A. sugli atti di gara. 12. Il problema dell'autotutela sugli atti di gara dopo la stipulazione del contratto – § 13. I nuovi poteri dell'ANAC nel precontenzioso (art. 211 D.Lgs n. 50/2016).

## 1. L'attività 'pubblica' di diritto privato

*Capacità di diritto privato della P.A.*

Rappresenta ormai un principio acquisito al nostro ordinamento che le Pubbliche Amministrazioni – per il perseguimento dell'interesse pubblico – possano avvalersi sia degli strumenti giuridici propri del diritto pubblico, sia delle forme e dei mezzi di azione e contrattuali propri del diritto privato. Se in passato si riteneva che questi ultimi fossero intrinsecamente inidonei al conseguimento di finalità pubblicistiche, successivamente si è in modo progressivo riconosciuto che la P.A. potesse perseguire l'interesse pubblico anche attraverso lo strumento negoziale privatistico. In questo caso, l'Amministrazione agirebbe su un piano di parità rispetto al privato cittadino e non in veste di organo titolare di poteri autoritativi. L'attività contrattuale della P.A., che assume particolare rilievo nell'ambito dell'attività di diritto comune della stessa, costituisce espressione della capacità di diritto privato dell'Amministrazione.

*Art. 1, comma 1-bis, legge n. 241/1990*

Il riconoscimento generale dell'autonomia negoziale della P.A. trova la propria codificazione nel testo dell'art. 1, comma 1-bis, della legge 7 agosto 1990, n. 241, come modificato dalla legge 11 febbraio 2005, n. 15 (Parte III, Cap. I, § 3.6.).

Per quanto attiene all'ambito soggettivo di applicazione della norma in questione, questa assume una rilevanza di tipo generale. Sul punto, sono dirimenti le seguenti circostanze: (i) la sua collocazione 'geografica' nell'ambito della definizione dei principi generali dell'attività amministrativa; (ii) il suo riferimento generico alla 'Pubblica Amministrazione', così ricomprendendo sia le amministrazioni *tout court* sia i soggetti pubblici in generale, senza operare distinzioni specifiche.

Sotto altro profilo, la disposizione fa espresso riferimento alla "adozione di atti di natura non autoritativa". La dottrina ha evidenziato come, con tale locuzione, il Legislatore sembrerebbe riferire l'operatività del diritto privato non solo alla regolamentazione del rapporto nascente dall'attività amministrativa, ma anche alla fase genetica, ossia alla formazione della volontà della P.A., in ciò distaccandosi notevolmente dall'impostazione tradizionale. Seguendo questa via, si giungerebbe a riconoscere alla disposizione in esame una portata innovativa dirompente: infatti, si potrebbe ritenere che, laddove l'Amministrazione agisca alla stregua del diritto privato, non sia più tenuta all'osservanza della disciplina amministrativa in tema di evidenza pubblica. In realtà, si è sottolineato come, in virtù della clausola di salvezza contenuta nella norma ("salvo che la legge disponga diversamente"), quest'ultima non si ponga come innovativa

rispetto a disposizioni preesistenti: in particolare, essa non mira all'affermazione di una generale capacità di diritto privato dell'Amministrazione, emancipata dai limiti sottesi alle procedure di evidenza di stampo pubblicistico.

Il significato della norma, invece, viene colto nel riconoscimento della capacità di diritto privato dell'Amministrazione e di una generale *potestas contrahendi* della stessa, in passato ricondotta all'art. 11 c.c..

L'art. 1, comma 1-*bis*, della legge n. 241/1990, dunque, si sostituisce – con il proprio rango di norma generale – al rinvio alle leggi speciali contenuto nell'art. 11 c.c.. In definitiva, la norma in esame tende al riconoscimento del potere dei soggetti pubblici di ricorrere agli strumenti privatistici ed è, in questo senso, priva di una portata realmente innovativa. Così come priva di portata innovativa è la regola che fissa la soggezione delle attività di diritto privato della P.A. alle regole del diritto comune, senza che possano residuare discipline derogatorie in assenza di specifiche previsioni (v. *infra*).

In definitiva, la norma *de qua* codifica il principio pretorio dell'accesso della P.A. agli strumenti privatistici come alternativa generale all'esercizio del potere: viene, dunque, riconosciuta alla Amministrazione la facoltà di curare l'interesse pubblico instaurando rapporti di carattere privatistico con i soggetti interessati in alternativa all'utilizzo dello strumento procedimentale e del provvedimento unilaterale. In quest'ottica, il rapporto paritetico viene affiancato al rapporto autoritativo tra soggetto pubblico e soggetto privato e il negozio giuridico di diritto privato viene considerato, nell'esercizio della funzione pubblica, equivalente al provvedimento amministrativo.

Ne consegue, quindi, che la disposizione in esame esprime una non vincolante preferenza per strumenti meno invasivi della sfera giuridica altrui. In altri termini, la P.A. agisce secondo il diritto privato laddove non decida di ricorrere all'esercizio del potere autoritativo. In altri termini ancora, essa non ha l'obbligo di agire secondo il diritto privato, ma ne ha la facoltà, laddove lo ritenga opportuno. Qualora, tuttavia, l'Amministrazione si determini a dismettere i panni pubblicistici, essa soggiace del tutto ai canoni del diritto comune sul piano della disciplina.

Con riferimento alla clausola di riserva che chiude l'art. 1, comma 1-*bis*, della legge n. 241/1990, riconoscendo la possibilità di agire secondo le norme di diritto privato “*salvo che la legge disponga diversamente*”, si assume che la deroga sia operante solo a fronte di un espresso divieto di impiego del diritto privato, dovendosi invece escludere la differente opzione ermeneutica, volta a ritenere che la P.A. sia tenuta all'adozione di atti autoritativi in difetto di una espressa previsione che la autorizzi ad agire *iure privatorum*. Il ricorso agli strumenti privatistici sarebbe, infatti, fortemente inciso, con un arretramento rispetto ai principi giurisprudenziali oggi codificati, se si interpretasse la clausola come volta a interdire l'operatività del principio di preferenza per il diritto privato in tutti i numerosi casi in cui il Legislatore abbia previsto (come avviene di regola in applicazione del principio di legalità) un'espressa

*La clausola di riserva*

disciplina del potere, anche se destinato a concretizzarsi in atti non autoritativi.

## 2. L'autonomia contrattuale della Pubblica Amministrazione e i limiti alla funzione pubblica

*Idoneità dello strumento privatistico ai fini pubblici*

La descritta codificazione della capacità negoziale della P.A. costituisce l'effetto di una profonda revisione nella concezione dell'*agere* amministrativo, determinata dalla consapevolezza dell'idoneità dello strumento privatistico all'attuazione dei fondamentali principi di efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa e dal superamento dell'idea del modulo autoritativo-procedimentale quale strumento esclusivo di realizzazione dell'interesse pubblico.

La legge sancisce allora il definitivo superamento dell'orientamento tradizionale che considerava l'attività paritetica della P.A. come un'ipotesi derogatoria, praticabile solo in casi specifici e assolutamente tassativi, rispetto al principio generale dell'esercizio del potere autoritativo. Detta impostazione, imperniata sulla "traslazione" ai contratti dei principi della tipicità e della nominatività propri dei provvedimenti amministrativi, è stata progressivamente superata sulla base, da un lato, della tendenza normativa verso la garanzia dell'efficienza della P.A., che richiede necessariamente l'utilizzo di strumenti più elastici; dall'altro, della non ricorrenza, nei contratti, della ragione che tradizionalmente è alla base della tipicità dei provvedimenti, ossia l'essere gli stessi espressione di autoritatività e di imperatività.

*Vincolo degli interessi ex art. 1322 c.c. e vincolo di funzione*

Il riconoscimento dell'autonomia negoziale della P.A. incontra, peraltro, i limiti derivanti dalla soggettività pubblica della stessa e, dunque, l'attività contrattuale dell'Amministrazione soggiace non solo, come nel caso di ogni altro soggetto di diritto, al vaglio della meritevolezza degli interessi ex art. 1322 c.c., ma anche al vincolo della funzione istituzionale legislativamente attribuita alla Amministrazione contraente.

Il potere di autonomia privata della Pubblica Amministrazione deve, infatti, sempre e comunque esplicarsi nel rispetto dei principi costituzionali di legalità, imparzialità e di tutela del terzo, nonché dei principi normativi che governano l'azione amministrativa. Si tratta, pertanto, di una autonomia negoziale limitata e funzionale, in quanto i fini dell'*agere* sono sempre e necessariamente predeterminati dalla legge ed indisponibili al soggetto amministratore. Tali fini devono essere perseguiti secondo canoni di doverosità e di continuità, senza discriminazioni e senza che il ricorso al negozio giuridico possa surrettiziamente limitare il diritto di azione dei terzi a tutela degli interessi legittimi. L'adozione del modulo privatistico in alternativa a quello pubblicistico, in effetti, rende necessario, al fine di garantire gli stessi livelli di tutela assicurati ai terzi dal procedimento amministrativo, l'impiego di cautele idonee a preservare le legittime aspettative dei

soggetti coinvolti nell'azione amministrativa e, perciò, aventi titolo al controllo della buona fede e della correttezza della P.A..

Ne consegue, pertanto, che l'agire secondo le norme del diritto privato non implica la rinuncia alla funzione, ovvero all'agire funzionale inteso come necessario perseguimento degli scopi istituzionali indicati dalla legge e come inscindibile conformità del negozio all'interesse pubblico normativamente predeterminato. Anche nell'attività amministrativa di diritto privato, dunque, l'interesse pubblico è sempre rilevante (e prevalente) e, in quanto tale, condizionante la validità del negozio, sicché correttamente si è parlato, a tal proposito, di attività privata di interesse pubblico; ed è in tale prospettiva che gli istituti di diritto privato, implicitamente richiamati dall'art. 1, comma 1-*bis*, della legge n. 241/1990, devono intendersi prescritti dal Legislatore come possibili strumenti dell'agire pubblico<sup>1</sup>.

In definitiva, l'attività di diritto privato della P.A. non può mai costituire un'espressione di un diritto 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 volta alla cura concreta di quest'ultimo.

*L'alternativa  
provvedimentale*

L'Amministrazione, laddove decida di ricorrere allo strumento contrattuale, è tenuta, in attuazione dell'art. 97 Cost., ad enucleare le ragioni di pubblico interesse che la inducono a tale scelta, indicando gli elementi alla stregua dei quali ritiene che il contratto sia uno strumento nel concreto più funzionale rispetto a quello provvedimentale. In ciò si sostanzia l'ulteriore limite all'autonomia contrattuale della P.A.. Del resto, lo stesso art. 11 della legge n. 241/1990, pur facendo riferimento ad uno strumento di natura anch'esso forse pubblicistico, enuncia la necessità che l'accordo sia preceduto da una determinazione unilaterale che spieghi le ragioni della scelta del modulo consensuale. Così da sempre, a questi fini, la procedura ad evidenza pubblica prende le mosse, per i contratti di diritto comune, da una determinazione o decreto a contrarre o contrattare che enuclei le ragioni della preferenza accordata al modulo privatistico rispetto al metodo pubblicistico di azione, nonché nel rispetto degli atti di programmazione delle singole Amministrazioni. Tale principio è stato definitivamente accolto anche

<sup>1</sup> In tal senso, v. Cons. Stato, Ad. Plen., 3 giugno 2011, n. 10, che ha affermato che “*in assenza di una disposizione di legge in senso contrario, è fatto divieto alle Università degli studi di istituire società di capitali non strumentali alle loro finalità istituzionali di insegnamento e di ricerca, ma con scopo meramente lucrativo, operando sul mercato, in concorrenza con operatori privati, e accettando commesse sia da enti pubblici che da privati, fruendo per di più dei privilegi propri delle Amministrazioni pubbliche, atteso che il limite al quale soggiace lo svolgimento da parte delle stesse di attività estranea con le suddette finalità non è di compatibilità, ma di strumentalità*”. In applicazione di detti principi, la Plenaria ha viceversa ritenuto legittima la costituzione da parte di un'università (nella specie l'Ateneo di Venezia) di una società di progettazione, in quanto tale partecipazione non si risolve nello svolgimento di un'attività di lucro, ma persegue obiettivi di specializzazione e sperimentazione in ambiti di alta complessità tecnica, compatibili in quanto tali con i fini istituzionali di ricerca dell'istituzione universitaria.

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” (d'ora in avanti anche “Nuovo codice dei contratti pubblici” o “Nuovo codice”).

### 3. La soggezione al diritto comune

#### 3.1. Considerazioni generali

Secondo l'impostazione tradizionale, l'attività contrattuale della P.A. era ritenuta caratterizzata da profili di specialità tali da esonerarla dall'applicazione di una serie di norme del Codice civile, in quanto ritenute incompatibili con il fine pubblico.

*L'applicazione generale del diritto comune*

Allo stato attuale, può invece affermarsi che, salve le disposizioni esplicitamente derogatorie, l'Amministrazione soggiace *in toto* ai dettami del Codice civile e delle regole di diritto comune. Tale conclusione è suffragata: (i) sia dall'art. 30, comma 8, del nuovo codice dei contratti pubblici di cui al D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, secondo cui “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”; (ii) sia dall'art. 21-*sexies* della legge n. 241/1990, anch'esso introdotto dalla legge n. 15/2005, che, nella delicata ipotesi del riconoscimento del diritto di recesso in favore del contraente pubblico, 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. in assenza di espressa previsione pattizia o di legge.

A titolo esemplificativo, in quest'ottica sono stati superati quegli orientamenti che non ritenevano configurabile una *culpa in contrahendo* della P.A., rispetto ai canoni di buona fede e correttezza di cui agli artt. 1337 e 1338 c.c., senza poter rivendicare delle specifiche prerogative pubblicistiche.

E ancora, sempre in quest'ottica è stato superato quell'orientamento per cui si riteneva che non fosse configurabile la c.d. “mora della P.A.” e, dunque, la risoluzione per inadempimento della stessa nei contratti a prestazioni corrispettive aventi ad oggetto il pagamento da parte dell'Amministrazione di una somma di denaro, dalla stessa non erogata alla scadenza contrattuale per effetto del mancato esaurimento del procedimento amministrativo che deve precedere ogni pagamento. In particolare, secondo tale orien-



tamento si riteneva che alla P.A. non fosse applicabile l'art. 1224 c.c., in tema di obbligazioni pecuniarie, e, quindi, tutte le regole sulla debenza degli interessi moratori e sul danno da svalutazione monetaria. In sostanza, si reputava che, prima della conclusione del procedimento contabile previsto dalle norme sulla contabilità dello Stato, l'Amministrazione non potesse essere qualificata né inadempiente né in mora. Come detto, anche tale prospettiva 'pubblicistica' è stata superata in ragione della diversa ricostruzione per cui le problematiche organizzative e le tempistiche relative al procedimento finalizzato all'emissione del mandato di pagamento della P.A. rappresentino *interna corporis* non opponibili al creditore.

### 3.2. Il caso emblematico del recesso dai contratti pubblici

Come anticipato, uno dei riferimenti normativi che costituisce la controprova 'positiva' della soggezione dell'attività contrattuale della P.A. al diritto comune è costituito dall'art. 21-*sexies* della legge n. 241/1990 (come introdotto dalla legge n. 15/2005), in forza del quale "il recesso unilaterale dai contratti della pubblica amministrazione è ammesso nei casi previsti dalla legge o dal contratto". In altri termini, la P.A. non può sciogliersi liberamente dai negozi giuridici aventi natura contrattuale, ma gliene è riconosciuta facoltà solo nei casi tassativamente previsti dalla legge o espressamente enumerati nei contratti stipulati.

Art. 21-*sexies*  
legge  
n. 241/1990

È utile osservare come la P.A., al di là dei poteri di autotutela pubblicistica di cui agli artt. 21-*quinquies* e 21-*nonies*, tipici della fase procedimentale che precede la stipulazione del contratto, sia titolare altresì di poteri di autotutela *lato sensu* contrattuale, assimilabili a quelli propri dei rapporti interprivati (quali la clausola risolutiva espressa, la diffida ad adempiere, la sospensione dell'esecuzione della prestazione, la clausola *solve et repete*), attraverso i quali l'Amministrazione, come ogni altro contraente, è in grado di incidere in via unilaterale, anche con effetto risolutivo, sul rapporto contrattuale. Nell'ambito di tali poteri, rientra il potere della P.A. di recedere unilateralmente dal contratto.

Nel testo varato in via definitiva dal Legislatore del 2005, dall'art. 21-*sexies* sono scomparsi i riferimenti alle ragioni di pubblico interesse giustificanti il recesso, nonché al principio dell'indennizzo, contemplati dalla versione originaria. Come si evince dai lavori preparatori, il riferimento all'interesse pubblico sotteso al recesso è stato soppresso in quanto tale interesse si cristallizza o nella previsione di legge che attribuisce alla P.A. lo *ius poenitendi*, oppure nella stessa clausola contrattuale che vi fa riferimento, con eventuale sindacato giurisdizionale sul punto.

Quanto al mancato riferimento al generale obbligo indennitario, il Legislatore ha dunque preferito rimandare alle singole norme di legge e alle previsioni contrattuali non solo la disciplina delle ipotesi di recesso della P.A. dai contratti in cui essa è parte, in omaggio al principio civilistico *pacta sunt servanda* ex art. 1372 e 1373 c.c., ma anche le conseguenze economiche che derivano dall'esercizio del diritto di recesso.

Art. 109, d.lgs.  
n. 50/2016

Il Nuovo codice dei contratti pubblici disciplina il regime del recesso dal contratto all'art. 109. Ad oggi, tale norma rappresenta probabilmente una delle principali ipotesi di recesso prevista dalla legge. Occorre premettere che, a differenza che nel passato, il Legislatore del 2016 ha previsto una disciplina unitaria del recesso sia per gli appalti di lavori che per quelli di servizi e forniture<sup>2</sup>. Si rinvia sul punto al par. 12.

Recesso previsto  
dalla normativa  
antimafia

Nell'ambito "dell'universo" dei contratti pubblici, un'altra ipotesi di recesso espressamente prevista dalla legge che merita, quantomeno, di essere segnalata è quella rappresentata dall'art. 88, D.Lgs. 6 settembre 2011, n. 159 (c.d. Codice antimafia). Il comma 4-*bis* del citato articolo prevede infatti un'ipotesi di recesso automatico qualora, nel corso dell'esecuzione del contratto, venissero accertate delle cause di decadenza, di sospensione o di divieto ai sensi della medesima disciplina antimafia (si pensi, ad esempio, ai tentativi di infiltrazione mafiosa)<sup>3</sup>.

In tema di recesso, una delle questioni su cui ci si è interrogati è quella rappresentata dal dubbio se lo stesso costituisca estrinsecazione di una potestà autoritativa, con conseguente qualificazione in termini di interesse legittimo della posizione soggettiva dell'appaltatore, oppure se implichi l'esercizio di un diritto potestativo privatistico di interrompere l'esecuzione del contratto. La tesi che è stata accolta – pur nell'ambito del previgente quadro normativo, essa risulta applicabile anche a quello attuale – configura il recesso nell'ambito dei contratti pubblici quale fattispecie speculare rispetto a quella di cui all'art. 1671 c.c..

Per quanto concerne il previgente sistema degli appalti di lavori, con la sentenza n. 14 del 20 giugno 2014, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato aveva infatti statuito

<sup>2</sup> In merito all'applicazione "differenziata" del regime del recesso tra i contratti di lavori e quelli di servizi e forniture, si rinvia – rispettivamente – all'art. 134 del D.Lgs. n. 163/2006 e all'art. 1, comma 153, della legge 6 luglio 2012, n. 95.

<sup>3</sup> In punto di giurisdizione si segnala, al riguardo, Cons. Stato, sez. IV, 20 luglio 2016 n. 3247, secondo cui anche nel caso in cui l'informativa antimafia interdittiva sopravvenga in corso di esecuzione di un contratto stipulato con la P.A. (e segnatamente di un contratto di appalto), ciò non costituisce una "sopravvenienza" impeditiva dell'ulteriore esecuzione del contratto stipulato, bensì l'accertamento dell'incapacità originaria del privato ad essere parte contrattuale della pubblica amministrazione. Da ciò consegue la sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo (ex art. 133, co. 1, lett. e), n. 1 c.p.a.) in ordine ai provvedimenti con i quali l'Amministrazione committente revoca il provvedimento di affidamento di un appalto ovvero recede unilateralmente dal contratto, per effetto di una sopravvenuta informativa antimafia interdittiva. In tal caso, in definitiva, il provvedimento di revoca dell'affidamento dell'appalto va ricondotto nell'ambito degli atti che concernono l'affidamento dell'appalto (avvenuto in favore di un soggetto a ciò interdetto, e dunque in difetto dei presupposti necessari per essere destinatario dell'affidamento), con conseguente applicazione dell'art. 120 c.p.a. e dei termini dimidiati ivi previsti; in tal caso, inoltre, non sussiste l'obbligo di invio della comunicazione di avvio del procedimento di revoca dell'atto di affidamento ovvero di recesso dal contratto, non potendosi l'Amministrazione appaltante determinare diversamente (art. 21-*octies*, co. 2, l. n. 241/1990), e non potendo, peraltro, la stessa né procedere ad istruttoria ed a valutazioni autonome su quanto risultante dall'informativa, né valutare lo stato di esecuzione del contratto, stante il chiaro disposto dell'art. 92 d. lgs. n. 159/2011.



che “*nel procedimento di affidamento di lavori pubblici, una volta stipulato il contratto di appalto, le pubbliche amministrazioni, qualora rinvenivano sopravvenute ragioni di inopportunità della prosecuzione del rapporto negoziale, non possono utilizzare lo strumento pubblicistico della revoca dell’aggiudicazione ma devono esercitare il diritto potestativo di recesso regolato dall’art. 134 del D.Lgs. n. 163 del 2006*”. Del resto, sempre secondo l’Adunanza Plenaria, tale principio risulterebbe coordinato “*con la previsione della revoca di cui al comma 1-bis dell’art. 21-quinquies della legge n. 241 del 1990, poiché dall’ambito di applicazione della norma risulta esclusa la possibilità di revoca incidente sul rapporto negoziale fondato sul contratto di appalto di lavori pubblici, in forza della speciale e assorbente previsione dell’art. 134 del Codice (così, come, per la medesima logica, né è esclusa la revoca di cui all’art. 158 del Codice), restando per converso e di conseguenza consentita la revoca di atti amministrativi incidenti sui rapporti negoziali originati dagli ulteriori e diversi contratti stipulati dall’amministrazione, di appalto di servizi e forniture, relativi alle concessioni contratto (sia per le convenzioni accessive alle concessioni amministrative che per le concessioni di servizi e di lavori pubblici), nonché in riferimento ai contratti attivi*”.

Infine, notevoli sono le differenze tra le figure del recesso dai contratti pubblici sopra descritte e quella del recesso dagli accordi di cui all’art. 11 della legge n. 241/1990 (v. Parte III, Cap. IX, par. 7). Infatti, a dimostrazione della natura pubblicistica di questi ultimi, il recesso dagli stessi è molto più simile alla revoca del provvedimento di cui all’art. 21-quinquies della medesima legge n. 241/1990<sup>4</sup>. Il potere di recesso *de quo* costituisce del resto un potere generale, esplicativo di una potestà di autotutela, non necessitante, in quanto atipico, di specifica previsione in presenza di un pubblico interesse e, proprio per questo, comportante, se esplicato, un identico obbligo di indennizzo. Pertanto, laddove le parti abbiano stipulato un contratto di diritto privato, operano i principi di cui all’art. 1372 c.c.; laddove invece sia stato concluso un accordo di diritto pubblico, valgono i principi della revoca per pubblico interesse<sup>5</sup>.

Ulteriore distinzione tra le due figure è rinvenibile in punto di giurisdizione. Infatti, a fronte di una giurisdizione esclusiva sugli accordi che comprende anche l’istituto del recesso-revoca, per converso, il recesso dai contratti, essendo esplicativo di un diritto potestativo di natura negoziale, non può che essere di pertinenza del giudice ordinario. L’assunto è in linea con la conclusione raggiunta dalla giurisprudenza (costituzionale e non), che ha escluso dalla giurisdizione esclusiva in tema di procedure di affidamento (oggi artt. 133, comma 1, lett. e), e 120, comma 1, c.p.a.) tutta la fase di esecuzione del contratto, comprensiva appunto anche del recesso dal contratto stesso<sup>6</sup>.

*Il recesso dagli accordi ex art. 11 legge n. 241/1990*

<sup>4</sup> Unica differenza rispetto alla revoca del provvedimento, dovuta alla maggiore ‘saldezza’ dell’affidamento a fronte di vincoli pattizi rispetto a quelli unilaterali, è che il recesso dall’accordo è esplicabile solo per fatti sopravvenuti e non anche in ragione della mera rivalutazione dell’interesse originario.

<sup>5</sup> Cfr. T.A.R. Campania, Salerno, Sez. I, 3 settembre 2014, n. 1500.

<sup>6</sup> Deve ritenersi che la giurisdizione appartenga al G.O. anche laddove la manifestazione di volontà in cui si sostanzia il recesso sia contenuta in un formale provvedimento amministrativo (T.A.R. Abruzzo, L’Aquila, Sez. I, 14 maggio 2015, n. 391; Cons. Stato, Sez. V, 30 luglio 2014, n. 4025). Di recente, è stato altresì evidenziato che: “*nel settore dell’attività negoziale della p.a. tutte le controversie che attengono alla fase preliminare – antecedente e prodromica al contrat-*

## 4. La classificazione dei contratti pubblici

### 4.1. Classificazione generale dei contratti pubblici

Nel diritto privato, il contratto – disciplinato nei suoi profili generali agli artt. 1321 ss. c.c. – costituisce il prototipo del negozio giuridico. In altri termini, si tratta di quell'atto mediante il quale le parti disciplinano liberamente i rispettivi interessi, per il reciproco e concorde perseguimento dei propri scopi, secondo un autoregolamento che trova tutela nell'ordinamento giuridico semperché ed in quanto con quest'ultimo non in contrasto (sia nell'oggetto che nello scopo).

*Contratti ordinari e contratti speciali*

Le Pubbliche Amministrazioni, nell'esercizio della loro autonomia contrattuale, sono legittimate alla stipulazione non soltanto di contratti ordinari, ossia di contratti di diritto comune, disciplinati dalle norme del Codice civile, ma anche di contratti speciali di diritto privato, regolati da norme civilistiche di specie. Particolare rilievo assumono, poi, i c.d. “contratti ad oggetto pubblico”, che nascono da un intreccio fra contratto e provvedimento nell'ambito di settori aventi rilievo pubblicistico.

*Contratti attivi e contratti passivi*

Un'altra importante differenziazione, operata nell'ambito dei contratti della P.A., di precipuo rilievo in relazione alle esigenze sottese alla contabilità pub-

---

*to – inerente alla formazione della sua volontà ed alla scelta del contraente privato in base alle regole cd. dell'evidenza pubblica, appartengono al giudice amministrativo. Mentre quelle che radicano le loro ragioni nella serie negoziale successiva, che va dalla stipulazione del contratto fino alle vicende del suo adempimento, e riguarda la disciplina dei rapporti che dal contratto scaturiscono, sono devolute al giudice ordinario. Conseguentemente appartengono al giudice ordinario le controversie concernenti l'interpretazione dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto, nonché quelle rivolte ad accertarne le condizioni di validità e di efficacia e ad ottenerne la declaratoria di nullità o inefficacia, ovvero l'annullamento, posto che anche esse hanno ad oggetto il rapporto privatistico discendente dal negozio e che gli eventuali vizi di questo devono essere esaminati esclusivamente dal giudice ordinario, competente a conoscerne l'intera disciplina” (in questo modo, ex multis cfr. T.A.R. Basilicata, Potenza, Sez. I, 3 marzo 2016, n. 189). Sul tema vanno, inoltre, segnalati: a) la sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, 11 gennaio 2011, n. 391, secondo cui “nelle procedure connotate da concorsualità aventi a oggetto la conclusione di contratti da parte della P.A., una volta stipulato il contratto, la revoca dell'aggiudicazione effettuata per sopravvenuti motivi di opportunità, rientra nell'ambito del generale potere contrattuale di recesso (previsto, per i contratti di appalto di opere pubbliche, dalla L. n. 2248 del 1865, art. 345, all. F), sul cui esercizio sussiste la giurisdizione del giudice ordinario”; b) la sentenza del T.A.R. Liguria, Sez. II, 17 febbraio 2012, n. 311 secondo cui: “la giurisdizione dell'Autorità giudiziaria ordinaria sussiste ove la P.A. assuma iniziative riconducibili ai poteri negoziali (ossia allorché agisca iure privatorum) di risoluzione o di recesso dal relativo contratto, ma non quando la stessa P.A. faccia uso dei propri poteri di supremazia speciale, facendo venir meno lo stesso presupposto pubblicistico del contratto [...], ossia l'atto di scelta dell'incaricato. Laddove con la contestata revoca l'amministrazione abbia inteso recedere dall'incarico e quindi dal relativo rapporto contrattuale a seguito delle carenze, contestate al ricorrente, emerse in sede di esecuzione del rapporto, la stessa va inquadrata nella prima tipologia di atti, con conseguente giurisdizione ordinaria”.*

blica, è quella fra i contratti attivi (ossia produttivi di un'entrata per l'Amministrazione) e contratti passivi (produttivi invece di una spesa), attraverso i quali le Amministrazioni si procurano beni e servizi. I contratti passivi sono comunemente qualificati come appalti (e, in taluni casi, concessioni). Se da un lato, i contratti passivi soggiacciono al Nuovo codice dei contratti pubblici (salvo eccezioni), quelli attivi restano tuttora disciplinati dalla Legge di contabilità di Stato contenuta nel R.D. 18 novembre 1923, n. 2440.

Nell'ambito del diritto pubblicistico e delle sopra riportate macroclassificazioni, la scelta del Legislatore nazionale – su *input* di quello europeo – è stata quella di offrire una specifica definizione e una precipua disciplina di una serie di contratti (di natura passiva) inerenti le commesse pubbliche di lavori, servizi e forniture.

Così, con una formulazione più snella rispetto alla precedente previsione, ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. dd), del D.Lgs. n. 50/2016 i contratti pubblici, sono definiti come “*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 conferma pertanto la *classica* suddivisione delle due peculiari figure di contratti pubblici: i contratti di appalto e i contratti di concessione. Su queste due tipologie (e sulle rispettive varianti create nel tempo dal Legislatore) sarà concentrata l'analisi riportata nei paragrafi che seguono.

#### 4.2. In particolare: la nozione di appalto pubblico

Il contratto di appalto della P.A. si distingue nettamente dalla nozione civilistica di appalto, che si ricava dall'art. 1655 c.c.. Quest'ultima, infatti, contempla una delimitazione oggettiva, dovendo l'appalto riguardare il compimento di un'opera o di un servizio, ed una delimitazione soggettiva, essendo l'appaltatore un soggetto dotato di una propria organizzazione economica. Esula da tale nozione di appalto la disciplina della fornitura di beni già prodotti o che non richiedano una specifica attività realizzativa.

*Nozione civilistica di contratto di appalto*

La nozione di appalto pubblico, invece, ha ad oggetto la realizzazione di lavori, la prestazione di servizi, nonché la fornitura di beni, a titolo oneroso (art. 3, comma 1, lett. ii) del D.Lgs. n. 50/2016). Essa comprende la totalità dei contratti passivi della P.A., che costituiscono la più ampia parte dei contratti della stessa, restandone esclusi i contratti attivi.

*Nozione di contratto di appalto pubblico*

Sotto il profilo soggettivo, il contratto di appalto evoca una relazione intersoggettiva. La nozione europea di intersoggettività è di tipo sostanziale e non formale, con la conseguenza – ad esempio – che non c'è instaurazione di un rapporto contrattuale, ma di un 'semplice' rapporto organico (*id est* relazione organizzativa) tutte le volte in cui ricorrano i presupposti dell'*in house providing* (v. Parte II, Cap. IX). In tale ottica, infatti, all'art. 5 del D.Lgs. n. 50/2016, è stata

*Profili soggettivi: l'intersoggettività dell'appalto*

espressamente prevista la non applicabilità delle norme del Codice per l'ipotesi dell'*in house providing*, ossia quando siano soddisfatte le seguenti condizioni: “a) l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore esercita sulla persona giuridica di cui trattasi un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi; b) oltre l'80 per cento delle attività della persona giuridica controllata è effettuata nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice o da un ente aggiudicatore di cui trattasi; c) nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati previste dalla legislazione nazionale, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata”.

Inoltre, ai fini comunitari e sempre sotto il profilo soggettivo, grazie alla enucleazione delle figure dell'organismo di diritto pubblico e dell'impresa pubblica, si propende per un allargamento dei soggetti tenuti alla stipula di appalti (pubblici) secondo le disposizioni dettate dal Codice. Come previsto anche all'art. 3, comma 1, lett. d) del D.Lgs. n. 50/2016, la formale veste privatistica di una determinata stazione appaltante – qualora la stessa sia sottoposta ad un controllo pubblicistico e costituisca sostanzialmente (nel caso degli organismi di diritto pubblico) uno strumento utilizzato per il perseguimento di fini pubblici – non escluderà l'obbligo di applicare la disciplina prevista per le Amministrazioni in senso stretto<sup>7</sup>.

*La  
qualificazione  
delle stazioni  
appaltanti*

Si segnala che all'art. 38 del Nuovo codice, il Legislatore ha inserito una disciplina unitaria per la qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza. In altri termini, con una norma decisamente innovativa nel panorama della contrattualistica pubblica, il Legislatore richiede, ad oggi, che le stazioni appaltanti siano tenute a registrarsi in un apposito elenco detenuto presso l'ANAC. L'effetto è che soltanto i soggetti che siano iscritti in tale elenco siano titolari del potere di indizione di gare di evidenza pubblica e, pertanto, a stipulare contratti pubblici. I soggetti non iscritti in tale elenco non potranno che sottoscrivere contratti sottosoglia, i quali, come si avrà modo di approfondire nel prosieguo, possono essere affidati in via diretta da parte della P.A. (le soglie di rilevanza comunitaria sono fissate attualmente in 40.000 euro per i contratti di servizi e di 150.000 euro per quelli di lavori pubblici) oppure procedere a

<sup>7</sup> Per i tratti distintivi tra le figure di organismo di diritto pubblico e impresa pubblica, si v. Cons. Stato, Sez. VI, 20 marzo 2012, n. 1574; Cass. Civ., SS.UU., 29 maggio 2012, n. 8511; Cons. Stato, Ad. Plen., 1° agosto 2011, n. 16; T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. II, 12 marzo 2015, n. 772. L'esatta distinzione tra le due figure non è di poco momento, atteso che le imprese pubbliche rientrano tra gli enti aggiudicatori tenuti all'osservanza della disciplina degli appalti nei c.d. settori speciali, mentre non sono, in quanto tali e in termini generali, contemplate tra le amministrazioni aggiudicatrici e altri soggetti aggiudicatori tenuti all'osservanza degli appalti nei settori ordinari (per una completa individuazione degli ambiti di attività delle imprese pubbliche, si rinvia agli artt. 115-121 del D.Lgs. n. 50/2016).

stringere delle aggregazioni con altre stazioni appaltanti ai sensi dell'art. 37 del Nuovo codice.

Quanto ai profili di natura oggettiva, come emerge dalla stessa definizione codicistica, l'appalto pubblico è suddivisibile in tre categorie: appalto di lavori, appalto di servizi e appalto di forniture. *Profili oggettivi*

L'appalto di lavori è descritto come quel contratto avente per oggetto: 1) l'esecuzione di lavori relativi a una delle attività individuate all'allegato I del Codice (ad esempio, lavori di costruzione, demolizione, rivestimento, ecc.); 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 (art. 3, comma 1, lett. II) del Codice). Quella dell'appalto pubblico di lavori è la figura che più si avvicina alla richiamata definizione di contratto di appalto contenuta nell'art. 1655 c.c.. L'appalto pubblico di lavori può, dunque, essere definito a tutti gli effetti un contratto tipico, caratterizzato da una struttura definita e tratteggiata chiaramente, potendo incidere la P.A. solo sull'oggetto della prestazione assunta dall'appaltatore (solo esecuzione o anche progettazione). *L'appalto di lavori*

L'appalto di servizi è definito come quel contratto di appalto pubblico, diverso dagli appalti pubblici di lavori, avente per oggetto la prestazione dei servizi (art. 3, comma 1, lett. ss), del Codice). *Gli appalti di servizi e di forniture*

Quanto all'appalto di forniture, questo è descritto come un contratto di appalto pubblico tra una o più stazioni appaltanti e uno o più soggetti economici, avente 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, comma 1, lett. tt) del Codice).

Queste ultime due figure non integrano un preciso tipo negoziale. In altri termini, il Codice non individua un assetto contrattuale ben definito. Ciò emerge con maggiore chiarezza con riferimento alle forniture rispetto alle quali il Codice opera un espresso richiamo ad una pluralità di strumenti negoziali (e quindi di schemi contrattuali) mediante i quali reperire i prodotti sul mercato.

Le figure dell'appalto di forniture e dell'appalto di servizi costituirebbero, dunque, un'efficace formula di sintesi idonea a ricomprendere una serie diversa di schemi contrattuali idonei ad assicurare alla P.A. il reperimento di un prodotto o l'espletamento di un servizio.

Quanto alla controprestazione, la norma è chiara nel ritenere che i contratti di appalto (qualunque ne sia l'oggetto) costituiscano negozi stipulati a titolo oneroso. *La controprestazione*

Secondo l'impostazione più rigorosa, l'onerosità deve essere intesa come previsione di un corrispettivo economico direttamente versato dalla P.A. all'appaltatore, con la conseguenza che, al di fuori di tale ipotesi, non sarebbe necessaria l'osservanza delle procedure di selezione del contraente con evidenza

pubblica, salva l'applicabilità dei principi generali che valgono per gli appalti sottosoglia o per i contratti diversi dagli appalti.

A tale rigorosa tesi se ne contrappone una di senso opposto secondo cui l'onerosità dovrebbe essere intesa come onere economico a carico della P.A., rinvenibile anche nelle ipotesi in cui il corrispettivo non sia direttamente erogato dall'Amministrazione, ma venga traslato a valle sulla stessa (di particolare interesse è la fattispecie dei contratti di brokeraggio o di *advisor*)<sup>8</sup>. Ne consegue in definitiva che la natura onerosa del contratto può essere esclusa solo per le stipulazioni che non prevedono alcun onere economico né diretto, né indiretto a carico della P.A. (c.d. contratti altruistici).

In ogni caso, la soluzione recepita dall'art. 19 del Nuovo codice dei contratti pubblici in merito ai contratti di sponsorizzazione è orientata nel senso di subordinare anche i c.d. contratti completamente gratuiti ai principi generali di correttezza, imparzialità e parità di trattamento (quanto meno alla stregua delle regole in tema di procedimento e motivazione ai sensi della legge n. 241/1990), ove la fattispecie contrattuale possa essere di interesse per il mercato.

#### 4.3. (Segue): la nozione di concessione pubblica e il confine mobile con gli appalti

*Distinzione  
'classica' tra  
appalto e con-  
cessione*

Tradizionalmente, si riteneva che il contratto d'appalto fosse un contratto di diritto privato fra una P.A. ed un privato appaltatore e che la concessione fosse un (mero) provvedimento amministrativo, per definizione traslativo di funzioni, potestà, compiti pubblici, caratterizzato da una componente di fiduciarità nella individuazione del soggetto reputato meritevole, tale da escludere la necessità dell'evidenza pubblica.

Questa impostazione a tutt'oggi risulta ormai superata.

Se da un lato, la legge n. 241/1990 obbliga sempre la Pubblica Amministrazione a rendere note le ragioni della propria preferenza in presenza di più aspiranti concessionari<sup>9</sup>, l'attuale sistema della contrattualistica pubblica introdotto con le Direttive 2014/23/UE, prima, e con il Nuovo codice dei contratti pubblici, poi, ha il pregio di delineare una disciplina unitaria ed organica di tale istituto e di prevedere un obbligo *generalizzato* di evidenza pubblica per le procedure di aggiudicazione dei contratti di concessione, secondo i principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità e di pubblicità.

*Nascita  
di una nozione  
europea  
di concessione*

La dicotomia fra concessione e contratto è stata pertanto messa in crisi – e definitivamente superata – dalla nozione europea di contratto di concessione pubblica, insensibile al dato formale del *nomen* dell'atto, ed invece attenta al

<sup>8</sup> Si v. T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 5 maggio 2011, n. 1177.

<sup>9</sup> Tale obbligo si traduce in un obbligo di evidenza pubblica *in senso lato*, e cioè di rispetto delle regole generali dell'azione amministrativa.



dato sostanziale del vantaggio competitivo che l'azione della P.A. può conferire ad un imprenditore, con la conseguente potenziale lesione della concorrenza. Infatti, confermando l'impostazione accolta all'art. 1 della direttiva n. 2004/18/CE<sup>10</sup>, sia la Direttiva 2014/23/UE del 26 febbraio 2014 che l'art. 3, comma 1, lett. uu) e vv) del D.Lgs. n. 50/2016 qualificano le concessione di lavori pubblici, così come quelle di servizi, come contratti a titolo oneroso in virtù dei quali le stazioni appaltanti affidano l'esecuzione di lavori o di servizi a fronte di un corrispettivo costituito unicamente dal diritto di gestire le opere o i servizi (eventualmente accompagnato da un prezzo), con l'assunzione da parte del concessionario del rischio operativo legato alla gestione.

In altri termini, il contratto di concessione rappresenta un tipico contratto di partenariato pubblico privato, caratterizzato, in quanto tale, da un coinvolgimento del privato nella *mission* pubblicistica; coinvolgimento ottenuto mediante allocazione dei costi dell'opera o del servizio in capo al privato ed attribuzione a questi del diritto di gestione, con rischio, tuttavia, a proprio carico.

Del resto, nel tentativo di delineare con maggiore chiarezza le nozioni di appalto e di concessione, la Commissione Europea, con la (oramai datata, ma sempre attuale) comunicazione interpretativa del 12 aprile 2000, aveva ritenuto che proprio il criterio del diritto di gestione consentisse di individuare alcuni tratti caratteristici della figura contrattuale di natura concessoria.

*Criterio del diritto di gestione e il concetto di rischio*

In primo luogo, la gestione implica il trasferimento della relativa responsabilità. Questa, a sua volta, investe sia gli aspetti tecnici che quelli economico-finanziari della gestione. In altri termini, l'alea tecnica, economica e finanziaria relativa alla gestione deve essere trasferita dall'Amministrazione al concessionario. Pertanto, se i poteri pubblici sopportano la maggior parte dell'alea garantendo, ad esempio, il rimborso dei finanziamenti, l'elemento rischio viene a mancare. Così, spetta al concessionario (e non alla P.A.) effettuare gli investimenti necessari affinché l'opera (ma ciò vale anche per il servizio) sia messa a disposizione dell'utenza di riferimento e, al contempo, sopportarne l'onere di ammortamento. E ancora, è il concessionario ad assumere i rischi inerenti alla gestione e all'uso abituale dell'opera, oltre a quelli propri dell'attività di costruzione (o, nel caso di servizio, di approntamento dello stesso).

In secondo luogo, il diritto di gestione consente al concessionario di percepire proventi dagli utenti (pedaggi, canoni, ecc.) per un determinato periodo di tempo coincidente con la durata della concessione. Di qui, un ulteriore elemento discrezionale rispetto all'appalto. Nella concessione, infatti, la parte privata non è remunerata direttamente dalla P.A., ma ottiene da questa il solo diritto di sfruttare l'opera realizzata, tramite la percezione dei relativi proventi da parte dell'utenza. In altre parole, nel vincolo sinalagmatico concedente-concessionario si inserisce un terzo soggetto (l'utente), il quale, usufruendo dell'opera, ne sosterrà, da ultimo, il costo di costruzione, remunerandone la gestione.

<sup>10</sup> Recepita nel diritto nazionale dall'art. 3, commi 11 e 12, del D.Lgs. n. 163/2006.

Le due figure sono quindi differenziate sulla base del concetto di rischio, collegato alla gestione dell'opera o del servizio, nonché in virtù del rapporto trilaterale che include anche l'utenza. Il concetto di rischio, in particolare, costituisce il centro della ricostruzione distintiva tra appalto e concessione. Il primo, infatti, non è definito per il risultato causale che le parti si sono prefisse (la costruzione di un'opera o la fornitura di un servizio), bensì per la circostanza che l'operazione si svolge, finanziariamente, a carico della stazione appaltante. La seconda, invece, si caratterizza proprio per l'assunzione (totale o comunque prevalente) dell'alea da parte del soggetto privato. Ne consegue che, in presenza di concessione, la P.A. è sollevata, in tutto o in parte, sia dall'onere finanziario, sia dal rischio di perdita economica derivabile dalla sua gestione.

*La gestione diretta e il rapporto trilaterale* La Corte di Giustizia, in un'importante sentenza pronunciata proprio su un caso italiano<sup>11</sup>, ha aggiunto che – per aversi concessione – la gestione dell'opera deve essere diretta. In altri termini, il rapporto concessorio deve rimanere trilaterale (P.A. – concessionario – utenza); non potendo trasformarsi il diritto di gestione in diritto a percepire un canone da parte di altro soggetto terzo che svolga l'attività gestoria, ossia in una sorta di “rendita” (P.A. – concessionario – gestore – utenza).

*La compensazione delle perdite* In un'altra pronuncia, pur riferendosi alla precedente direttiva n. 2004/17, la Corte di Giustizia ha chiarito che si ha ‘appalto’, e non ‘concessione di servizi’, quando risulta, tra l'altro, che il rischio di esposizione all'alea del mercato non venga assunto in misura rilevante dall'aggiudicatario essendo prevista la compensazione delle perdite del prestatore connesse all'esecuzione del contratto, riguardanti la parte dei costi connessi all'esecuzione dell'appalto di servizi di trasporto pubblico che ecceda gli introiti ottenuti, i costi generati dall'applicazione delle tariffe fissate dal committente, i costi venuti in essere nel caso in cui il committente applichi riduzioni tariffarie a determinate categorie di passeggeri e i costi connessi all'osservanza dei requisiti di qualità imposti dopo l'inizio della prestazione dei servizi. A tal fine, la Corte ha precisato che l'alea del mercato può tradursi nel rischio di concorrenza da parte di altri operatori, nel rischio di uno squilibrio tra domanda e offerta di servizi, nell'insolvenza dei soggetti che devono pagare il prezzo dei servizi forniti, nel rischio di mancata copertura delle spese di gestione mediante le entrate o, ancora, nella responsabilità per danni legati a carenze di servizio<sup>12</sup>.

*La proposta di nuova direttiva COM(2011)897* Cercando di sintetizzare l'evoluzione storica che, a livello nazionale, è intervenuta rispetto all'istituto della concessione, in primo luogo, le indicazioni contenute nella citata Comunicazione interpretativa della Commissione sono state riprese, quasi pedissequamente, nella Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri 1 marzo 2002, n. 3944, per cui: “in una concessione di lavori l'alea relativa alla gestione viene trasferita al concessionario che si assume il rischio economico, nel senso che la sua remunerazione dipende strettamente dai proventi che può trarre dalla fruizione dell'opera. Al contrario si è in presenza di un appalto pubblico di lavori quando il costo dell'opera grava

<sup>11</sup> Sentenza 13 novembre 2008, C-437/07.

<sup>12</sup> Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 10 novembre 2011, C-348/10.

*sostanzialmente sull'autorità aggiudicatrice e quando il contraente non si remunera attraverso i proventi riscossi dagli utenti”.*

Successivamente, nello stesso senso, si è espressa anche l'Autorità di Vigilanza con la determinazione 11 marzo 2010, n. 2 e con la deliberazione 14 maggio 2003, n. 100. In quest'ultima, in particolare, l'Autorità ha svolto un'attenta analisi sulle concessioni di opere c.d. “fredde”. In sintesi, pur rimanendo fermo il principio di carattere generale per cui la controprestazione a favore del concessionario consiste nel diritto di gestire e di sfruttare economicamente tutti i lavori realizzati (nel caso di specie si trattava, infatti, di una concessioni di lavori pubblici), il soggetto concedente può assicurare in vario modo il perseguimento dell'equilibrio economico-finanziario dell'intera operazione (ossia degli investimenti, della costruzione e della gestione). Alcuni esempi sono la cessione in proprietà o del diritto di godimento di beni immobili, la cui utilizzazione sia strumentale o connessa all'opera da affidare in concessione, ovvero la concessione di opere destinate all'utilizzazione diretta da parte della P.A. (in questa ipotesi, utenza e soggetto concedente coinciderebbero), ovvero stabilendo che la concessione abbia una durata superiore ai trenta anni.

In questo modo, l'organo di vigilanza ha riconosciuto la natura concessoria in una serie di operazioni ibride. In altri termini, ha affermato che l'istituto della concessione può essere utilizzato anche per la realizzazione di lavori che non producono in modo immediato un reddito per il concessionario (ossia le opere c.d. fredde), il quale realizza il proprio equilibrio economico-finanziario mediante lo sfruttamento economico di una parte differenziata dell'opera.

Sul fronte della giurisprudenza nazionale le conclusioni che sono state raggiunte non si discostano dall'interpretazione fornita dalla Commissione Europea. Secondo il Consiglio di Stato *“le concessioni, nel quadro del diritto comunitario, si distinguono dagli appalti non per il titolo provvedimentale dell'attività, né per il fatto che ci si trovi di fronte ad una vicenda di trasferimento di pubblici poteri o di ampliamento della sfera giuridica del privato, (che sarebbe un fenomeno tipico della concessione in una prospettiva coltivata da tradizionali orientamenti dottrinali), né per la loro natura autoritativa o provvedimentale rispetto alla natura contrattuale dell'appalto, ma per il fenomeno di traslazione dell'alea inerente una certa attività in capo al soggetto privato. Quando l'operatore privato si assume i rischi della gestione del servizio, percependone il corrispettivo dall'utente mediante la riscossione di un qualsiasi tipo di canone o tariffa, allora si ha concessione: è la modalità della remunerazione, quindi, il tratto distintivo della concessione dall'appalto di servizi. Così, si avrà concessione quando l'operatore si assuma in concreto i rischi economici della gestione del servizio, rifacendosi essenzialmente sull'utenza per mezzo della riscossione di un qualsiasi tipo di canone o tariffa, mentre si avrà appalto quando l'onere del servizio stesso venga a gravare sostanzialmente sull'amministrazione”*<sup>13</sup>.

*Nascita  
di una nozione  
nazionale  
di concessione*

<sup>13</sup> Così, v. Cons. Stato, Sez. V, 9 settembre 2011, n. 5068.

*Il nuovo codice  
dei contratti  
pubblici: l'art.  
165*

Infine, come accennato, il Nuovo codice dei contratti pubblici, nel delineare una disciplina organica ed unitaria sia per la concessione di lavori che per quella di servizi, ha definitivamente codificato (e confermato) l'elemento "rischio" e il connesso equilibrio economico-finanziario<sup>14</sup> delle concessioni all'art. 165, prevedendo infatti che: *"Nei contratti di concessione come definiti all'articolo 3, comma 1, lettere uu) e vv), la maggior parte dei ricavi di gestione del concessionario proviene dalla vendita dei servizi resi al mercato. Tali contratti comportano il trasferimento al concessionario del rischio operativo (...) riferito alla possibilità che, in condizioni operative normali, le variazioni relative ai costi e ai ricavi oggetto della concessione incidano sull'equilibrio del piano economico finanziario. Le variazioni devono essere, in ogni caso, in grado di incidere significativamente sul valore attuale netto dell'insieme degli investimenti, dei costi e dei ricavi del concessionario"*.

In aggiunta, occorre evidenziare che, rispetto alla previgente disciplina codicistica, il Nuovo codice ha provveduto a specificare chiaramente che i contratti di concessione si caratterizzano per il fatto che *"la maggior parte dei ricavi di gestione del concessionario proviene dalla vendita dei servizi resi al mercato e che tali contratti comportano il trasferimento al concessionario del rischio operativo"*<sup>15</sup>. Il rischio cui si riferisce l'articolo in parola concerne, come evidenziato, la possibilità che, in condizioni di mercato normali, le variazioni relative ai costi e ricavi oggetto della concessione possano incidere sull'equilibrio del piano economico-finanziario e impattare significativamente sul valore attuale netto dell'insieme degli investimenti, dei costi e dei ricavi preventivati dal concessionario.

#### *4.4. Le figure di confine tra appalti e concessioni: i partenariati pubblico privato e, in particolare, il contratto di disponibilità e quello di sponsorizzazione*

*Il contratto  
di disponibilità*

Il confine mobile tra la figura dell'appalto e quella della concessione è stato poi ulteriormente sfumato dall'introduzione del contratto di disponibilità tra le forme di partenariato pubblico privato di cui possono avvalersi le Amministrazioni per soddisfare le proprie esigenze negoziali. I partenariati pubblico privati sono infatti un insieme – peraltro assai variegato – di strumenti negoziali, accomunati dalla caratteristica di avere ad oggetto un complesso di attività consistenti nella

<sup>14</sup> Ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. fff) del D.Lgs. n. 50/2016, per nuovo "equilibrio economico e finanziario", si intende *"la contemporanea presenza delle condizioni di convenienza economico 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"*.

<sup>15</sup> Cfr. artt. 3, comma 1, lett. zz) e 165, comma 1 del Nuovo codice.