

Tema n. 31

Tratti il candidato dell'autonomia negoziale e dell'attività contrattuale delle PP.AA., anche alla luce del nuovo Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, con cenni al contenzioso ed al riparto di giurisdizione

di Donato Antonucci

Schema di trattazione

- ✓ *Autonomia negoziale e amministrazione consensuale*
- ✓ *Procedure di evidenza pubblica e attività contrattuale delle pubbliche amministrazioni alla luce del nuovo Codice dei contratti*
- ✓ *Contenzioso e riparto di giurisdizione*
- ✓ *Rassegna giurisprudenziale*

Riferimenti normativi: art. 97 Cost.; R.D. 18-11-1923, n. 2440; R.D. 23-5-1924 n. 827; L. 7-8-1990, n. 241 (artt. 1, 11, 15); L. 21-7-2000, n. 205 (art. 6); D.Lgs. 18-8-2000, n. 267 (art. 34); D.Lgs. 12-4-2006, n. 163 (Codice de Lise)

✓ ***Autonomia negoziale e amministrazione consensuale***

Nell'ambito della loro attività istituzionale, oltre ai tradizionali strumenti di tipo pubblicistico, tutte le amministrazioni possono fare ricorso a forme negoziali di natura privatistica, che spesso rappresentano il mezzo più idoneo e completo per il perseguimento dell'interesse pubblico del quale ognuna di esse è portatrice, secondo le relative sfere di competenza, come attribuite dalla legge e delineate a livello statutario.

L'interesse pubblico è, infatti, pur sempre la finalità precipua e comune ad entrambe le sfere di attività della pubblica amministrazione e rappresenta espressione dei principi di buon andamento ed imparzialità sanciti espressamente dall'art. 97 Cost., come pure di quelli, che ne costituiscono derivazione, di efficacia, economicità, pubblicità e trasparenza dell'azione amministrativa, oggi positivamente indicati dall'art. 1 della L. 241/1990, nel testo introdotto dalla L. 11-2-2005, n. 15. Quest'ultima, tra i principi regolatori dell'attività amministrativa, richiama, inoltre, espressamente quelli rivenienti dall'ordinamento comunitario, in larga parte frutto del-

l'elaborazione giurisprudenziale della Corte di Giustizia. Tra questi, la dottrina segnala in particolare quello di proporzionalità, corrispondente al nostro principio di ragionevolezza — in base al quale ogni misura adottata dalla pubblica amministrazione ed incidente su posizioni di privati deve essere commisurata agli obiettivi che si intendono conseguire — e quello del legittimo affidamento, che assume rilievo soprattutto nei provvedimenti di autotutela e che concretamente si traduce nella previsione di un indennizzo da assicurare al privato nei casi in cui l'autorità amministrativa lo privi di una situazione di vantaggio in precedenza riconosciutagli.

Pur rappresentando scopo comune il perseguimento del pubblico interesse, in larga parte diversa risulta essere la posizione che l'amministrazione può assumere nei confronti dei terzi, a seconda che venga ad agire in ambito prettamente pubblicistico, ovvero privatistico.

Nel primo caso la pubblica amministrazione, operando quale soggetto esponentiale dei propri amministrati con esclusivo ricorso a poteri pubblici (*iure imperii*), si trova in condizione di supremazia rispetto ai singoli cittadini, che a tali poteri sono assoggettati e la cui posizione può essere unilateralmente modificata dall'amministrazione nel legittimo esercizio della sua potestà. Ciò in ragione della preminenza del soddisfacimento o della salvaguardia degli interessi di volta in volta direttamente perseguiti e quindi della necessità che la sua azione sia connotata da una indispensabile autoritarità. Si pensi, ad esempio, all'adozione di atti concessori o di tipo ablatorio o di attribuzione di determinati benefici economici, ovvero all'emanazione di provvedimenti impositivi di vincoli di tutela paesaggistica o storico-artistica.

Viceversa, nella seconda ipotesi, l'attività dell'amministrazione risulta sostanzialmente strumentale al raggiungimento di un interesse pubblico, come nel caso dell'acquisto di beni o servizi indispensabili per il funzionamento dell'ente; o, ancora, come nell'eventualità di cessione o locazione di beni mobili o immobili, finalizzata al reperimento di fondi necessari per l'espletamento della propria attività istituzionale. In questa evenienza la P.A. procede, infatti, per procurare direttamente a sè stessa determinate utilità e si trova ad operare su un piano paritetico rispetto al soggetto privato, nei cui confronti non riveste una posizione preminente, né esercita alcuna potestà, essendo dotata dei medesimi diritti e doveri ed operando secondo regole di diritto comune (*iure privatorum o iure gestionis*).

L'attività negoziale propriamente detta va, peraltro, tenuta concettualmente distinta dalla cosiddetta «amministrazione per accordi», cioè quella modalità di esercizio dell'azione amministrativa che può vedere coinvolti più soggetti pubblici, come si verifica innanzitutto nell'ipotesi degli accordi di programma — già previsti dall'art. 27 della L. 142/1990, di riforma dell'ordinamento delle autonomie locali, norma oggi trasfusa nell'art. 34, D.Lgs. 267/2000. L'accordo in questione si traduce, infatti, in un provvedimento amministrativo, che viene raggiunto all'esito di una conferenza indetta in vista della realizzazione di opere o inter-

venti che richiedano l'azione coordinata di uno o più enti locali, regioni, amministrazioni statali o altri soggetti pubblici. La conferenza può essere promossa dal presidente della regione, della provincia o dal sindaco, a seconda della competenza istituzionale primaria in relazione alla tipologia di opera o di intervento che si intende realizzare ed alla stessa è possibile invitare anche soggetti privati. Questi ultimi, pur non concorrendo alla formazione della decisione finale, possono, comunque, svolgere un ruolo collaborativo attraverso le loro osservazioni e proposte. Conseguentemente, come chiarito dalla Suprema Corte, si tratta di uno strumento che non contempla nell'*iter* formativo del provvedimento alcuna concreta partecipazione dei privati, che potranno essere eventualmente coinvolti nell'esecuzione dell'opera o dell'intervento.

Distinta tipologia, che prevede espressamente la collaborazione di soggetti pubblici e privati, è quella degli accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento, peculiare modello di «amministrazione consensuale» e possibile momento culminante delle forme partecipative contemplate dalla L. 241/1990.

Ambedue sono disciplinati dall'art. 11 di tale legge, che individua i primi come strumento atipico e di carattere generale, attraverso il quale la P.A. concorda il contenuto dell'atto conclusivo del procedimento con il privato, in accoglimento delle osservazioni o proposte da questi presentate nel corso dell'*iter* procedurale. Ai secondi è, invece, possibile far ricorso unicamente nei casi espressamente previsti da norme di legge. Esempi tipici di accordo sostitutivo sono la convenzione di lottizzazione o l'atto di cessione volontaria di un bene interessato da una procedura espropriativa.

Ad entrambe le forme di accordo la norma in parola dispone che si applichino, se non diversamente previsto ed in quanto compatibili con il loro oggetto, «*i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti*».

Una tale previsione ha aperto un ampio dibattito sulla natura giuridica degli accordi disciplinati dall'art. 11 cit., rispetto alla quale si sono contrapposte due teorie.

La prima ne esalta il contenuto privatistico e tende ad escludere che, dopo la sua conclusione, permanga in capo alla P.A. il potere di assumere unilateralmente atti contrastanti con l'accordo raggiunto o volti alla sua totale o parziale disapplicazione.

La seconda tesi, di stampo pubblicistico e più condivisibile, vede negli accordi solo una modalità di esercizio dell'azione amministrativa, rispetto alla quale il privato resta pur sempre titolare di una posizione soggettiva di interesse legittimo. A favore di questo orientamento viene evidenziato sia un elemento lessicale, essendosi servito il legislatore del termine «accordo» in luogo di «contratto», sia la circostanza che la norma opera un rinvio non alle «norme», bensì ai «principi» del codice civile; e ciò, oltretutto, all'espressa condizione che detti principi risultino compatibili con l'oggetto dell'accordo e con l'interesse pubblico perseguito attraverso di esso. In questa prospettiva viene coerentemente letta anche la previsione contenuta nel quarto comma del citato art. 11, la quale, proprio in ragione di so-

pravvenuti motivi di interesse pubblico, riconosce all'amministrazione la facoltà di recedere unilateralmente dall'accordo raggiunto col privato, salvo l'obbligo di riconoscergli un indennizzo — e non anche un risarcimento — per i pregiudizi eventualmente patiti. È questa una evidente applicazione del principio di derivazione comunitaria di «legittimo affidamento» che, al pari degli altri in precedenza richiamati, deve regolamentare nel suo complesso l'attività amministrativa e, dunque, ispirare l'azione della P.A. anche nei suoi rapporti con i terzi.

A corroborare ulteriormente la tesi pubblicistica sembrano volte, altresì, le modifiche apportate alla norma in questione dalla L. 11-2-2005, n. 15, la quale, tra l'altro, ha aggiunto, all'art. 11, il comma *4bis*. Qui si prescrive che la stipulazione degli accordi debba sempre essere preceduta da una determinazione dell'organo cui spetterebbe l'adozione del provvedimento finale e ciò al fine di garantire l'imparzialità ed il buon andamento dell'azione amministrativa. La previsione sembra, dunque, non solo ribadire che la finalità degli accordi è quella di perseguire l'interesse pubblico, ma anche affermare la necessità che gli elementi di un tale interesse debbano essere chiaramente enunciati in un atto prodromico alla conclusione dell'accordo, vuoi integrativo, vuoi sostitutivo del provvedimento.

Le eventuali controversie concernenti la formazione, la conclusione e l'esecuzione degli accordi rientrano nella cognizione del giudice amministrativo, alla cui giurisdizione esclusiva le assegna l'ultimo comma dell'art. 11 citato.

A tale specifico riguardo va, peraltro, evidenziato che, stante il riferimento operato dall'art. 15 della L. 241/1990 a tutte le tipologie di accordo conclusi tra pubbliche amministrazioni, alla medesima giurisdizione esclusiva deve ricondursi anche ogni questione relativa agli accordi conclusi tra soggetti pubblici ai sensi dell'art. 34, D.Lgs. 267/2000.

La circostanza che l'art. 11 devolva alla giurisdizione esclusiva anche le questioni concernenti la fase esecutiva dell'accordo — e quindi del rapporto regolato dall'accordo medesimo — sembra viepiù confermare la richiamata tesi pubblicistica, posto che, come oltre si dirà, nell'attività contrattuale propriamente detta è generalmente il giudice ordinario a conoscere delle vicende successive alla conclusione del negozio.

✓ ***Procedure di evidenza pubblica e attività contrattuale delle pubbliche amministrazioni alla luce del nuovo Codice dei contratti***

La generale possibilità per le pubbliche amministrazioni di far ricorso a strumenti contrattuali è da lungo tempo contemplata dal nostro ordinamento e trova la sua originaria regolamentazione nella legge generale di contabilità dello Stato e nel relativo regolamento di esecuzione — approvati, rispettivamente, con R.D. 18-11-1923, n. 2440 e con R.D. 23-5-1924 n. 827 —, il cui ambito applicativo è stato progressivamente esteso dalla giurisprudenza anche alle altre amministrazioni. Qui si dispone, infatti, che si debba provvedere con contratti «a tutte le

forniture, trasporti, acquisti, alienazioni, affitti o lavori riguardanti, le varie amministrazioni e i vari servizi dello Stato» e che la stipula di tutti i contratti che comportino un'entrata o una spesa per l'amministrazione debba essere preceduta da una gara, la cui tipologia varia a seconda dell'oggetto (pubblici incanti, licitazione, trattativa privata).

Al riguardo la dottrina ha operato una suddivisione tipologica di larga massima, distinguendo i contratti amministrativi o di diritto pubblico, da quelli di diritto privato, cui la P.A. può fare ricorso nei casi contemplati dalla legge. Comune in entrambi i casi è la fase formativa, che segue le regole dell'evidenza pubblica — più o meno articolate e di cui si dirà oltre —, ma diversa è la disciplina sostanziale del rapporto, che nei primi attinge prevalentemente alla fonte pubblicistica — come nell'ipotesi degli appalti di lavori o dei contratti di forniture —, nei secondi sostanzialmente non si discosta da quella prevista dal codice civile per le singole fattispecie negoziali, quali la compravendita, la locazione, il mutuo, etc..

Per i contratti di tipo privatistico dottrina e giurisprudenza hanno, tuttavia, individuato una serie di deroghe rispetto alla disciplina di diritto comune, quali, ad esempio: l'obbligatorietà della forma scritta, sempre imposta a pena di nullità; l'esclusione del rinnovo tacito del contratto ed il divieto della sua cessione; il tendenziale divieto di compensazione dei crediti; le disposizioni regolatrici della liquidazione ed esigibilità del credito e sulla decorrenza degli interessi. Anche l'applicabilità delle norme sulle clausole vessatorie era stata originariamente esclusa, in considerazione del fatto che l'operato del soggetto pubblico è costituzionalmente ispirato a principi di correttezza ed imparzialità. Ciò sino all'intervento delle note pronunce della Suprema Corte (n. 4832/1984) e della Consulta (n. 61/1988), a seguito delle quali anche la P.A. è stata ritenuta *«per principio, soggetta alle norme del codice civile «quando utilizza gli schemi del diritto privato facendo uso della sua capacità privatistica che ha in comune con qualsiasi altro soggetto»»*. È stata, quindi, affermata l'infondatezza della questione di legittimità costituzionale degli art. 1341 e 1342 c.c., ove siano interpretati nel senso di escludere l'operatività della disciplina relativa alla sottoscrizione delle clausole vessatorie ai contratti stipulati dalla pubblica amministrazione.

L'applicabilità della disciplina privatistica è stata, poi, positivamente riconosciuta dall'art. 1 della L. 241/1990, nel testo introdotto dalla L. 15/2005, ed inserita tra i principi dell'attività amministrativa. La norma in parola, al comma *1bis*, dispone infatti che *«la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente»*.

La nuova disposizione viene letta da alcuni autori come un mutamento epocale per l'azione amministrativa, imponendo il diritto privato come regola e non come eccezione, in tutti i casi in cui l'attività delle pubbliche amministrazioni non sia interamente disciplinata da norme di diritto pubblico e non costituisca espressione

di poteri pubblicistici connotati da imperatività. Altri ne hanno ridimensionato la portata innovativa, evidenziando come l'amministrazione non risulti, comunque, affrancata dalla necessità che il suo agire persegua in ogni caso il pubblico interesse e rimanga pur sempre caratterizzato da un «vincolo di scopo», ancorché l'azione sia soggetta alle regole del diritto comune, con ogni relativa conseguenza correlata al piano di pariteticità su cui verranno a svolgersi i rapporti tra la medesima amministrazione ed i terzi.

In questa seconda prospettazione non deve trascurarsi la circostanza che la previsione di che trattasi sia stata inserita dal legislatore tra i principi generali dell'attività amministrativa e non può, quindi, essere letta disgiuntamente dagli altri criteri che la regolamentano nel suo complesso. Ne deriva che anche l'attività amministrativa di natura non autoritativa e perciò tendenzialmente retta da disposizioni di diritto privato, deve svolgersi nel rispetto dei canoni costituzionali e di derivazione comunitaria prima richiamati e posti a garanzia del pubblico interesse.

Quest'ultimo, anche dopo le modifiche alla legge generale sul procedimento, si conferma, pertanto, quale forte elemento di differenziazione tra la posizione giuridico-soggettiva del privato, che persegue scopi prettamente personalistici, e quella delle pubbliche amministrazioni, le cui attività risultano comunque direttamente o indirettamente collegate alla cura degli interessi a queste assegnati per legge e rientranti nei rispettivi ambiti di competenza.

Una tale diversificazione di posizioni e l'obbligo di rispettare criteri quali quelli di pubblicità e trasparenza, si manifesta già nel momento formativo del rapporto contrattuale, essendo le varie amministrazioni tenute all'espletamento di procedure di evidenza pubblica. Si tratta di quell'insieme di fasi attraverso cui si snoda il procedimento amministrativo complesso volto alla formazione della volontà negoziale delle pubbliche amministrazioni. In passato prevista solo per i contratti stipulati da organi statali, ma in seguito progressivamente estesa alle altre amministrazioni, anche l'originaria disciplina della procedura di evidenza pubblica era contenuta nella legge generale di contabilità dello Stato e nel relativo regolamento di esecuzione, prima richiamati ed ancora oggi in parte applicabili.

I passaggi della procedura, che ha avuto molteplici evoluzioni normative, da ultimo confluite nel nuovo Codice (D.Lgs. 163/2006), che ha doverosamente recepito le direttive CE nn. 2004/17 e 2004/18, possono così sinteticamente individuarsi.

Momento iniziale è quello della delibera a contrattare, che viene assunta dagli organi a ciò preposti all'interno di ciascun ente e nella quale vanno indicati sia lo scopo che con il contratto si intende raggiungere, che le modalità attraverso le quali tale scopo viene perseguito, tra le quali i criteri di scelta del contraente cui si farà ricorso ed i requisiti che questi dovranno possedere per la partecipazione alla procedura. Nel medesimo atto deliberativo sono, altresì, indicati l'oggetto del contratto (di lavori, di fornitura di beni o di servizi, etc.), nonché il suo importo eco-

nomico (superiore o inferiore alla soglia comunitaria), entrambi elementi condizionanti il tipo di procedura selettiva. Verranno, altresì, indicate le eventuali clausole ritenute essenziali per l'amministrazione contraente. A tal fine, con la delibera a contrarre, viene usualmente approvato anche lo schema contrattuale che andrà a regolare il rapporto. Esso potrà riguardare un singolo e specifico negozio, ovvero una pluralità di negozi aventi il medesimo oggetto, venendo così a definire gli elementi di un contratto-tipo, che disciplinerà per il futuro analoghi rapporti contrattuali. La predisposizione degli schemi di contratti-tipo, la cui approvazione è in talune ipotesi subordinata a parere obbligatorio del Consiglio di Stato (è il caso contemplato dall'art. 17, co. 25, L. 15-5-1997, n. 127, di schemi predisposti da uno o più ministri), viene effettuata dalla P.A. in modo totalmente autonomo e senza alcuna partecipazione del contraente privato, tanto da configurare una sorta di contratto per adesione, rispetto al quale si era posta la questione, cui in precedenza si è fatto cenno, dell'applicabilità delle disposizioni in tema di clausole vessatorie di cui agli artt. 1341 e 1342 c.c.

Si pensi, in proposito, a procedure assai comuni in tutte le amministrazioni, quali quelle volte all'affidamento di un incarico professionale — ad esempio, il mandato ad un legale per la rappresentanza in giudizio di un ente — in cui al professionista venga prospettata quale imprescindibile condizione l'accettazione dei minimi tariffari.

Sul punto deve, comunque, segnalarsi come le amministrazioni, specie nelle procedure più complesse, non siano sempre assolutamente libere nel predeterminare il contenuto del contratto, essendo vincolate all'osservanza di svariate norme pubblicistiche, tra cui quelle concernenti gli obblighi di bilancio e di programmazione delle opere pubbliche, nonché, per taluni ambiti, al rispetto dei cosiddetti capitoli d'oneri. Questi contengono la disciplina di dettaglio e tecnica di uno specifico rapporto o di una generalità di rapporti analoghi e vengono, perciò, definiti capitoli speciali, ovvero generali. Ai primi viene riconosciuta natura negoziale, con conseguente operatività delle norme privatistiche sulle clausole onerose. Una tale operatività viene, invece, esclusa per i secondi, cui è attribuita valenza normativa di rango regolamentare ed efficacia *erga omnes*, come nel caso del capitolato generale di appalto per le opere pubbliche. Ciò quantomeno con riferimento agli organi statali, mentre per gli enti pubblici diversi dallo Stato, risulta applicabile soltanto per espressa e specifica disposizione di legge, ovvero nel caso in cui le parti lo abbiano richiamato per regolare il singolo rapporto contrattuale.

In quest'ultima evenienza anche un capitolato generale rivestirà mera valenza negoziale, con ogni intuibile conseguenza sulla operatività e modificabilità delle relative clausole.

In tale prospettiva si segnala come la relazione all'art. 5 del nuovo Codice dei contratti — posto nel Titolo dedicato ai principi e disposizioni comuni — affermi che, in una logica di semplificazione, deve essere eliminato il carattere normativo

dei capitolati, che dovranno considerarsi atti contrattuali di tipo facoltativo e risultare pertanto vincolanti solamente se — e nella misura in cui — essi vengano poi trasfusi nei contratti stipulati tra P.A. e privato, tramite menzione della loro operatività da inserire nel bando o nella lettera di invito.

Seconda fase della procedura di evidenza pubblica è quella della scelta del contraente, differenziata e variamente articolata in ragione dell'oggetto dei possibili contratti. Per ciò che concerne quelli assoggettati alla disciplina del nuovo Codice e sulla base delle definizioni ivi contenute all'art. 3, può operarsi una suddivisione tra procedure aperte, ristrette o negoziate. Le prime sono quelle procedure in cui ogni operatore economico interessato può presentare una offerta all'amministrazione. Alle seconde tutti gli operatori economici possono chiedere di partecipare, ma potranno presentare offerta soltanto quelli invitati dalle stazioni appaltanti. Particolare figura è quella del «dialogo competitivo», procedura cui è possibile far ricorso in caso di appalti particolarmente complessi e nella quale l'amministrazione avvia un dialogo con i candidati ammessi alla stessa, al fine di elaborare una o più soluzioni che possano soddisfare le sue necessità e sulla base della quale o delle quali i candidati selezionati saranno invitati a presentare le offerte. Le procedure negoziate sono, invece, quelle in cui le stazioni appaltanti consultano gli operatori economici da loro scelti e negoziano con uno o più di essi le condizioni dell'appalto.

Qualunque sia il criterio di selezione del contraente prescelto dalla P.A., alla procedura verranno date adeguate forme di pubblicità, anche in questo caso differenti a seconda della tipologia del contratto e del suo importo economico, a garanzia della correttezza, economicità ed imparzialità dell'azione amministrativa, formalmente richiamate dall'art. 2 del nuovo Codice; nonché a tutela della concorrenza, principio basilare contenuto nel Trattato della Comunità Europea ed anch'esso richiamato dall'art. 1 del medesimo Codice.

Si segnala al riguardo che la magistratura erariale ha di recente rimarcato la necessità che la P.A. si attenga al principio della buona fede nelle trattative e nella formazione del contratto, la cui violazione può determinare responsabilità amministrativa a titolo di dolo contrattuale.

La procedura di evidenza pubblica si conclude con l'aggiudicazione, atto non immediatamente efficace, divenendo tale unicamente a seguito del positivo espletamento dei controlli previsti da varie disposizioni normative. Solo successivamente all'acquisizione dell'efficacia sarà possibile procedere alla stipulazione del contratto, che potrà avvenire mediante atto pubblico notarile, o forma pubblica amministrativa a cura dell'ufficiale rogante dell'amministrazione aggiudicatrice, ovvero mediante scrittura privata. Il nuovo Codice prevede anche una stipulazione in forma elettronica, da redigersi secondo le norme vigenti per ciascuna stazione appaltante.

Sino al momento della stipulazione anche il nuovo Codice riconosce alla P.A. la possibilità di far ricorso ai propri poteri di autotutela *«nei casi consentiti dalle*

norme vigenti». Si ritiene al riguardo che un utile rinvio possa farsi a quanto previsto dal combinato disposto degli articoli 21^{octies} e 21^{nonies} della L. 241/1990, nel testo introdotto dalla L. 15/2005, che, in via generale, ammettono l'annullabilità del provvedimento, anche d'ufficio, laddove l'atto risulti assunto in violazione di legge o viziato da eccesso di potere o da incompetenza. Ciò sempreché sussistano ragioni di pubblico interesse e l'annullamento sia disposto entro un termine ragionevole e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati.

Dopo la sua sottoscrizione il contratto è sottoposto alla condizione sospensiva dell'esito positivo dell'approvazione e degli altri controlli eventualmente previsti da norme interne delle stazioni appaltanti o degli enti aggiudicatori. Solo dopo l'espletamento di tali controlli l'esecuzione del contratto potrà avere inizio, salvo casi di comprovata urgenza, per i quali sarà possibile la sua esecuzione anticipata.

Si segnala come le procedure di evidenza pubblica appena descritte, nell'ambito di operatività del nuovo Codice dei contratti, si applichino non solo alle amministrazioni statali ed agli enti pubblici territoriali e loro unioni o associazioni o consorzi, ma altresì ad enti pubblici non economici e ad altri organismi di diritto pubblico. Si tratta di organismi che possono essere istituiti in forma societaria e dotati di personalità giuridica, la cui attività è finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico, oppure la cui gestione sia sottoposta al controllo dei medesimi soggetti pubblici. Le regole dell'evidenza pubblica possono trovare applicazione anche nei confronti di soggetti privati, specie laddove si trovino ad operare in virtù di diritti speciali o esclusivi concessi loro da una pubblica autorità.

✓ **Contenzioso e riparto di giurisdizione**

Le controversie concernenti l'attività contrattuale della pubblica amministrazione possono insorgere in un momento antecedente o successivo alla conclusione della procedura di evidenza pubblica. Un tale momento assume particolare rilievo poiché segna in linea generale il punto di discriminare ai fini dell'individuazione dell'autorità giurisdizionale chiamata ad esaminarle. Al giudice amministrativo spetta, infatti, la cognizione delle vicende antecedenti alla conclusione del contratto e comunque relative alla procedura di scelta del contraente, la cui posizione ha in questa fase ancora consistenza di interesse legittimo. Così, a titolo esemplificativo, andranno rivolte alla magistratura amministrativa problematiche quali quelle della non ammissione o dell'esclusione da una gara di appalto o l'erata attribuzione di punteggi e valutazione di titoli o di requisiti del partecipante.

Al giudice ordinario, secondo l'ormai pacifico orientamento della Suprema Corte, spetta invece normalmente la giurisdizione sulle questioni insorte successivamente alla stipula del contratto o in qualunque modo inerenti alla fase esecutiva del rapporto, nella quale non hanno incidenza poteri discrezionali ed autoritativi

della pubblica amministrazione, e che pertanto coinvolge l'esame di diritti soggettivi. È questo il caso delle modifiche operate al rapporto dalla P.A. in modo unilaterale, oppure le ipotesi di omessa o ritardata esecuzione di pagamenti di corrispettivi.

Alla magistratura ordinaria apparteneva anche la giurisdizione in ordine alla proposizione di domande per l'attribuzione di indennizzo per arricchimento senza causa *ex art. 2041 c.c.*, nonché le azioni di accertamento della responsabilità precontrattuale *ex art. 1337 c.c.* riferibili a procedura di affidamento di appalto pubblico. Queste ultime, tuttavia, sono riservate alla cognizione del giudice amministrativo se proposte successivamente al 10 agosto 2000, data di entrata in vigore della L. 205/2000, il cui art. 6 ha assegnato alla giurisdizione esclusiva di tale giudice tutte le controversie relative a procedure di affidamento di lavori, servizi o forniture espletate da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente, all'osservanza delle regole dell'evidenza pubblica ed all'applicazione della normativa comunitaria.

Al riguardo il Consiglio di Stato ha avuto modo di precisare che l'applicabilità della norma in parola presuppone essersi in presenza di una procedura di evidenza pubblica per la quale debba necessariamente osservarsi la normativa comunitaria. In questo senso ha ritenuto, quindi, che rientrasse nella giurisdizione dell'A.G.O. la controversia relativa all'aggiudicazione di un appalto di importo inferiore alla soglia comunitaria, indetto da una società controllata da un ente locale. Dello stesso avviso anche talune pronunce dei giudici amministrativi di primo grado, che hanno evidenziato come la circostanza che una pubblica amministrazione, pur non essendone obbligata, abbia liberamente preferito ricorrere ad una procedura simile a quella di evidenza pubblica non solo non è circostanza sufficiente a radicare la giurisdizione esclusiva, ma addirittura lascerebbe la stazione appaltante irragionevolmente arbitra di scegliersi in prospettiva il proprio giudice.

Una questione di tal fatta non dovrebbe più porsi con l'entrata in vigore del nuovo Codice che, come si legge nella relazione introduttiva, disciplina i profili relativi al contenzioso in maniera unitaria per tutti i settori e senza operare distinzioni tra gli appalti sopra e sotto soglia.

Il recente Codice dedica varie norme al contenzioso, la più significativa delle quali è l'art. 244, in cui risulta trasfuso anche l'art. 6 della L. 205/2000 in tema di giurisdizione esclusiva. Tale disposizione assegna al giudice amministrativo la piena cognizione di tutte le controversie concernenti le procedure e gli atti di affidamento di contratti pubblici di lavori, servizi, forniture, ancorché non previsti dal medesimo testo normativo, purché poste in essere da soggetti tenuti in ogni caso all'applicazione dei relativi principi e norme, comunitarie, nazionali o regionali, nella scelta del contraente o del socio. In tali controversie vengono espressamente ricomprese anche quelle di natura risarcitoria, nonché quelle relative al divieto di rinnovo tacito dei contratti.

Nulla viene innovato con riferimento alla fase di esecuzione del rapporto, le cui controversie restano, quindi, devolute al giudice ordinario.

Altra previsione di rilievo è quella contenuta nell'art. 245, in tema di strumenti di tutela, che ha innanzitutto esteso l'applicazione dei rimedi cautelari contemplati dalla L. 1034/1971, istitutiva dei T.A.R., e le disposizioni in tema di esecutività delle sentenze e di ottemperanza al giudicato contenute nella medesima legge. La norma in questione inoltre, anche per far fronte alla condanna dell'Italia in sede comunitaria, ha introdotto la tutela cautelare *ante causam* per i processi aventi ad oggetto procedure di affidamento. Il terzo comma stabilisce, infatti, che nei casi di eccezionale gravità ed urgenza, tali da non consentire neppure la previa notifica del ricorso e la richiesta di misure cautelari di cui all'art. 21 della L. 1034/1971, il ricorrente possa proporre apposita istanza per l'adozione di misure interinali e provvisorie che appaiono indispensabili durante il tempo occorrente per la proposizione del ricorso di merito e della relativa domanda cautelare.

Un ultimo richiamo va effettuato all'art. 241 del Codice, che ha operato una unificazione delle previgenti discipline in tema di arbitrato contenute nell'art. 32, della cd. Legge Merloni, (L. 109/1994), e nell'art. 6 della L. 205/2000. L'arbitrato era stato ammesso per tutte le controversie su diritti soggettivi, derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture, concorsi di progettazione e di idee, stabilendosi che, salvo diverse ed esplicite previsioni derogatorie, ai giudizi arbitrali si applicassero le disposizioni del codice di procedura civile.

Le disposizioni in tema di arbitrato sono state tuttavia recentemente innovate dalla legge 24-12-2007, n. 244 (finanziaria per l'anno 2008), il cui articolo 3, co. 19, ha sancito il divieto per tutte le pubbliche amministrazioni e le società interamente o in misura maggioritaria possedute dalle PP.AA., di inserire clausole compromissorie all'interno di contratti stipulati aventi ad oggetto lavori, forniture e servizi, ovvero di sottoscrivere compromessi in relazione a tali contratti. La medesima norma ha previsto altresì che le clausole compromissorie o i compromessi sono nulli e che il loro inserimento o sottoscrizione determina responsabilità erariale per i responsabili dei relativi procedimenti.

Per i contratti aventi ad oggetto lavori, forniture e servizi già sottoscritti dalle Amministrazioni alla data di entrata in vigore della legge e per le cui eventuali controversie i collegi arbitrali non si fossero ancora costituiti alla data del 30-9-2007, le PP.AA. e le società dalle stesse partecipate hanno l'obbligo di declinare la competenza arbitrale, ove tale facoltà sia già espressamente prevista nelle clausole contrattuali.

Per i collegi arbitrali eventualmente già costituiti tra il 30-9-2007 e la data di entrata in vigore della legge, l'art. 3, co. 21, della finanziaria 2008 ha disposto inoltre che gli stessi decadano automaticamente, rimanendo integralmente compensate tra le parti le relative spese di funzionamento.

L'intervento legislativo appena delineato ha subito però un primo rinvio già con l'art. 15 del D.L. n. 248 del 31.12.2007, convertito nella legge 28-2-2008, n. 31, ove si stabilisce che le disposizioni sopra richiamate divengano operative a far data dall'1-7-2008. La medesima norma ha inoltre rinviato, dal 30-9-2007 al 30-6-2008, anche l'operatività della disposizione che impone alle amministrazioni di declinare la competenza arbitrale. Tale rinvio viene motivato dalla disposizione in attesa di devolvere le controversie alle apposite sezioni specializzate previste dall'art. 1 del D.Lgs. n. 168/2003, che ha stabilito l'istituzione, presso i tribunali e le corti d'appello di Bari, Bologna, Catania, Firenze, Genova, Milano, Napoli, Palermo, Roma, Torino, Trieste e Venezia, di sezioni specializzate in materia di proprietà industriale ed intellettuale.

Un ulteriore rinvio delle disposizioni della finanziaria è stato recentemente disposto dall'articolo 8 del D.L. 113 del 30-6-2008, che ha differito tutti i termini in questione «*fino alla data di entrata in vigore delle disposizioni di legge di attuazione della devoluzione delle competenze ivi prevista*», cioè sino alla concreta attuazione della norma istitutiva delle sezioni specializzate.

La mancata conversione in legge del citato D.L. 113/2008 ha indotto il legislatore ad intervenire nuovamente sull'argomento, disponendo un nuovo differimento dei termini previsti dalle citate normative susseguitesi nel tempo, mediante l'adozione della L. 2-8-2008, n. 129 di conversione, con modificazioni, del D.L. 3-6-2008, n. 97. In particolare, la L. 129/2008 ha introdotto nel testo del D.L. 97/2008, recante «Disposizioni urgenti in materia di monitoraggio e trasparenza dei meccanismi di allocazione della spesa pubblica, nonché in materia fiscale e di proroga dei termini», l'art. 4*bis*, che, in tema di arbitrato, al punto 12, ha normativizzato l'ipotesi di differimento già prevista dall'art. 8 del precedente D.L. 113/2008.

Nello specifico, quindi, il divieto *de quo*, previsto dall'art. 3 della L. 244/2007 è sospeso, in virtù del differimento dei termini operato prima con il D.L. 248/2007 e poi con il D.L. 97/2008, fino all'attivazione delle citate sezioni specializzate, ovvero «*fino alla data di entrata in vigore delle disposizioni di legge di attuazione della devoluzione delle competenze ivi prevista e comunque non oltre il 31 dicembre 2008*» (art. 4*bis*, D.L. 97/2008, conv. in L. 129/2008 comportante, quindi, una modifica indiretta dell'art. 15 D.L. 248/2007).

Rassegna giurisprudenziale

• «È manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 1341 e 1342 c.c., ove siano interpretati nel senso di escludere l'applicabilità della disciplina relativa alla sottoscrizione delle clausole vessatorie ai contratti stipulati dalla P.A., in riferimento agli artt. 3 e 24 Cost.». — **Corte cost. [ord.], 21-1-1988, n. 61.**

• «In tema di accordi procedurali previsti dall'articolo 11 della legge 7 agosto 1990 n. 241, la pubblica amministrazione non perde il potere autoritativo nella gestione dell'interesse pubblico (e pertanto può disporre la revoca della volontà pubblica espressa nell'accordo stesso), atteso che la detta norma consente persino il recesso ad accordo eseguito od in corso di esecuzione, ancorché previo indennizzo, tenuto conto della doverosità della fun-

zione pubblica e dello spirito con il quale la giurisprudenza ha costruito il concetto dell'«evidenza pubblica». — **C.d.S., sez. IV, 6-11-1998, n. 1448.**

• «La capacità di diritto privato delle persone giuridiche è potenzialmente generale, ma per gli enti pubblici incontra il limite della «competenza» attribuita all'ente, che è delimitata da norme qualificabili come imperative ai sensi dell'art. 1418 c.c., sicché la loro violazione comporta la radicale invalidità dell'atto, in quanto affetto da incapacità negoziale; ne consegue che deve ritenersi viziato il contratto col quale il comune abbia affidato ad un professionista l'incarico di aggiornare il progetto relativo ad un'opera pubblica, da realizzarsi nella città di Palermo e rientrasse tra quelle considerate di preminente interesse nazionale dal D.L. 19/1988 convertito con modificazioni in L. 99/1988, giacché tale normativa ha trasferito ogni competenza in materia al presidente del consiglio dei ministri». — **Cass. civ., sez. II, 21-4-2000, n. 5234.**

• «In base all'autonomia negoziale di cui lo Stato gode come qualsiasi altro soggetto dell'ordinamento (piena capacità di diritto privato), deve ritenersi ammissibile che la P.A. stipuli tutti quei contratti (nella specie un mandato senza rappresentanza con soggetti terzi) che siano compatibili con la sua natura, nel rispetto della disciplina dettata in materia dalla normativa sulla contabilità di stato e delle regole comunitarie sia espresse, sia implicite». — **C.d.S., Ad. Gen., 6-12-2000, n. 5.**

• «La controversia avente ad oggetto l'atto con il quale l'amministrazione esercita il diritto di rescissione da un contratto di appalto per gravi inadempimenti dell'appaltatore investe in via immediata un rapporto giuridico ormai perfezionato ed operativo e, pertanto, poiché investe posizioni di diritto soggettivo, è demandata alla cognizione del giudice ordinario, né la giurisdizione ordinaria resta esclusa dal fatto che la P.A. si sia avvalsa della facoltà, prevista dall'art. 340 L. 2248/1865, all. F, la quale, al di là della sua legittimità, non altera la natura delle posizioni soggettive delle parti del contratto». — **C.d.S., sez. V, 11-6-2001, n. 3127.**

• «Ai fini del riparto di giurisdizione ai sensi dell'art. 33 D.Lgs. 80/1998, la nozione di pubblico servizio, intesa come prestazione resa alla generalità degli utenti da parte di un soggetto, anche privato, postula che il soggetto sia inserito nel sistema dei pubblici poteri o sia a questo collegato, e che la prestazione sia sottoposta ad un regime giuridico derogatorio del diritto comune; ne consegue che esula da tale nozione la fornitura di beni ad una P.A. da parte di un soggetto privato, in esecuzione di un contratto di appalto stipulato con la stessa P.A., sicché la controversia che ne deriva è devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario». — **Cass., SS.UU., 12-11-2001, n. 14032.**

• «La convenzione di lottizzazione conclusa dalla P.A. col privato interessato al rilascio di una concessione edilizia non assume valenza privatistica ed autonoma rispetto all'atto autoritativo di concessione, ma si inserisce nel procedimento amministrativo finalizzato al rilascio di essa (essendo imposto dalla P.A. come momento necessario di tale procedimento e condizionando l'adozione stessa del provvedimento); pertanto, la competenza giurisdizionale in ordine alla controversia relativa all'adempimento degli obblighi nascenti dalla convenzione di lottizzazione, non può non appartenere allo stesso giudice che è competente a conoscere del provvedimento di concessione edilizia; e poiché, ai sensi dell'art. 16 L. 10/1977, quest'ultima competenza è attribuita in via esclusiva al giudice amministrativo, quest'ultimo giudice è competente a conoscere in via esclusiva delle controversie relative all'adempimento della convenzione di lottizzazione; attribuzione che si impone anche alla luce dell'art. 11, co. 5, L. 241/1990, che riserva al giudice amministrativo la giurisdizione esclusiva sulle controversie relative alla formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi conclusi, nel pubblico interesse, dalla P.A. con gli interessati, al fine di determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale ovvero, se previsto dalla legge, in sostituzione di questo». — **Cass. [ord.], SS.UU., 7-2-2002, n. 1763.**

• «È materia di giurisdizione del giudice ordinario la valutazione del recesso da parte della P.A. dal contratto di appalto di servizi attenendo alla fase di esecuzione del contratto senza che rilevi il deferimento della controversia ad arbitri». — **T.A.R. Lombardia, sez. III, 28-2-2002, n. 856.**

• «Le controversie nascenti dall'esecuzione di contratti che un ente pubblico stipuli con un soggetto privato, hanno ad oggetto posizioni di diritto soggettivo inerenti a rapporti contrattuali di natura privatistica, nelle quali non rilevano i poteri discrezionali ed autoritativi della P.A.; ne consegue che tali controversie appartengono alla giurisdizione del giudice ordinario». — **Cass., SS.UU., 27-6-2002, n. 9342.**

• «In tema di appalti della P.A., sono devolute al giudice ordinario le controversie sugli atti con i quali l'amministrazione, dopo la definizione della procedura di affidamento del servizio e stipula del contratto di appalto, ha provveduto unilateralmente alla risoluzione del rapporto, sia che tale potestà sia stata esercitata sulla base di una norma attributiva del relativo potere e sia, *a fortiori*, che tale diritto potestativo risulti attribuito alla parte pubblica del rapporto da specifica pattuizione contrattuale; invero, la cognizione della validità e quindi della conformità alla legge o al regolamento negoziale degli atti unilaterali che determinano la cessazione dell'efficacia del rapporto contrattuale, esula dai confini della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in tema di pubblici servizi, risolvendosi nella verifica di un dato (la durata degli effetti del vincolo) non riconducibile direttamente all'interesse pubblico, che assume rilievo, invece, nei momenti della scelta del contraente e della conseguente prestazione del servizio». — **C.d.S., sez. V, 5-9-2002, n. 4458.**

• «L'azione di risarcimento del danno per responsabilità precontrattuale ex art. 1337 c.c. nei confronti della P.A., in relazione a procedura di affidamento di appalto pubblico, se proposta anteriormente al 10 agosto 2000, data di entrata in vigore della L. 205/2000, attributiva al giudice amministrativo della giurisdizione esclusiva nella materia considerata, deve intendersi, *ratione temporis* ex art. 5 c.p.c., riservata al giudice ordinario se viene contestato unicamente l'ingiustificato recesso dalle trattative a seguito di una condotta non conforme al precetto di buona fede, nell'irrilevanza della qualificazione in termini di diritto o di interesse legittimo della situazione subiettiva dedotta in discussione come fonte del lamentato danno ingiusto. Appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario l'azione di arricchimento senza causa, ex art. 2041 c.c., proposta nei confronti della P.A. anteriormente all'entrata in vigore della L. 205/2000». — **Cass. [ord.], SS.UU., 19-11-2002, n. 16319.**

• «In tema di appalti pubblici per la realizzazione di un'opera determinata (così come in tema di appalti pubblici di servizi e forniture) sussiste la giurisdizione del giudice amministrativo limitatamente all'ambito concernente la gara indetta per la scelta del contraente, mentre in ordine alla successiva fase del rapporto che si costituisce dopo la stipulazione del contratto, diretto esclusivamente a commisurare le rispettive posizioni di diritti ed obblighi dei contraenti in relazione alla realizzazione dell'opera, sussiste la giurisdizione del giudice ordinario». — **T.A.R. Lazio, sez. II, 11-2-2003, n. 923.**

• «L'attività di scelta del terzo contraente negli appalti pubblici in virtù dei limiti procedurali e dei vincoli funzionali cui è soggetta (cd. evidenza pubblica), anche quando è posta in essere da soggetti formalmente privati, non è espressione di attività negoziale, ma di attività amministrativa pubblica, alla quale corrispondono posizioni di interesse legittimo, dovendosi considerare in tali ipotesi le stazioni appaltanti (limitatamente agli atti di gara) P.A. in senso soggettivo». — **C.d.S., sez. VI, 17-2-2003, n. 843.**

• «Le convenzioni di lottizzazione configurano un'ipotesi di accordo ai sensi dell'art. 11 L. 241/1990 e determinano obbligazioni reali sulla cosa, indipendentemente dalla titolarità di essa; nel caso in cui la parte privata non realizzi le opere previste nella convenzione,

l'amministrazione può esperire l'azione di adempimento di cui all'art. 1453 c.c., e spetta al debitore l'onere di provare l'avvenuto esatto adempimento». — **T.A.R. Lombardia, Brescia, 13-8-2003, n. 1157.**

- «Le convenzioni di lottizzazione di cui alla L. 765/1967, costituiscono strumenti di pianificazione di tipo attuativo del prg e non atti di pianificazione generale: la loro natura è quella di «accordi sostitutivi del provvedimento», disciplinati dall'art. 11 L. 241/1990 e le relative controversie rientrano nella giurisdizione del giudice amministrativo». — **C.d.S., sez. V, 15-9-2003, n. 5152.**

- «La materia dei pubblici servizi può essere oggetto di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo se in essa la P.A. agisce esercitando il suo potere autoritativo ovvero, attesa la facoltà, riconosciuta dalla legge, di adottare strumenti negoziali in sostituzione del potere autoritativo, se si vale di tale facoltà (la quale, tuttavia, presuppone l'esistenza del potere autoritativo: art. 11 della L. 241/1990)». — **Corte cost., 6-7-2004, n. 204.**

- «Rientra nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo la controversia derivante dall'affidamento del servizio di pulizia destinato al pubblico delle stazioni ferroviarie, posto che l'art. 6 L. 205/2000 ha individuato una regola processuale che collega strettamente la giurisdizione esclusiva con la sussistenza dell'obbligo di indire una gara in base a regole pubblicistiche e a poteri di natura amministrativa, a prescindere dalla qualificazione del soggetto tenuto ad indire la gara». — **C.d.S., Ad. Plen., 23-7-2004, n. 9.**

- «L'art. 6, co. 1, L. 205/2000 e l'art. 33, co. 2, lett. d), D.Lgs. 80/1998 vanno interpretati nel senso che la controversia relativa all'aggiudicazione dell'appalto sotto soglia comunitaria indetto da una società controllata da un ente locale, anche qualora siano state indette procedure equipollenti a quelle ad evidenza pubblica, appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario». — **C.d.S., sez. V, 18-11-2004, n. 7554.**

- «Sono devolute alla giurisdizione del giudice ordinario le controversie attinenti alla stipulazione del contratto di appalto nel termine di sessanta giorni successivi all'aggiudicazione definitiva, qualora non attengano alla revoca dell'affidamento in sede di esercizio dei poteri di autotutela». — **C.d.S., sez. V, 29-11-2004, n. 7772.**

- «In caso di affidamento di appalto inferiore alla soglia comunitaria, in ogni caso — cioè anche in quello per cui l'Ente appaltante abbia liberamente preferito disciplinare con una procedura simile a quelle di evidenza pubblica (e non in quanto obbligato) — le controversie sulla procedura di scelta del contraente sfuggono alla giurisdizione amministrativa e ricadono nella sfera di competenza del giudice ordinario, secondo quanto statuito dalla Corte di Cassazione, SS.UU., 20-11-2003, n.17635. Ciò perché, in caso contrario, la stazione appaltante sarebbe di fatto arbitra di scegliersi in prospettiva il proprio giudice». — **T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 3-5-2005, n. 1899.**

- «Riguardo ad un accordo di programma, che si sostanzia in un provvedimento amministrativo adottato dai soggetti pubblici che vi partecipano, con esclusione, prima dell'entrata in vigore dell'art. 34 D.Lgs. 267/2000, del privato eventualmente chiamato alla sua attuazione, la domanda di risarcimento, proposta dal soggetto privato attuatore, per il danno derivante dalla condotta discriminatoria posta in essere a suo danno, in violazione dell'accordo, appartiene alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, essendo la fattispecie riconducibile all'art. 15 L. 241/1990, che ha valenza di testo generale riguardante i moduli convenzionali attraverso cui le amministrazioni coordinano l'esercizio di funzioni proprie nella prospettiva di un risultato comune cui è applicabile l'art. 11 della stessa legge, che prevede la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo». — **Cass., SS.UU., [ord.], 14-6-2005, n. 12725.**

• «L'autotutela dell'amministrazione appaltante, che - riscontrata a carico dell'aggiudicatario una causa di esclusione - annulli l'aggiudicazione e assegni l'appalto ad un altro concorrente, non incide sul contratto di diritto privato stipulato successivamente agli atti di evidenza pubblica, ma riguarda solo gli atti prodromici, di modo che riguardo all'esercizio dell'autotutela è configurabile la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, in base all'art. 6 L. 205/2000». — **Cass., SS.UU., 21-6-2005, n. 13296.**

• «Gli accordi previsti dall'art. 11 della l. 7 agosto 1990, n. 241, sono inquadrabili come accordi che sostituiscono un provvedimento discrezionale della pubblica amministrazione». — **C.d.S., sez. V, 27-1-2006, n. 236.**

• «Nelle gare disciplinate dal diritto di derivazione comunitaria, vale il principio generale dell'avvalimento che permette al prestatore, in sede di gara, di provare la capacità tecnica mediante l'indicazione dei tecnici o degli organismi tecnici, siano essi parte o meno dell'impresa concorrente, di cui la stessa disporrà per l'esecuzione dell'appalto». — **C.d.S., sez. VI, 3-2-2006, n. 383.**

• «Le disposizioni del capitolato generale di appalto per le opere pubbliche, approvato con D.P.R. 16 luglio 1962 n. 1063, hanno valore normativo — e si applicano quindi in modo diretto, indipendentemente dal richiamo formulato dalle parti — nei soli appalti dello stato, mentre per gli enti pubblici diversi dallo stato, dotati di distinta personalità giuridica e di propria autonomia, assumono valore vincolante solo ove un'espressa norma di legge ne imponga l'applicazione; in mancanza di una previsione siffatta, il richiamo al capitolato generale contenuto nel capitolato speciale o nel contratto vale ad attribuire efficacia negoziale alle relative disposizioni, che pertanto operano per volontà pattizia e nei limiti della relatio, essendo irrilevante anche la circostanza che i fondi impiegati per l'esecuzione dell'opera provengano, in tutto o in parte, dallo stato (in applicazione di tale principio, la suprema corte ha confermato la decisione di merito, che aveva ritenuto valida la clausola compromissoria, regolante in modo autonomo la composizione del collegio arbitrale, in relazione ad un contratto relativo a lavori di sistemazione di un acquedotto, stipulato dall'ente autonomo acquedotto pugliese)». — **Cass., sez. I, 21-2-2006, n. 3768.**

• «L'impresa concorrente, ai fini dell'ammissione alla gara, può avvalersi dei requisiti di partecipazione posseduti dall'impresa di cui è in grado di avvalersi, giusta i principi di «avvalimento» di fonte comunitaria e le recenti direttive in materia di appalti pubblici; ma nel momento in cui tali requisiti vengano a convertirsi in fattori di valutazione ai fini dell'assegnazione dei punteggi tecnici, ancor più ci si avvede della illegittimità di un'operazione siffatta; anche una piccola impresa, infatti, non particolarmente strutturata, ma che possa avvalersi — in base ad appositi accordi o per disciplina del «gruppo», di appartenenza — dei mezzi di altra impresa, viene posta nelle condizioni di acquisire punteggi molto elevati, a scapito di altre concorrenti, singolarmente meglio strutturate e presentatrici di un'offerta migliore (sotto il profilo del prezzo e degli elementi tecnici strettamente inerenti al servizio posto in concorrenza) rispetto a quella che opera in regime di «avvalimento», ma, globalmente, di più modeste dimensioni rispetto al «gruppo» antagonista e presentatrice di un'offerta meno vantaggiosa sotto il profilo del prezzo e degli specifici contenuti tecnici». — **C.d.S., sez. V, 20-3-2006, n. 1446.**

• «Le disposizioni normative di cui al D.Lgs. n. 157/1995 e al D.Lgs. n. 358/1992, sono rivolte principalmente a disciplinare l'ordinario e fisiologico procedimento per la scelta dell'appaltatore pubblico, che si caratterizza per un controllo semplificato ed immediato dell'iter di formazione del contratto ad evidenza pubblica al fine di ridurre gli oneri posti a carico degli operatori privati e di accelerare la conclusione del procedimento di gara. Ne consegue che se il più delle volte il problema della regolarità contributiva o di quella fiscale

viene in rilievo in sede di ammissione/esclusione delle imprese dalla gara, ciò non esclude che esso possa affiorare a distanza di tempo dall'aggiudicazione in sede di controllo straordinario legato a determinate circostanze che suggeriscono od impongono una verifica più approfondita delle dichiarazioni dei privati. In tale evenienza, salva l'applicabilità di specifiche normative di settore, debbono applicarsi le consolidate regole che disciplinano l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio (regole recentemente codificate dal legislatore con l'art. 21 *nonies* L. n. 241/1990, introdotto dall'art. 14 L. n. 15/2005)». — **C.d.S., sez. V, 19-6-2006, n. 3576.**

- «Spetta al giudice amministrativo la giurisdizione in ordine ad una controversia vertente tra comuni ed avente ad oggetto la validità, l'interpretazione e l'esecuzione di un atto (denominato «protocollo d'intesa») sottoscritto dai rispettivi sindaci per la disciplina del ritiro e dello smaltimento dei rifiuti e la realizzazione di opere pubbliche per l'esercizio di tale attività: si tratta infatti di un accordo che, anche se non rientra tra quelli di cui all'art. 11 della L. 7 agosto 1990 n. 241 (stipulati tra p.a. e privati al fine di determinare il contenuto discrezionale di provvedimenti amministrativi, ovvero, nei casi previsti dalla legge, in sostituzione degli stessi), è riconducibile all'art. 15, della medesima L., che richiama il 5° comma, art. 18, in quanto non rappresenta una mera espressione di volontà politica, ma un modulo convenzionale attraverso il quale le p.a. coordinano l'esercizio di funzioni proprie in vista del conseguimento di un risultato comune». — **Cass., SS.UU. [ord.], 13-7-2006, n. 15893.**

- «È attribuita alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 11 della L. 7 agosto 1990 n. 241, la controversia relativa alla esecuzione di convenzione urbanistica». — **C.d.S., sez. V, 28-11-2006, n. 6961.**

- «Implicando, l'annullamento di una gara pubblica, la frustrazione dell'affidamento generato in capo ai partecipanti (in particolar modo nei confronti dell'aggiudicatario), è di tutta evidenza che sussista la necessità, consacrata dal disposto dell'art. 21 *nonies*, della L. n. 241 del 1990, di una ragione di interesse pubblico tale da giustificare comparativamente l'incisione delle posizioni in rilievo». — **C.d.S., sez. VI, 4-12-2006, n. 7102.**

- «Rientra nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo la controversia originata dalla domanda di una società avente ad oggetto l'accertamento del diritto soggettivo derivante da un accordo con cui un ente pubblico assume specifici obblighi in ordine alla discrezionale determinazione del contenuto dell'eventuale, futuro bando di gara, prevedendo che in questo fosse inclusa una clausola di prelazione a favore della ricorrente, e fondata sull'assunto inadempimento in cui sarebbe incorsa l'amministrazione per aver predisposto il bando in modo difforme dagli impegni, atteso che detto accordo, di natura transattiva, va ricondotto alla disciplina di cui all'art. 11, L. 7 agosto 1990 n. 241, a prescindere dall'esistenza di un procedimento amministrativo in corso di svolgimento; da detta prospettazione deriva invero l'illegittimità del bando per violazione della regola iuris consacrata nell'accordo, la cui cogenza per l'amministrazione discenderebbe dall'art. 1372 c.c. richiamato dall'art. 11, 2° comma, L. 7 agosto 1990 n. 241, mediante il rinvio, quanto alla disciplina applicabile, ai principi del codice civile in materia di obbligazione e contratti». — **T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 27-12-2006, n. 3067.**

- «Il requisito della forma scritta ad substantiam richiesto per la validità del compromesso e della clausola compromissoria non postula che la volontà negoziale sia indefettibilmente espressa in un unico documento recante la contestuale sottoscrizione di entrambe le parti, potendo realizzarsi anche con lo scambio delle missive contenenti rispettivamente la proposta e l'accettazione del deferimento della controversia ad arbitri, dovendosi interpretare la richiesta di costituzione di un collegio arbitrale e la relativa accettazione come concorde volontà di compromettere la lite in arbitri (nel caso di specie, nell'ambito di un

contratto d'appalto il cui capitolato speciale conteneva una clausola compromissoria, una delle parti aveva nominato il suo arbitro e l'altra, in adesione all'iniziativa, aveva nominato il proprio)». — **Cass., sez. I, 2-2-2007, n. 2256.**

• «Rientra nella giurisdizione esclusiva del g.a., prevista dall'art. 11 L. 7 agosto 1990 n. 241 per gli accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento. una controversia azionata da un privato contro un ente locale per ottenere la declaratoria di nullità e di risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione, di una convenzione stipulata tra le parti, che contempla la servitù di pubblico passo e di posteggio ad esclusivo favore dello stesso ente locale, relativa ad una piazzetta di proprietà privata, nel 1941». — **T.A.R. Lombardia, Milano, sez. II, 7-2-2007, n. 193.**

• «Rientra nella giurisdizione amministrativa la controversia relativa alla domanda del privato tesa ad ordinare all'amministrazione l'acquisizione di un immobile di sua proprietà ubicato nella fascia di rispetto d'un tratto di ferrovia in costruzione, quale circostanza condizionante la prestazione dell'assenso all'attraversamento del proprio territorio da parte del comune in sede di conferenza di servizi, non essendo prospettabile alcuna ipotesi nella quale possa ravvisarsi un diritto soggettivo, non essendo intervenuto, in particolare, alcun atto ablatorio per il quale possa predicarsi la carenza di potere, e non potendosi neanche configurarsi gli elementi dell'istituto dell'esproprio di frazioni residue non utilizzabili (che comunque è legato ad apprezzamenti discrezionali dell'amministrazione), né dell'obbligo legale a contrarre, in assenza di precipua volontà dell'ente pubblico di assoggettarsi alle regole di diritto comune, e neppure del contratto a favore di terzo, vertendosi comunque nell'ambito degli atti inquadrabili nell'esercizio dell'attività pubblicistica, confluenti in una conferenza di servizi, dalla quale, siccome preordinata a promuovere l'azione integrata e coordinata di più amministrazioni per la realizzazione di un programma comune, possono scaturire unicamente posizioni di interesse legittimo, oltre al fatto che, trattandosi di modulo convenzionale riconducibile all'art. 15, L. n. 241 del 1990, per esso si configura la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, prevista dall'art. 11 da tale norma richiamata». — **Cass., SS.UU., 21-5-2007, n. 11667.**

• «La controversia relativa al pagamento dei corrispettivi di un contratto di appalto di pubblici servizi non rientra nella previsione di cui all'art. 33 del D.Lgs. n. 80 del 1998 come successivamente modificato, che attiene unicamente alle concessioni e agli affidamenti di pubblici servizi, ovvero ad attività provvedimentali relative al servizio stesso; viceversa, deve ritenersi applicabile il principio generale di cui all'art. 113 Cost., per il quale la tutela dei diritti soggettivi va chiesta al giudice ordinario. (Fattispecie in cui la S.C. ha qualificato come appalto e non come concessione di pubblico servizio, il rapporto tra una società affidataria del servizio di raccolta e trasporto dei rifiuti solidi urbani ed assimilati ed il Comune dalla stessa convenuto in giudizio per accertare la illegittimità delle decurtazioni operate in suo danno; a detta qualifica la S.C. è pervenuta sia per il contenuto delle clausole convenzionali, sia per la considerazione che non si era realizzata alcuna delega traslativa di poteri dal Comune al privato, il quale non poteva pretendere alcun prezzo dagli utenti per il servizio prestato, sia, infine, facendo leva sulla definizione normativa delle concessioni di pubblico servizio di cui all'art. 30 D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163)». — **Cass., SS.UU, ord., 22-8-2007, n. 17829.**

• «Si deve ritenere che l'introduzione dell'art. 21 *octies* L. n. 241/1990, non abbia determinato alcuna degradazione di un vizio di legittimità a mera irregolarità, né integrata una "fattispecie esimente" che affranca ab initio il provvedimento amministrativo dalle violazioni vizianti contemplate dallo stesso art. 21 *octies*. L'irregolarità, infatti, opera ex ante e in astratto, per cui il provvedimento amministrativo affetto da un vizio formale minore è un atto ab

origine meramente irregolare, incidendo, in tal modo, non sulla qualificazione dei vizi procedurali o formali e del vizio della violazione dell'art. 7 della L. n. 241/1990, ma sulle conseguenze connesse all'invalidità del provvedimento viziato nella forma o nel procedimento». — **C.d.S., sez. VI, 4-9-2007, n. 4614.**

• «La presenza di un atto negoziale ai sensi dell'art. 11 L. n. 241/1990, intervenuto tra un privato ed un'Amministrazione comunale ed avente ad oggetto, ai fini della regolarizzazione di lavori abusivamente eseguiti, il tassativo rispetto di un "nuovo" progetto indicato dall'Amministrazione, non preclude alla stessa il successivo esercizio di poteri autoritativi, per ragioni di pubblico interesse; ed infatti, il comma 4 dell'art. 11 della citata legge espressamente prevede anche la possibilità per l'Amministrazione di recesso unilaterale, per motivi di pubblico interesse, salvo eventuale indennizzo». — **C.d.S., sez. IV, 10-12-2007, n. 6344.**

• «Stante l'analogia tra tutti gli istituti previsti dalla L. n. 241/1990 finalizzati alla partecipazione del destinatario al procedimento amministrativo, deve ritenersi che l'art. 21 *octies* della L. n. 241/1990 vada applicato anche in ipotesi di violazioni di cui all'art. 10 *bis* della stessa legge». — **C.d.S., sez. V, 23-01-2008, n. 143.**

• «La buona fede nelle trattative e nella formazione del contratto importa un dovere di chiarezza, per cui il continuare la trattativa con una ditta, pur avendo già individuato un altro interlocutore risultato poi beneficiario dell'aggiudicazione, inducendola a porre in essere una serie di adempimenti quanto mai onerosi quanto inutili, radica responsabilità amministrativa a titolo di dolo contrattuale». — **Corte dei Conti, Regione Sicilia, sez. Giurisdizionale, 18-6-2008, n. 1707.**

Bibliografia

G. DE MARZO, *Attività consensuale e attività autoritativa della P.A.*, in *Urb. e App.*, 4/2005, 382; **F. CARINGELLA**, *Profili generali della riforma*; **G. NAPOLITANO**, *L'attività amministrativa e il diritto privato*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 5/2005; **F. SATTA**, *La riforma della legge 241/90: dubbi e perplessità* in www.giustamm.it; **A. TRAVI**, *La legge n. 15/2005: verso un nuovo diritto amministrativo?*, in *Corr. Giur.*, 4/2005; **S. GIACCHETTI**, *Giurisdizione amministrativa e legge n. 15/2005: verso la riscoperta dell'unitarietà dell'interesse pubblico o verso una riserva indiana?* in *Cons. Stato*, 2005, II.

