

Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

DOTTORATO DI RICERCA IN
SCIENZE GIURIDICHE

Ciclo XXXII

Settore Concorsuale: 12/D1 – DIRITTO AMMINISTRATIVO

Settore Scientifico Disciplinare: IUS/10

FUNZIONALIZZAZIONE E UNITARIETÀ
DELLA VICENDA CONTRATTUALE NEGLI APPALTI PUBBLICI

Presentata da: Enrico Guarnieri

Coordinatore Dottorato

Supervisore

Chiar.mo Prof. Andrea Morrone

Chiar.mo Prof. Marco Dugato

Esame finale anno 2020

*A mio padre che da lassù mi guarda,
a mia madre e a mia sorella che quaggiù mi sostengono*

Questo lavoro trae spunto da uno dei primi colloqui che ho avuto con il mio Maestro, il Professor Marco Dugato. Il primo ringraziamento va pertanto a lui per gli insegnamenti e le critiche che mi hanno guidato in questi anni di ricerca. Indispensabile è stata anche l'attenzione che mi è stata riservata da tutta la Cattedra ed in particolare dal Professor Giuseppe Piperata e dal Professor Tommaso Bonetti, i quali mi hanno letto, ascoltato e pazientemente sostenuto.

Molti altri sono i Professori a cui intendo sinceramente rivolgere un ringraziamento. In particolare, non posso esimermi dal ringraziare il Professor Andrea Morrone, Coordinatore del Corso di Dottorato, e il Professor Giuseppe Caia, Direttore della SP.I.S.A.

Immensa è la gratitudine per mia madre Daniela e per mia sorella Rita, la cui vicinanza è stata determinante per intraprendere questo percorso di studi. Ringrazio infine mio padre Adriano per gli insegnamenti. E lo ricordo a lui dedicando questo lavoro.

INDICE SOMMARIO

PREMESSA

CAPITOLO I

LA FUNZIONALIZZAZIONE DEL CONTRATTO DI APPALTO NEL CONTESTO EUROPEO E NAZIONALE

1. L'interesse pubblico nei contratti di appalto della pubblica amministrazione. Alcune distinzioni: scopo mediato e immediato; contratti strumentali e finali; attività privata e di diritto privato della pubblica amministrazione. Brevi note sulla genesi contabilistica dell'evidenza pubblica nel contesto nazionale..... 3
 - 1.1. *Alcune ricomposizioni tramite il principio di funzionalizzazione. La funzionalizzazione e la finalizzazione negli appalti pubblici*.....9
2. L'avvento delle direttive comunitarie ed europee: dalla creazione del mercato unico all'implementazione della Strategia Europa 2020. Precisazioni sullo sviluppo dello studio..... 14
3. Analisi normativa delle forme di promozione e di concretizzazione delle *secondary policies*.....24
 - 3.1. *La partecipazione delle micro, piccole e medie imprese*: a) Ricognizione delle misure atte a favorire la partecipazione delle PMI alle gare di appalto; b) Le misure a sostegno della competitività dell'offerta.....25
 - 3.2. *Gli acquisti verdi e sociali negli appalti pubblici*: a) Le specifiche tecniche; b) Le condizioni di esecuzione del contratto; c) I requisiti di partecipazione; d) Il criterio del rapporto qualità/prezzo. La dubbia estensione della discrezionalità amministrativa oltre il limite del collegamento con l'oggetto del contratto; e) Appalti riservati; f) I vincoli legislativi inerenti alla determinazione del contratto e delle regole di gara.....36
4. Una prima sintesi: la finalizzazione del contratto tra vincoli legislativi e aumento della discrezionalità amministrativa51
 - 4.1. *La finalizzazione del contratto e l'interesse pubblico in concreto, tra discrezionalità e doverosità. Brevi considerazioni sui benefici della (non ancora inverte) negoziazione*.....56
 - 4.2. *Digressione sulla impugnabilità dei bandi di gara. Prime brevi riflessioni sull'unitarietà della vicenda contrattuale*68

5. Funzionalizzazione e autotutela. La scansione bifasica della vicenda contrattuale: problemi e prospettive di ricerca.....75

CAPITOLO II

DALLA DICOTOMIA ALL'UNITARIETÀ DELLA VICENDA CONTRATTUALE

Sezione I

L'evidenza (è) pubblica, ma non solo. La fase di formazione progressiva del contratto tra autotutela e responsabilità precontrattuale

1. Le ragioni della natura pubblicistica della fase prodromica al contratto.....78
- 1.1. *Brevi note sulla grande pubblicizzazione italiana della prima metà del '900....80*
- 1.2. *Il superamento della contrapposizione e la concezione gianniniana della scansione bifasica.....83*
2. L'interpretazione più recente. Verso il superamento della dicotomia?.....85
3. Digressione sui poteri di autotutela esercitabili nella fase di evidenza pubblica...87
4. La responsabilità precontrattuale nella fase dell'evidenza pubblica. Considerazioni sulla disciplina e sull'interpretazione dell'art. 1337 c.c.89
- 4.1. *Profili generali della responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione. Dall'esclusione alle sue prime affermazioni.....92*
- 4.2. *Un passo avanti e due indietro: responsabilità precontrattuale, un insegnamento tradito, ma oramai tradito.....97*
- 4.3. *La sentenza dell'Adunanza plenaria n. 5/2018. Alcune considerazioni a margine dell'estensione dell'area della responsabilità precontrattuale.....102*
- 4.4. *La duplice natura pubblico-privata della fase di scelta del contraente. Dalla critica alla ricomposizione dell'argomentazione della Plenaria, ripartendo dalle sentenze nn. 3831/2013 e 15260/2014 del Consiglio di Stato e della Corte di cassazione.....107*
5. L'unitarietà dei regimi applicabili nella fase dell'evidenza "pubblica". Le trattative e il futuro della negoziazione in sede di gara.....117

Sezione II

La riemersione del pubblico nella fase privatistica: l'estensione dello statuto pubblicistico e le ragioni di una "convivenza"

1. Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto. Ancora sul conflitto fra l'applicazione del regime privatistico e di quello pubblicistico.....121
- 1.1. *La rilevanza dell'interesse pubblico a seguito della stipula del contratto. Riflessioni a margine dell'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione: dalla dicotomia alla commistione fisiologica (con effetti patologici)*.....124
2. Dall'unitarietà interna all'unitarietà esterna: dualità dei regimi applicabili e collegamento funzionale tra le due fasi della vicenda contrattuale. Alcune brevi riflessioni a partire da una lettura critica del regime delle varianti e della risoluzione del contratto.....133
3. La qualificazione del potere esercitato nella fase esecutiva, muovendo dalla (incerta) tenuta del principio di funzionalizzazione a fronte del recesso dal contratto di appalto pubblico.....140
- 3.1. *Gli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali relativi alla natura giuridica del recesso del committente pubblico*.....144
- 3.2. *Un rapporto di genere a specie?*.....149
- 3.3. *Rilievi critici sulla sufficienza di un sindacato fondato sull'abuso del diritto*.....153
- 3.4. *Precisazioni in ordine all'impiego dei concetti di potere pubblico, potere privato e diritto potestativo. Ripercussioni sistemiche sugli atti dell'esecuzione espressivi del potere unilaterale del committente pubblico*.....159
- 3.5. *Considerazioni a margine: il dovere di motivazione e l'inammissibilità del recesso ad nutum*.....166
4. Riflessioni conclusive sull'unitarietà della vicenda contrattuale: gli atti amministrativi negoziali e prime considerazioni in relazione alle ripercussioni sul riparto di giurisdizione in materia.....170

CAPITOLO III
L'ATTRIBUZIONE UNITARIA DELLA VICENDA CONTRATTUALE ALLA
GIURISDIZIONE ESCLUSIVA DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO

1.	Primi appunti in relazione alla giurisdizione “contesa” in materia di appalti pubblici.....	182
2.	Alcune lezioni offerte dalla storia: il <i>vulnus</i> originario di tutela negli appalti. L'interesse legittimo e il giudice amministrativo quale risposta ad un problema pratico. La pretesa divisione fra le due giurisdizioni.....	182
3.	Considerazioni a margine della disciplina attuale. La pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di cassazione n. 24411/2018: se precisazioni vi sono, confusione vi era, e non è detto che sia risolta.....	192
3.1.	<i>Oltre la confusione: contraddizioni e vicissitudini della giurisdizione esclusiva nella vicenda contrattuale.....</i>	195
3.2.	<i>Un argumentum ab auctoritate sull'incertezza del riparto.....</i>	200
4.	L'irraggiungibile e l'attuabile a Costituzione invariata. Dalla frammentazione alla unitarietà, attraverso la rilettura dei vincoli costituzionali: il giudice amministrativo come giudice dell'intera vicenda contrattuale.....	204
4.1.	<i>Spunti di riflessione dal caso delle sanzioni irrogate dalla Banca d'Italia e dalla Consob: un recente caso di giurisdizione esclusiva del giudice ordinario.....</i>	207
4.2.	<i>Dalle implicazioni sistematiche del caso trattato all'epilogo determinato dalle riflessioni di Merusi sul principio del giusto processo ex art. 111 Cost.....</i>	216
4.3.	<i>Sulla (certa) critica in relazione alla (dubbia) violazione dell'art. 111, penultimo comma, Cost. Ad essere ricorribili in Cassazione sono le sentenze del giudice ordinario o le pronunce sui diritti soggettivi?.....</i>	226
5.	In conclusione: la conoscenza unitaria di una vicenda unitaria da parte del giudice amministrativo.....	230
	Bibliografia.....	236
	Abstract (ita – eng).....	268

PREMESSA

Un contributo sull'unitarietà della vicenda contrattuale degli appalti pubblici, con quella intendendosi in primo luogo l'unitarietà (interna) dei regimi applicabili alle fasi in cui si articola l'operazione economica, non può prescindere da due considerazioni preliminari.

La prima, più che una suggestione, è un chiaro ritratto dello stato delle cose: la vicenda dell'appalto pubblico riproduce in miniatura il conflitto fra i termini dicotomici "pubblico" e "privato"¹. La seconda, invece, muove su di un piano ben più generale e corrisponde all'idea secondo cui nella prospettiva amministrativistica l'avvicendamento dell'una branca del diritto all'altra rimane soltanto una (talvolta peraltro ingiustificata) aspirazione²; d'altronde «*el Derecho Administrativo no es sólo Derecho Público, sino también, y en gran medida, Derecho Privado*»³.

La sintesi fra le due annotazioni fornisce già una prima direzione per lo studio: la pretesa divisione dicotomica fra "un prima" e "un dopo" nell'ambito di una vicenda contrattuale, che si assume unitaria anche sotto il profilo della complessiva operazione economica (unitarietà esterna), dovrebbe essere sconfessata, non per soggettivo pregiudizio, quanto piuttosto in ragione di oggettivi riscontri teorici e pratici. Così, procedendo per generalizzazioni e per non anticipare analisi e conclusioni che troveranno la più ampia considerazione nel prosieguo, sia qui sufficiente prendere atto di quanto affermato da Franco Ledda nei primi anni '80 proprio in relazione alla (im)possibilità di «una preventiva e quasi geometrica delimitazione» del diritto pubblico e di quello privato nell'attività contrattuale della pubblica amministrazione: «la sostanziale unitarietà della vicenda appare così manifesta da porre in forse la stessa possibilità di nette distinzioni»⁴.

È bene avvertire che nelle pagine che seguono non verrà analizzato in una prospettiva più ampia il problema del senso e della fondatezza della dicotomia pubblico-privato. Eppure, sperando di non eccedere in indebite semplificazioni rispetto ad un argomento che è alquanto complesso, qualche seppur minima coordinata di sistema può qui utilmente essere fornita.

Il compito può essere adempiuto disubbidendo alla logica critico-ricognitiva delle sistematizzazioni concettuali che hanno seguito la nota formula ulpiana «*publicum ius*

¹ E. Sticchi Damiani, *La nozione di appalto pubblico. Riflessioni in tema di privatizzazione dell'azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 1999, 11.

² Cfr. M. Dugato, *La riduzione della sfera pubblica?*, in *Dir. amm.*, 2002, 1, 169 ss.

³ E. Schmidt-Aßmann, *Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la Teoría General del Derecho Administrativo*, in *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*, a cura di J. Barnes, Sevilla, Derecho Global, 2012, 27 ss., spec. 38.

⁴ F. Ledda, *Per una nuova normativa sulla contrattazione pubblica*, in *Studi in onore di Antonio Amorth*, I, Milano, Giuffrè, 1982, 319 ss., spec. 335.

est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim» (D. 1.1.1.2. nel Libro 1 delle *Institutiones*)⁵. Se è consentito, è forse più utile e adeguato allo stile di una premessa introduttiva cercare di fissare alcune convinzioni muovendo da un confronto fra due fondamentali opere.

Vi è allora una prima premessa da assumere. Accettare la dicotomia significa calare ogni istituto giuridico nell'ambito di una separazione che non ammette compromessi. Per chiarire l'assunto si consideri il pensiero di Norberto Bobbio: la dicotomia diritto pubblico-diritto privato è «grande» perché è «totale» e «principale». Nel primo senso, perché ogni istituto è ad essa riconducibile; nel secondo, perché essa fa convergere a sé, risolve e fonda tutte le altre dicotomie⁶. Il dato caratterizzante della dicotomia sta nel significato stesso del termine: bipartizione e separazione netta tra due elementi. L'assolutezza della distinzione in Bobbio è chiaramente espressa con l'espressione «*aut aut*», con la quale si intende affermare che un istituto può essere ricondotto all'uno o all'altro ambito, ma non ad entrambi⁷. Ma, ancor più incisivamente, la contrapposizione è giustificata dal carattere assorbente di uno dei due termini dicotomici, che si traduce nella loro rispettiva tendenza a «trasformarsi in classe universale». I movimenti del pubblico e del privato sono, infatti, reciprocamente escludenti, nel senso che all'estensione dell'uno non si realizza una sovrapposizione, ma piuttosto una degradazione dell'altro a «classe vuota»⁸.

Per confutare la tesi da ultimo esposta, basterebbe richiamare la dottrina citata poc'anzi e l'immagine del pendolo da quella evocata al fine di rappresentare «l'ondularità del rapporto»⁹. In realtà, è proprio la prospettiva amministrativistica a porre in dubbio la logica del ricordato «*aut aut*». O, meglio, è forse proprio il diritto amministrativo a non potere essere calato nella dialettica dicotomica (nel *big divide*).

Difatti, riferire il discorso sulla grande dicotomia al diritto amministrativo imporrebbe di sciogliere un interrogativo: il diritto amministrativo appartiene all'area del diritto pubblico o a quella del diritto privato? Si può azzardare un sillogismo, che, come apparirà evidente, è fallace.

Premessa maggiore: il diritto pubblico è un termine di una relazione dicotomica in quanto contrapposto al diritto privato. Premessa minore: il diritto amministrativo è una

⁵ Cfr. S. Pugliatti, *Diritto pubblico e diritto privato*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, Giuffrè, 1964. Ampio ed esaustivo è anche lo studio di recente svolto da G. Alpa, *Dal diritto pubblico al diritto privato. Parte prima*, Modena, Mucchi, 2017.

⁶ N. Bobbio, *Dalla struttura alla funzione*, Milano, Edizioni di comunità, 1977, 145 ss.; Id., *Stato, governo, società*, Torino, Einaudi, 1985, 3 ss.

⁷ Id., *Dalla struttura alla funzione*, cit., 150.

⁸ *Ivi*, 147-148 e 154-158.

⁹ M. Dugato, *La riduzione della sfera pubblica?*, cit., 169.

branca del diritto pubblico. Conclusione: il diritto amministrativo è contrapposto al diritto privato.

Se la premessa maggiore, nei suoi termini generali, è già stata tratteggiata, della premessa minore (la “piccola dicotomia”) e della conclusione può invece dirsi che sono errate.

Gli studi di Sabino Cassese sulla formazione del diritto amministrativo forniscono utili spunti in tal senso, perché, se ben si è inteso, evidenziano un dato determinante. L’accentuata contrapposizione storica fra i sistemi a diritto amministrativo (in specie, quello francese) e i sistemi a diritto comune (in specie, quello inglese) – laddove con l’espressione “accentuata contrapposizione” non ci si riferisce qui solo ad un carattere originario della diversità dei modelli (l’essere accentuato), ma piuttosto e soprattutto ad un attributo della contrapposizione derivato dagli studi di Maurice Hauriou e Albert Venn Dicey (l’essere stato accentuato) – ha comportato una (falsa) identificazione del diritto amministrativo nel diritto pubblico e, per converso, del diritto comune nel diritto privato¹⁰.

La progressiva presa d’atto sull’impossibilità di risolvere il diritto amministrativo secondo una logica aristotelica “di non contraddizione”¹¹ o binaria non è una novità e perciò non deve stupire¹². Ciò che al contrario stupisce, così ritornando al tema centrale dello studio qui proposto, è la persistente propensione a scomporre in modo dicotomico fasi e regimi della vicenda contrattuale secondo una predefinita e “schematica” cadenza che adombra questioni ben più determinanti: ad una fase pubblicistica di scelta del contraente segue il momento privatistico; al principio di funzionalizzazione nella sequela procedimentale di scelta del contraente segue il principio di autonomia privata; ad un soggetto che agisce come “autorità” subentra una “normale” parte privata; alla giurisdizione del giudice amministrativo segue (ma, come si vedrà, in modo frastagliato) quella del giudice ordinario.

Lo studio qui proposto muovendo da queste premesse intende allora rivalutare l’unitarietà interna (ovvero della disciplina applicabile nelle singole fasi) ed esterna (ovvero fra le fasi unitamente considerate) della vicenda contrattuale del contratto di appalto pubblico valorizzandone le relative interrelazioni. Un’ulteriore premessa è però doverosa. Nella consapevolezza che mischiare i diritti «è un po’ come mischiare l’acqua con l’olio» e il risultato può essere «disarmonico», si deve avvertire che nella vicenda contrattuale

¹⁰ Così, S. Cassese, *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*, Milano, Giuffrè, 2010. Ma in tema si v. anche M. D’Alberti, *Diritto amministrativo comparato*, Bologna, il Mulino, 2019.

¹¹ Così A. Travi, *Il confronto fra diritto amministrativo e diritto privato: dal principio di non contraddizione alla logica dei colori*, in *Pubblico e privato nell’organizzazione e nell’azione amministrativa. Problemi e prospettive*, a cura di G. Falcon e B. Marchetti, Padova, Cedam, 2013, 377 ss., spec. 381-382.

¹² G. Napolitano, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2003.

dell'appalto non emerge necessariamente un problema di «ibridazione», ma di “fisiologica compresenza” di forme e caratteri propri del diritto pubblico e di quello privato: e allora se nell'ibridazione i principi sono «spesso in conflitto fra loro»¹³, nella “compresenza” è proprio dai principi (specialmente da quello della funzionalizzazione) che si deve ripartire.

Il punto di avvio prescelto è pertanto quello relativo alla determinazione dell'interesse pubblico in concreto perseguito con l'operazione economica. Una scelta questa che si giustifica per una duplice ragione. Da un lato, perché centrare l'attenzione sull'interesse pubblico in concreto significa esaltare (anche nel loro insieme) i momenti nevralgici della determinazione *ex ante* e dell'eventuale contrattazione che ne segue¹⁴ (cap. I); il che, è bene anticiparlo, aprirà ad una rivalutazione in chiave (anche) negoziale della struttura procedimentale di scelta del contraente (cap. II, sez. I). Dall'altro lato, perché la pervasività dell'interesse pubblico nell'intera vicenda (altrimenti a dirsi la funzionalizzazione dell'attività) consente di enfatizzare il collegamento funzionale fra le due fasi, così riverberando alcuni determinanti effetti in punto di disciplina applicabile (cap. II, sez. II).

Ricostruita l'unitarietà sostanziale della vicenda, ci si interrogherà poi sulla possibilità di attribuire la materia unitariamente compresa al giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva. Non si sa esattamente se lo studio contravverrà la «logica ascendente» o quella «discendente» del diritto amministrativo¹⁵, ma è forse possibile ipotizzare che nessuna di quelle due vie sarà percorsa. Non la prima, perché essa alimenterebbe il *problema* della frammentazione delle sedi giurisdizionali competenti; non la seconda, perché, inseguendo e quindi presupponendo ciò che in realtà è una conseguenza (la tutela o, forse anche solo l'approccio, del giudice amministrativo), essa non uscirebbe dall'*impasse* iniziale della condivisione del metodo impiegato. Vi è allora che, muovendo dal *problema* e cercando di evitare l'*impasse*, l'analisi seguirà una logica diversa. Preso atto di alcuni dati ordinamentali, fra cui il giusto processo “di” Fabio Merusi¹⁶, si porrà l'occasione per rivedere, su di un piano più generale, i limiti all'ampliamento dei casi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. D'altronde, conforta prendere atto che la dottrina abbia legato in successione gli elementi finora considerati (unitarietà del rapporto, funzione e ridefinizione dell'ambito della giurisdizione esclusiva del giudice

¹³ Il virgolettato è tratto da M. Dugato, *La società a partecipazione pubblica degli enti territoriali: va il cavaliere per il regno di Logres*, in *Ist. fed. Quad.*, 2011, 2, 5 ss., spec. 9.

¹⁴ Utilmente, può sin d'ora considerarsi quanto affermato da G.D. Comporti, *La nuova sfida delle direttive europee in materia di appalti e concessioni*, in *federalismi.it*, 2015, 6, 1 ss., spec. 27: «la negoziazione più che un insieme di figure ideal-tipiche da qualificare e classificare secondo la nota visione bipolare che è alla base della fortunata teoria dell'evidenza pubblica, appare un'operazione economica unitaria e complessa da analizzare, soprattutto, avendo di mira la trama sostanziale che funge da connessione dei suoi snodi procedurali».

¹⁵ Ben illustrate da A. Travi, *Il confronto fra diritto amministrativo e diritto privato*, cit., 380.

¹⁶ F. Merusi, *La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti*, Bologna, il Mulino, 2012, 113 ss.

amministrativo) laddove si è affermato che ciò che è determinante per la devoluzione di una materia al giudice “esclusivo” previsto dall’art. 103, comma 1, Cost. è il fatto che «i rapporti coinvolti siano “strumentalmente e funzionalmente collegati per il conseguimento di risultati che vanno considerati unitariamente nell’assetto del rapporto [...] e per il raggiungimento dello scopo perseguito [...]»¹⁷. Si giungerebbe per questa via a quel modello di concentrazione delle tutele oltreconfine avverato – solo per fare qualche esempio che per la diversità dei presupposti teorici rimarrà tale, si pensi al caso francese e a quello tedesco – e che nel nostro ordinamento è stato almeno correttamente auspicato¹⁸ (cap. III).

¹⁷ P. Marzaro, *Grandi imprese in crisi, leggi «interpretative» e uso strumentale del riparto di giurisdizione (sulla legge 23 agosto 1988, n. 391)*, in *Dir. soc.*, 1990, 2, 299 ss., spec. 343-344, che richiama a sua volta A. Quartulli, *Atti autoritativi e atti paritetici: validità di una distinzione*, in *Studi per il centocinquantesimo anniversario del Consiglio di Stato*, Roma, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, 1981, 1517 ss., spec. 1544.

¹⁸ Si v. M. Dugato, *Organizzazione delle amministrazioni aggiudicatrici e contrasto alla corruzione nel settore degli appalti pubblici*, in *Munus*, 2015, 3, 667 ss., spec. 680 ss.

CAPITOLO PRIMO

LA FUNZIONALIZZAZIONE DEL CONTRATTO DI APPALTO
NEL CONTESTO EUROPEO E NAZIONALE

SOMMARIO: **1.** L'interesse pubblico nei contratti di appalto della pubblica amministrazione. Alcune distinzioni: scopo mediato e immediato; contratti strumentali e finali; attività privata e di diritto privato della pubblica amministrazione. Brevi note sulla genesi contabilistica dell'evidenza pubblica nel contesto nazionale. **1.1.** *Alcune ricomposizioni tramite il principio di funzionalizzazione. La funzionalizzazione e la finalizzazione negli appalti pubblici.* **2.** L'avvento delle direttive comunitarie ed europee: dalla creazione del mercato unico all'implementazione della Strategia Europa 2020. Precisazioni sullo sviluppo dello studio. **3.** Analisi normativa delle forme di promozione e di concretizzazione delle *secondary policies*; **3.1.** *La partecipazione delle micro, piccole e medie imprese:* a) Ricognizione delle misure atte a favorire la partecipazione delle PMI alle gare di appalto; b) Le misure a sostegno della competitività dell'offerta; **3.2.** *Gli acquisti verdi e sociali negli appalti pubblici:* a) Le specifiche tecniche; b) Le condizioni di esecuzione del contratto; c) I requisiti di partecipazione; d) Il criterio del rapporto qualità/prezzo. La dubbia estensione della discrezionalità amministrativa oltre il limite del collegamento con l'oggetto del contratto; e) Appalti riservati; f) I vincoli legislativi inerenti alla determinazione del contratto e delle regole di gara **4.** Una prima sintesi: la finalizzazione del contratto tra vincoli legislativi e aumento della discrezionalità amministrativa; **4.1.** *La finalizzazione del contratto e l'interesse pubblico in concreto, tra discrezionalità e doverosità. Brevi considerazioni sui benefici della (non ancora inverata) negoziazione;* **4.2.** *Digressione sulla impugnabilità dei bandi di gara. Prime brevi riflessioni sull'unitarietà della vicenda contrattuale.* **5.** Funzionalizzazione e autotutela. La scansione bifasica della vicenda contrattuale: problemi e prospettive di ricerca.

1. L'interesse pubblico nei contratti di appalto della pubblica amministrazione. Alcune distinzioni: scopo mediato e immediato; contratti strumentali e finali; attività privata e di diritto privato della pubblica amministrazione. Brevi note sulla genesi contabilistica dell'evidenza pubblica nel contesto nazionale

Uno studio sull'unitarietà (sostanziale e giurisdizionale) negli appalti pubblici presuppone una prioritaria comprensione del loro fondamento. Un fondamento da declinarsi non già solo come ragione storica sottesa alla scelta di predisporre una legislazione speciale e settoriale, ma soprattutto come presupposto valoriale di ogni singola commessa: insomma, come interesse pubblico coinvolto nell'operazione economica¹.

Solo l'analisi della *quantità* degli interessi pubblici sottesi all'appalto e della loro *qualità*, ovvero della loro capacità di trascendere la fase di selezione del contraente, potrà consentire di argomentare – così escludendosi l'inferenza dal pregiudizio – in ordine alla effettività e alla utilità di una pretesa distinzione dicotomica fra un "prima" e un "dopo" della vicenda contrattuale.

Vi è allora un prioritario dato da cui partire e per farlo sia consentito ricorrere ad una falsificazione: l'amministrazione quando si rivolge al mercato lo fa per acquisire forniture, servizi o lavori al pari di quanto potrebbe fare un privato. Non se ne fa solo questione di forma (ovvero di procedimentalizzazione dell'agire), ma anche di sostanza. Secondo la falsificazione proposta, potrebbe dirsi, ad esempio, che l'acquisto di mobili per un ufficio pubblico, di un servizio di pulizia o di lavori per la costruzione di un edificio pubblico avvenga per un fine "ordinario" o "privato" e non già per il perseguimento di un fine pubblico.

Ebbene quella percezione proposta solo come un'astrazione è stata per l'appunto

¹ Sperando di non disattendere l'avvertimento di chi ha ricordato che «qualsiasi discorso sugli appalti pubblici [...] tanto più ha valore scientifico quanto più rinuncia al postulato logico di partenza dell'interesse pubblico» (G.D. Comporti, *Problemi e tendenze dell'assetto regolatorio degli appalti pubblici*, in *Dir. econ.*, 2012, 3, 575 ss., spec. 577). Speranza, questa, che si fonda sull'idea che la sollecitazione dell'A. riguarda, se non si va errando, l'astensione dall'evocazione «in senso fideistico» dell'interesse pubblico in astratto o comunque di quell'interesse che è stato definito dallo stesso A. come un «astratto luogo di nessuno» (Id., *La flessibilità nelle negoziazioni pubbliche: questa sconosciuta*, in *Dir. soc.*, 2017, 2, 177 ss., 178), dovendosi piuttosto privilegiare e quindi prioritariamente considerare la «situazione fattuale che fa emergere un problema che, a sua volta, intercetta la competenza di un certo livello amministrativo, sollecitando dallo stesso la ricerca di una soluzione» (G.D. Comporti, *Problemi e tendenze*, cit., 577): e cioè, se ben si intende, l'interesse pubblico in concreto, definito dapprima dall'ente e poi (potenzialmente) in sede di negoziazione (*infra* §1.1. e 4.1.). È proprio in relazione all'elaborazione del concetto di "operazione economica", espressione che designa l'assetto degli interessi definito dalle parti del contratto (cfr. E. Gabrielli, *Il contratto e le sue classificazioni*, in *I contratti in generale*, I, a cura di E. Gabrielli, Torino, Utet, 2006, 45 ss., spec. 46) che in dottrina è stata affermata l'importanza di procedere alla «puntuale ed attenta ricostruzione degli interessi concretamente perseguiti dai paciscenti attraverso l'atto negoziale. Corollario di questa impostazione è una rinnovata attenzione al tema del motivo» (V. Ricciuto e A. Nervi, *Il contratto della pubblica amministrazione*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio nazionale del notariato*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2009, 218).

sostenuta, più o meno direttamente, da autorevoli voci dottrinali.

Per Ranelletti, l'amministrazione esplicherebbe una (duplice) attività, che, in ragione dell'*immediatezza* del perseguimento del fine istituzionale dell'ente, assumerebbe natura pubblica (*iure imperii*) o privata (*iure gestionis*)². A quest'ultima, nello svolgimento della quale l'amministrazione opererebbe «come un'impresa qualunque», Ranelletti riconduce ad esempio le operazioni di acquisto delle forniture, perché con esse non si curerebbe *immediatamente* il fine pubblico, ma, al pari di quanto avviene per l'amministrazione dei beni patrimoniali compiuta «coi criteri e con gli scopi di qualunque altro proprietario», si perseguirebbe un fine *immediatamente* egoistico ed economico-privatistico «per provvedere a bisogni della propria vita»³.

Per Cesare Cammeo nell'ambito dell'ampio *genus* dei contratti dell'amministrazione vi sarebbero due sottoclassi. Egli principia dalla distinzione fra l'acquisizione dei beni (ovvero dei mezzi per l'adempimento dello scopo dell'ente)⁴ e la somministrazione degli stessi ai privati (raggiungimento dello scopo). Questa serie di atti, che non può avere eguale consistenza⁵, viene ripartita in contratti strumentali, ovvero «quelli che mirano a procurarsi beni (che eventualmente trasformati o meno verranno goduti dai privati, nella forma di servizi *uti universi* o *uti singuli*)», e contratti finali, cioè «quelli che mirano a procurare ai privati certuni servizi *uti singuli* ed adempiono ad un tempo agli scopi o a parte degli scopi che la P.A. si propone»⁶. Accolta quella distinzione, il contratto di appalto viene ancora una volta incluso nell'ambito della categoria dei contratti strumentali.

Si consideri poi che la riconduzione di un negozio nell'alveo dei contratti strumentali

² Per la distinzione fra atti *iure imperii* e quelli *iure gestionis* si v. O. Ranelletti, *Per la distinzione degli atti d'impero e di gestione*, Macerata, Tip. Topi, 1904. Per una articolata sintesi della questione si v. F. Cammeo, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, Vallardi, 1910, 810 ss. Per C. Cammeo, *I contratti della pubblica amministrazione. Capacità e legittimazione a contrattare*, Firenze, C. Cya, 1954 (Ristampa varitipica dell'edizione del 1937), 26, la distinzione fra gli atti d'imperio e quelli di gestione varrebbe solo a descrivere i due piani in cui si articola l'attività amministrativa, la quale «si distinguerebbe in attività di diritto pubblico e in attività di diritto privato» a seconda che siano disciplinati «dall'uno o dall'altro ramo del diritto».

³ O. Ranelletti, *Guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1937, 45.

⁴ Espressione che nel pensiero dell'A. comprende i beni materiali, quelli immateriali e le prestazioni (cfr. C. Cammeo, *I contratti della pubblica amministrazione*, cit., nota 1 a p. 117).

⁵ Cfr. *ivi*, 119, ove chiaramente si afferma: «Non v'è chi non veda come diverso sia il carattere del negozio di compravendita o di espropriazione, che il Comune può fare per procurarsi un immobile e il carattere del negozio mediante il quale il Comune offre successivamente il ricovero notturno in quell'immobile ai suoi comunisti a titolo gratuito (negozio di diritto pubblico) o a titolo oneroso (contratto). Nel primo momento il Comune si procura il mezzo per adempiere ad un suo scopo, nel secondo momento raggiunge lo scopo».

⁶ *Ivi*, 121. Solo impropriamente, se ben si è inteso, può dirsi che la distinzione posta da Cammeo faccia eco alla ripartizione fra scopo mediato e immediato di Ranelletti. Ciò in quanto in Ranelletti quella distinzione vale a porre il *discrimen* fra l'attività pubblica e privata dell'amministrazione; in Cammeo, invece, essa ha valenza, per così dire, interna all'attività privata: è la stessa attività privata che può essere strumentale o finale. La distinzione fra contratti finali e strumentali è presente anche in R. Alessi, *Principi di diritto amministrativo*, I, Milano, Giuffrè, 1974, 260 ss.

non è un fatto irrilevante, perché per Cammeo ciò implicherebbe la sottrazione del contratto dai limiti posti dai principi di *aderenza allo scopo* e di *attuazione dello scopo*. Il primo non sarebbe “logicamente” rilevante dinanzi all’attività contrattual-strumentale, perché se essa assume una funzionalizzazione solo indiretta rispetto allo scopo, allora non se ne può normalmente valutare la contrarietà rispetto all’aderenza; il secondo non sarebbe mai pregiudicato, perché «i contratti strumentali non pongono certo in pericolo il patrimonio dell’ente, ma sono necessari alla vita giuridico-economica del medesimo»⁷.

Ancora, per Amorth – che respinge la distinzione di Ranelletti e, quindi, l’idea che il diritto privato sia applicabile solo ai contratti che perseguono mediamente lo scopo dell’ente⁸ – e per Giannini, che del primo accoglie e recepisce la teorizzazione, l’attività dell’amministrazione può essere suddivisa fra un’attività amministrativa di diritto pubblico o privato, da un lato, e un’attività privata, dall’altro. Ciò che distingue l’attività amministrativa di diritto privato da quella meramente privata dell’amministrazione sta nel fatto che mentre la prima è comunque riferibile all’agire istituzionale dell’ente e rappresenta solo un modo di agire alternativo a quello autoritativo (e pertanto persegue immediatamente lo scopo), la seconda è quella meramente strumentale al fine istituzionale («accessoria») e quindi esplicita «con mero intento economico, a titolo di buona amministrazione del proprio patrimonio [...] non solo formalmente, ma anche sostanzialmente come un privato qualsiasi»⁹. Ancora una volta, la distinzione vale a confermare il limite (interno) dello scopo alla sola attività amministrativa di diritto privato – quella che in Cammeo è ricondotta ai contratti finali – e a rimuovere quel vincolo per l’attività privata (contratti strumentali) alla quale, con un certo grado di approssimazione, possono essere ricondotti in parte gli appalti pubblici (specie se di servizi e forniture)¹⁰.

Come osservato da attenta dottrina, quelle distinzioni hanno rivestito un ruolo pratico di grande rilievo, perché esse sono state utili a ripartire l’ambito di applicazione dell’evendenza pubblica: escluso per i contratti strumentali, tipico invece per quelli finali¹¹.

Una specificazione, quest’ultima, che impone di considerare, seppur brevemente,

⁷ Così, C. Cammeo, *I contratti della pubblica amministrazione*, cit., 152-174 (la citazione è a p. 156).

⁸ A. Amorth, *Osservazioni sui limiti all’attività amministrativa di diritto privato*, in *Arc. dir. pubbl.*, 1938, 3, 455 ss. (spec. 477-485).

⁹ A. Amorth, *Osservazioni sui limiti all’attività amministrativa di diritto privato*, cit., 489. In tal senso anche G. Roehrsen di Cammarata, *I contratti della Pubblica Amministrazione*, Bologna, Zanichelli, 1959, 14 ss.

¹⁰ Cfr. M.S. Giannini, *Attività amministrativa, ad vocem*, in *Enc. dir.*, III, Milano, Giuffrè, 1958, 994, il quale esemplificativamente riconduce all’attività privata della pubblica amministrazione le attività «di amministrazione ordinaria dei patrimoni, di manutenzione ordinaria dei beni, di approvvigionamento dei beni di consumo corrente per lo svolgimento del lavoro degli uffici e dei servizi».

¹¹ Così, M. Dugato, *Atipicità e funzionalizzazione nell’attività amministrativa per contratti*, Milano, Giuffrè, 1996, 28. Inoltre, la menzionata qualificazione dei tipi di attività della pubblica amministrazione ha rivestito, pur nella varietà delle forme, un ampio ruolo soprattutto quanto ai limiti (funzionali) imposti all’attività contrattuale della pubblica amministrazione e all’ammissione/estensione delle forme atipiche di contrattazione.

l'originaria funzione dell'evidenza pubblica.

Senza addentrarsi in narrazioni eccessivamente sovrabbondanti rispetto ai fini dello studio e tenuto conto che alcune considerazioni storiche saranno riprese nel corso dell'intero elaborato, l'"anno zero" della normativa sugli appalti pubblici può essere fissato, con un certo grado di approssimazione, nel XIX secolo.

Mentre per le trattative fra soggetti privati è a lungo mancata una disciplina procedimentale atta a fornire una qualche garanzia ai contraenti¹² (in Italia la responsabilità precontrattuale verrà disciplinata solo nel 1942 dagli artt. 1337 e 1338 c.c., *infra* cap. II, sez. I), una normativa, seppur embrionale, per la formazione dei contratti della pubblica amministrazione nell'Italia post-unitaria è "sempre" esistita: dapprima perché fu estesa la disciplina allora vigente nel Regno di Sardegna (l. 23 marzo 1853, n. 1483¹³), poi perché nello Stato unitario il settore fu interessato dal susseguirsi di plurimi interventi normativi (l. 22 aprile 1869, n. 5026, e r.d. 4 settembre 1870, n. 5852; r.d. 17 febbraio 1884, n. 2016 e r.d. 4 maggio 1885, n. 3074; r.d. 8 novembre 1923, n. 2440 e r.d. 23 maggio 1924, n. 827).

Pur a fronte del progressivo aumento dell'analiticità e della precettività della regolazione, la normativa così succintamente richiamata presentava un certo *fil rouge*, un comune denominatore, dato dalla (formale) sottrazione della scelta del contraente all'arbitrio del diritto privato e nella sua sottoposizione al previo esperimento di un procedimento di gara da condurre per pubblici incanti (oggi procedure aperte) nonché, dal 1923, per licitazione privata (oggi procedura ristretta) e in caso di "speciali ed eccezionali circostanze" per trattativa privata (oggi procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara).

Restringendo il campo di osservazione alle disposizioni contenute nel r.d. 8 novembre 1923, n. 2440 e nel regolamento recato dal r.d. 23 maggio 1924, n. 827 – che a lungo hanno rappresentato (e tuttora in parte rappresentano¹⁴) la normativa principale per alcuni

¹² Cfr. R. von Jhering, *Culpa in contrahendo oder schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur perfektion gelangten vertragen*, in *Jahrbucher für die dogmatik des heutigen römischen und deutschen privatrechts*, IV, 1861 (per la traduzione dell'opera si v. R. von Jhering, *Della culpa in contrahendo, ossia Del risarcimento del danno nei contratti nulli o non giunti a perfezione*, traduzione di F. Procchi, Napoli, Jovene, 2005). Sull'insufficienza della tutela dei contraenti nell'ordinamento italiano si v. L. Coviello, *Della cosiddetta culpa in contrahendo*, in *Filangeri*, 1900, 25, 91 ss. Più in generale, si v. F. Benatti, *Responsabilità precontrattuale*, I, *Diritto civile*, in *Enc. giur.*, XXVII, Roma, Treccani, 1991.

¹³ Cfr. l'art. 24 della l. n. 1483/1853 "Tutti i contratti nell'interesse dello Stato avranno luogo a pubblici incanti in conformità dei Regolamenti, salve le eccezioni indicate nell'archivio, seguente, od altrimenti stabilite dalle Leggi".

¹⁴ Il r.d. 8 novembre 1923, n. 2440 e il regolamento recato dal r.d. 23 maggio 1924, n. 827 sono infatti tuttora vigenti per i contratti attivi. In tema, di recente, cfr. A. Farì, *I contratti attivi: l'evidenza pubblica tra regole di contabilità e di mercato*, Napoli, Editoriale scientifica, 2018; G. Manfredi, *Note introduttive sulla disciplina dei contratti attivi della pubblica amministrazione*, in *Dir. econ.*, 2016, 1, 41 ss.; R. Caranta, *I contratti pubblici*, Torino, Giappichelli, 2004, 78 ss., il quale evidenzia che i contratti attivi costituiscono in realtà «un'eccezione nell'attività contrattuale degli enti pubblici».

contratti pubblici¹⁵ – vi è un dato da evidenziare ed un interrogativo da sciogliere.

Si deve anzitutto ribadire e sottolineare la differenza che intercorre fra la contrattazione privatistica e quella pubblicistica, la prima essendo di regola assoggettata al regime dell'autonomia negoziale (*id est*, alla libertà di scelta del contraente¹⁶), la seconda essendo invece improntata al cosiddetto regime dell'evidenza pubblica¹⁷ e, quindi, procedimentalizzata nel suo dispiegarsi.

Vi è allora da chiedersi quale sia la giustificazione della procedimentalizzazione dell'attività di scelta del contraente negli appalti pubblici.

Se oggi, come si dirà, le ragioni sono plurime, in origine il fine della normativa o del vincolo procedimentale era unico e direttamente collegato alla concezione contabilistica, ovvero al contenimento della spesa pubblica nel settore degli appalti¹⁸.

L'individuazione del giusto contraente invero ha originariamente risposto ad una logica tutta (o principalmente) economica. Quella normativa «posta esclusivamente nell'interesse dell'amministrazione»¹⁹, introduceva il contratto ad evidenza pubblica non solo (e forse non tanto) per una «per una ragione di coerenza con il sistema del diritto amministrativo» ovvero «con il principio di legalità», ma anche e soprattutto «per una ragione pratica» e cioè quella «di porre freno agli abusi dei fornitori dello Stato, specie militari»²⁰:

¹⁵ Si consideri che anche la legge sulle opere pubbliche (All. F della legge 20 marzo 1865, n. 2248, spec. art. 325) faceva rinvio alla legislazione di contabilità e alle norme ivi previste in relazione ai contratti dell'amministrazione. Ulteriormente, è stato evidenziato che fino all'adozione del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (ovvero il previgente codice dei contratti pubblici adottato in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE), la recezione delle direttive di prima generazione (direttiva 71/305/CEE, 72/277/CEE, 77/62/CEE e 80/767/CEE) non aveva escluso l'applicazione del r.d. n. 2240/1923 ai contratti sotto soglia, venendosi così a creare «due distinti sottosistemi normativi fondati su obiettivi, principi e presupposti eterogenei» (F. Mastragostino, *La disciplina dei contratti pubblici fra diritto interno e normativa comunitaria*, in *Diritto dei contratti pubblici*, a cura di F. Mastragostino, Torino, Giappichelli, 2017, 1 ss., spec. 2-3).

¹⁶ Salvo il limite della responsabilità precontrattuale (su cui, v. infra, cap. II, sez. II) e di particolari (ma non necessariamente episodici) obblighi di trasparenza, su cui si v. R. Filippo, *Dovere di informazione e responsabilità precontrattuale: dalle clausole generali alla procedimentalizzazione dell'informazione*, in *Resp. civ.*, 2012, 3, 173 ss. Sull'impiego di moduli procedimentali anche nelle trattative fra soggetti privati, nelle quali, seppur sia assente la rigida scansione delle fasi dei contratti ad evidenza pubblica, «sono comunque distinguibili i momenti dell'indizione della gara, della fissazione delle regole del gioco, dello svolgimento della gara» si v. G.D. Comperti, *La nuova sfida delle direttive europee*, cit., 26.

¹⁷ Imprescindibile è il rinvio a M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, II, Milano, Giuffrè, 1993, 363 ss.

¹⁸ Non è un caso che il procedimento di evidenza pubblica, prima dell'impulso derivato dalle direttive europee, sia stato introdotto da normative nazionali rubricate rispettivamente: “Sulla amministrazione del patrimonio dello Stato e sulla contabilità generale” (l. 22 aprile 1869, n. 5026); “Testo unico di legge sull'Amministrazione e sulla Contabilità generale dello Stato” (r.d. 17 febbraio 1884, n. 2016); “Nuove disposizioni sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità generale dello Stato” (r.d. 8 novembre 1923, n. 2440).

¹⁹ C. cost., 23 novembre 2007, n. 401.

²⁰ M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, I, Milano, Giuffrè, 1970, 677. Che vi fosse un'esigenza pratica dietro la scelta di pubblicizzare un rapporto altrimenti contrattuale è fatto che emerge chiaramente anche nel pensiero di Mantellini, il quale era mosso da una certa avversione nei confronti degli “affaristi” che grazie agli strumenti offerti dal diritto privato minavano «l'indipendenza della funzione amministrativa» (G. Mantellini, *Relazione sulle avvocature erariali per l'anno 1880*, in *Legge*, 1881, I, 787 ss.; su

insomma, più esplicitamente, l'evidenza pubblica era destinata a controllare la spesa pubblica al fine di garantire il miglior utilizzo del denaro della collettività²¹ e per farlo circondava l'affidamento della commessa ad una «ben adatta controlleria, sussidiata da un sistema chiaro e razionale di registrazioni contabili»²². È in quest'ottica, ovvero per questo suo intimo collegamento con il patrimonio, con le scritture contabili e con i controlli, che il contratto veniva «comunemente *studiato* nell'ambito della contabilità pubblica»²³ e qualificato alla stregua di un atto finanziario²⁴.

Quanto precede non è evidentemente posto al fine di soddisfare esigenze storiografiche – che, data la brevità dell'analisi, rimarrebbero assolutamente insoddisfatte – ma è utile a porre le due principali coordinate per il prosieguo dello studio.

È bene anticipare, infatti, che se la ragione primaria nella normativa sui contratti ad evidenza pubblica era quella del controllo sulla spesa e implicitamente sullo scopo del contratto, il venir meno della distinzione, posta ai fini dell'applicazione dell'evidenza pubblica, fra contratti strumentali e finali ha consentito di inferire *mutatis mutandis* la funzionalizzazione di ogni contratto (*infra* §1.1.). Inoltre, come si dirà, i mutamenti ordinamentali, e specialmente l'accrescimento degli scopi dell'evidenza, consentiranno di recuperare, a fianco della *funzionalizzazione*, il concetto di strumentalità, ma questa volta svincolandolo dalla sua originaria concezione “in negativo” per restituirne una connotazione “in positivo”: ovvero quella della *finalizzazione* del contratto di appalto rispetto a

questo aspetto precipuo del pensiero di Mantellini si v. M. D'Alberti, *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, Jovene, 1981, 17 e 64). Cfr. altresì L. Forti, *Sulla formazione dei contratti dello Stato*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1938, 7, 3 ss., spec. 36, per la quale il fine delle norme sulla contabilità pubblica era quello di «ottenere una proposta, la più favorevole per la P.A., liberare i pubblici funzionari dalla taccia di favoritismi, accrescere quindi la fiducia della pubblica opinione in una retta gestione delle finanze dello Stato». La tutela dell'amministrazione dagli abusi degli appaltatori è chiaramente spiegata da M. Clarich, *La tutela della concorrenza nei contratti pubblici*, in *Riv. giur. mezz.*, 2016, 3, 737 ss., spec. 738, il quale riferendosi alla teoria dell'Agenzia evidenza «due problemi di agenzia». Il primo è quello di «prevenire comportamenti opportunistici da parte dell'“agente” (*fornitore*) a danno del “principale” (*amministrazione acquirente*)»; il secondo invece ha una «dimensione interna ai rapporti tra stazione appaltante (“principale”) e dirigente o funzionario responsabile della procedura di gara (“agente”) poiché gli incentivi che motivano il comportamento dei due possono divergere» (corsivo aggiunto da chi scrive).

²¹ Cfr. R. Caponigro, *Il rapporto tra tutela della concorrenza ed interesse alla scelta del miglior contraente nell'impugnazione degli atti di gara*, in *Giustamm.it*, 2016, 6. Come osservato da M. D'Alberti, *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2008, 2, 297 ss., nelle norme di contabilità pubblica «resta determinante l'interesse della pubblica amministrazione, soprattutto finanziario» (p. 298).

²² Così la relazione di Restelli alla Camera in relazione al progetto presentato da Cambay Digny, l. 2 aprile 1869, n. 5026.

²³ C. Bentivenga, *Elementi di contabilità di Stato*, Milano, Giuffrè, 1950, 48, corsivo di chi scrive. Si consideri quanto sostenuto da G.D. Comporti, *Introduzione: dal potere discrezionale alle scelte negoziali*, in *Le gare pubbliche: il futuro di un modello*, a cura di G.D. Comporti, Napoli, Editoriale scientifica, 2011, 1 ss., spec. 11, il quale osserva che l'attrazione della materia agli studi di contabilità determinarono «il distacco dal settore centrale della funzione, ove avviene la valutazione degli interessi e la elaborazione delle scelte».

²⁴ Così, M. Ingresso, *Istituzioni di diritto finanziario*, Napoli, Jovene, 1935, 95.

interessi primari per la collettività, ma talvolta secondari per l'ente.

1.1. *Alcune ricomposizioni tramite il principio di funzionalizzazione. La funzionalizzazione e la finalizzazione negli appalti pubblici*

Rispetto a quanto precede, l'evoluzione normativa successiva, specie se riferita all'avvento delle direttive comunitarie ed europee, ha segnato un vero e proprio punto di svolta, perché, come si dirà, il contratto di appalto (il classico contratto strumentale) è stato via via gravato di funzioni pubblicistiche e quindi di interessi pubblici²⁵.

Senonché, prima ancora di prendere coscienza di quelle novità, vi sono da considerare alcuni fondamentali sviluppi sul tema della funzionalizzazione di tutti i contratti della pubblica amministrazione.

Un primo dato è innegabile, ma esso è riduttivo rispetto alle più drastiche e nodali conclusioni raggiunte da altra parte della dottrina. Ogni generalizzazione pecca di imprecisione, perché quantomeno il contratto di appalto di lavori sarebbe comunque funzionalizzato «alla realizzazione di interessi pubblici primari e cioè di opere destinate al soddisfacimento di bisogni della comunità amministrativa»²⁶.

Come si avvertiva, però, si tratta di una affermazione “minore” rispetto a quella maturata a cavallo fra gli anni '80 e '90. In quel periodo, infatti, è andata sviluppandosi la più drastica convinzione che non fosse vero che l'attività contrattual-strumentale potesse essere svolta dall'amministrazione per fini meramente “ordinari” e economici, al pari di quanto avrebbe potuto fare un qualsiasi privato²⁷.

Ebbene, quella elaborazione dottrinale principia da un dato che è comune anche a parte di quegli interpreti che avevano sostenuto la defunzionalizzazione dell'attività contrattual-strumentale; essa però giunge poi a conclusioni ben più estensive.

Il presupposto comune è l'idea della sussistenza di un nesso inscindibile fra il fine e l'ente, perché, per dirla con le parole di chi scriveva ad inizio del secolo scorso, «lo scopo è uno degli elementi costitutivi della personalità dell'ente», o perché, per usare le

²⁵ La cui ampiezza e sovrabbondanza è oggi tale da suscitare le critiche di una parte della dottrina che della «babele dei fini» (G.D. Comperti, *La flessibilità nelle negoziazioni pubbliche*, cit., 181) teme l'eterogeneità e quindi la capacità (in negativo) di snaturare la portata della riforma e, si direbbe, dell'istituto (così, Id., *Problemi e tendenze*, cit., 600).

²⁶ E. Sticchi Damiani, *La nozione di appalto pubblico*, cit., 73. Cfr. altresì M. Dugato, *Atipicità e funzionalizzazione*, cit., nota 39 a p. 28, per il quale se gli appalti di forniture sono «assolutamente strumentali», al contrario quello di opere pubbliche è «contratto finale per eccellenza».

²⁷ Cfr. C. Marzuoli, *Principio di legalità e attività di diritto privato della Pubblica Amministrazione*, Milano, 1982 e M. Dugato, *Atipicità e funzionalizzazione*, cit., spec. 1-78.

espressioni della dottrina di fine secolo, «i fini preesistono all'ente»²⁸. E se quel nesso di presupposizione fra il fine e l'ente esiste, allora si deve ammettere (logicamente, prima ancora che giuridicamente) anche la necessarietà di un legame fra il fine e l'attività: insomma, se lo scopo preesiste all'ente, ogni attività o strumento impiegato da quest'ultimo deve rispondere a quel fine, che rimane immutabile in ragione del vincolo di presupposizione.

Fin qui le coincidenze. Le differenze si pongono sul piano più concreto della catalogazione delle *species* di attività.

Lo si è detto, per la dottrina di inizio del secolo scorso la funzionalizzazione rispetto al fine pubblico sarebbe propria, per dirla con Cammeo, solo della attività amministrativa e di quella negoziale per contratti finali, o, per dirla con Amorth, solo dell'attività amministrativa di diritto pubblico o di diritto privato. Non apparterebbe invece ai contratti strumentali o, ma è eguale a dirsi, all'attività privata, la quale manterrebbe un legame meramente indiretto con l'interesse pubblico primario attribuito all'amministrazione²⁹.

Diversa è la posizione dell'altra e più recente dottrina che, coerentemente rispetto alle premesse poste, afferma che se il fine preesiste all'ente allora tutta l'attività della pubblica amministrazione deve dirsi necessariamente funzionalizzata; e ciò anche laddove lo strumento di diritto privato legittimi in astratto il perseguimento di qualsivoglia finalità³⁰.

²⁸ Le citazioni vanno attribuite rispettivamente a C. Cammeo, *I contratti della pubblica amministrazione*, cit., 132-133 e a M. Dugato, *Atipicità e funzionalizzazione*, cit., 40.

²⁹ Chiaramente sul punto A. Amorth, *Osservazioni sui limiti all'attività amministrativa di diritto privato*, cit., 487, per il quale «se la rispondenza al pubblico interesse è dunque requisito giuridico indispensabile di ogni attività delle pubbliche amministrazioni, ciò spiega perché anche quella specie di attività, più lontana dall'attività pubblica e cui vorremmo riservare l'appellativo di privata in senso stretto, debba necessariamente tornare a vantaggio delle finalità che costituiscono la destinazione fondamentale delle pubbliche amministrazioni».

³⁰ Così, M. Dugato, *Atipicità e funzionalizzazione*, cit., 40-48. Si v. l'incisiva critica che l'A. muove a quelle tesi che limitavano la rilevanza della funzionalizzazione in base alla distinzione fra: scopo immediato e scopo mediato dell'attività (nota 17 a p. 42); contratti strumentali e contratti finali (nota 17 a p. 43) attività privata dell'amministrazione e attività amministrativa di diritto privato (nota 36 a p. 26). Le medesime conclusioni sono raggiunte da S. Vinti, *Limiti funzionali all'autonomia negoziale della pubblica amministrazione nell'appalto di opere pubbliche*, Padova, Cedam, 2008, 10 ss. (e si v. altresì nota 1, cap. I, relativamente alla critica alla bipartizione operata da A. Amorth). Sul rilievo che non sia ammissibile distinguere, quanto all'operatività della funzionalizzazione, fra attività privata e attività di diritto privato della pubblica amministrazione cfr. anche si v. R. Dipace, *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, Milano, Giuffrè, 2006, 191-193; P. Carpentieri, *L'azione amministrativa e la sua inaggrabile specialità*, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Cfr. altresì, C. Marzuoli, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, cit., 133 ss., il quale, distinguendo fra funzionalità e funzionalizzazione, afferma che «tutta l'attività di diritto privato è funzionale e non solo quella assoggettata a procedimenti di evidenza pubblica» e che «il principio di legalità indirizzato si specifica e si esplica come vincolo di scopo». Si v. altresì A. Romano Tassone, *A proposito del potere, pubblico e privato, e della sua legittimazione*, in *Dir. amm.*, 2013, 4, 559 ss., spec. 574, il quale afferma che «può darsi per acquisito che qualunque potere venga attribuito ad un organismo pubblico, sia per ciò solo funzionalizzato – e dunque: a prevalente legittimazione oggettiva – ancorché esso possa esser giuridicamente qualificato come potere privato»; M.T.P. Caputi Jambrenghi, *Studi sull'autorità nella funzione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2005, 6-8; F.

Eliminata la rilevanza della distinzione fra attività contrattuali strumentali e finali ai fini dell'estensione dello statuto della funzionalizzazione, la dottrina evidenzia e valorizza al più il valore "storico" di quella differenziazione, perché è innegabile che quell'elaborazione ha comunque dato corso ad una analisi sistematica della forma e della sostanza dell'attività amministrativa per contratti³¹.

Vero è, però, che l'importanza di quelle distinzioni oggi non può andare oltre a quanto si è appena detto, perché quella bipartizione neppure svolgerebbe appieno quella funzione descrittiva altrove evidenziata³², non fosse altro perché le norme di diritto positivo applicabili sono le stesse³³: non vi è motivo di indugiare nel constatare come la normativa in materia di appalti pubblici non ponga affatto detta distinzione in punto di applicazione dell'evidenza pubblica, che semmai trova oggi il discrimine nelle soglie di valore della commessa.

Preso atto del fatto che devono ritenersi superate le distinzioni interne all'attività contrattuale della pubblica amministrazione e che ogni forma di azione in quanto afferente ad un ente finalisticamente istituito deve ritenersi funzionalizzata, si tratta ora di svolgere qualche altra considerazione.

Si parta da qui. Rimane difficile revocare in dubbio che non attraverso ogni fattispecie di appalto sia possibile curare direttamente il fine istituzionale dell'ente: ciò, come si è ricordato, appare evidente quantomeno nei casi di appalti di forniture.

Dal che pare ricavarsi un "cortocircuito". Se un atto determinativo non è idoneo a realizzare immediatamente un interesse pubblico allora dichiararne la sua funzionalizzazione a quell'interesse avrebbe un valore meramente nominalistico. Insomma, rimarrebbe comprovata l'idea che tramite l'appalto l'amministrazione agisca come un normale privato svincolato da qualsivoglia funzionalizzazione.

Non è così. Il fatto che un'attività non possa raggiungere direttamente il fine istituzionale non significa che essa sia defunzionalizzata.

Il concetto di funzionalizzazione deve allora essere meglio specificato. A tal fine si pongono fondamentalmente tre passaggi.

Fracchia, *L'accordo sostitutivo*, Padova, Cedam, 1998, 99-100; E. Bruti Liberati, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico tra amministrazione e privati*, Milano, Giuffrè, 1996, 122 ss.

³¹ In tal senso, G. Pericu e M. Gola, *L'attività consensuale dell'amministrazione pubblica*, in *Diritto amministrativo*, II, a cura di L. Mazzarolli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco e F.G. Scoca, Bologna, Monduzzi, 2005, 283 ss. Diverso, perché presupposto, è il tema della rilevanza del contrasto fra Hauriou e Dicey, perché dall'idea errata di una contrapposizione dicotomica fra amministrazioni a regime amministrativo e amministrazioni a regime comune si fini paradossalmente per rafforzare «il privatismo latente nelle amministrazioni a diritto amministrativo» (S. Cassese, *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*, cit., 223), così superando il "mito" di un'amministrazione che agisse sempre e solo tramite moduli autoritativi.

³² Così, E. Casetta, *Attività amministrativa, ad vocem*, in *Dig. disc. pubbl.*, I, Torino, Utet, 1987, 526.

³³ Così, M. Dugato, *Atipicità e funzionalizzazione*, cit., 29. In tal senso, anche, R. Dipace, *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, cit., 192.

Funzionalizzazione nella prospettiva qui assunta deve essere intesa innanzitutto come perseguimento dell'interesse pubblico e non come necessario conseguimento. Nella "prospettiva del perseguimento" infatti assume carattere fondamentale quello della doverosità della pulsione al fine³⁴: la realizzazione sarà un evento necessario (nei limiti del principio di proporzionalità) per l'attività "finale", o una possibilità soltanto eventuale (o, meglio, indiretta) per l'attività "strumentale". Solo tenendo distinti questi due piani (perseguimento e realizzazione) si può comprendere come anche un'attività strumentale possa dirsi funzionalizzata: essa lo è perché persegue doverosamente l'interesse; poco importa che non lo realizzi direttamente e immediatamente.

In secondo luogo, se l'amministrazione deve perseguire doverosamente l'interesse pubblico astratto ciò significa che quell'interesse deve essere sempre compreso (nel senso di inserito e valutato) in ogni sua ponderazione. È quindi in ciò, ovvero nella discrezionalità amministrativa, che si risolve anzitutto la necessaria funzionalizzazione dell'attività amministrativa per contratti.

Quanto precede permette allora di spiegare che il perseguimento del fine istituzionale è questione rilevante sotto il profilo qualitativo e non quantitativo. L'interesse pubblico identificato dalla legge è infatti un'astrazione che richiede, nella complessità della situazione storica³⁵, una sua specificazione e definizione da parte dell'amministrazione con osservanza dei principi di imparzialità e di buon andamento³⁶: in altre parole, esso

³⁴ Cfr. M. Dugato, *Atipicità e funzionalizzazione*, cit., 37, ove l'A. afferma che il potere dell'amministrazione è anche «un dovere, dovere di agire se, quando, nella direzione e col contenuto, che questi interessi collettivi richiedono». Si v. anche C. Marzuoli, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, cit., 146, ove sostiene che sarebbe proprio il profilo della doverosità istituzionale dell'amministrazione (espressione del principio di legalità-indirizzo) ad impedire la configurabilità di una piena posizione di autonomia privata in capo alla pubblica amministrazione. Sulla doverosità, con particolare riferimento ad un tema qui centrale, ovvero quello della tutela dell'ambiente, si v. F. Fracchia, *Introduzione allo studio del diritto dell'ambiente. Principi, concetti e istituti*, Napoli, Editoriale scientifica, 2013, 123 ss.

³⁵ Sulla complessità nel diritto amministrativo, cfr. M. Bombardelli, *Semplificazione normativa e complessità del diritto amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2015, 3, 985 ss. La riflessione generale sul tema è arricchita dalla «questione paesaggistica», ove la complessità è carattere strutturale del paesaggio, inteso quale luogo di convergenza non solo di molteplici interessi, ma anche di numerose e differenziate discipline (in tema si v. l'ampio studio di P. Marzaro, *Epistemologie del paesaggio: natura e limiti del potere di valutazione delle amministrazioni*, in *Dir. pubbl.*, 2014, 3, 843 ss.).

³⁶ Cfr. S. Civitarese Matteucci, *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*, Torino, Giappichelli, 1997, 201, ove, seppur in relazione alla tematica degli accordi di cui all'art. 11 della l. n. 241/90, afferma che «sembra darsi per scontata la possibilità di individuare un interesse pubblico come parametro che consenta di valutare la conformità o compatibilità dell'accordo rispetto ad esso» e che «sembra esservi in dottrina una diffusa consapevolezza sulla circostanza che un oggettivo parametro di riferimento, inteso come interesse pubblico da perseguire, è introvabile nella legge». Cfr. sul punto A. Pizzorusso, *Interesse pubblico e interessi pubblici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, 1, 57 ss., ove afferma che l'interesse pubblico singolarmente considerato non sia univocamente identificabile una volta per tutte, costituendo esso piuttosto il risultato "mutevole" delle scelte operate dalla pubblica amministrazione alla luce della variabile combinazione delle diverse contingenze. *Contra*, C. Franchini, *I contratti della p.a. tra diritto pubblico e diritto privato*, in *I contratti con la pubblica amministrazione*, a cura di C. Franchini, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, Torino, Utet, I, 2007, 51 ss., spec. 67, ove, al

richiede una sua traduzione nell'interesse pubblico in concreto³⁷. Il perseguimento del fine non è quindi questione quantitativa (cioè ciò che importa non è quanto del fine si persegua). Possono darsi casi, infatti, in cui l'interesse pubblico istituzionale gioca un ruolo minore nel bilanciamento degli interessi, quasi che fosse solo il motivo dell'avvio dell'azione amministrativa³⁸, mentre altri "valori" assumono (*rectius*, possono assumere) fondamentale considerazione.

Come si anticipava (*supra* §1), è rispetto a questi fini ulteriori che il contratto può dirsi *finalizzato*, seppur nei limiti e nella misura determinata dalla valutazione discrezionale condotta nel procedimento presupposto a quello di evidenza pubblica e, potenzialmente, dalle specificazioni derivanti dalle negoziazioni con i concorrenti invitati.

Se si guarda all'appalto pubblico deve pertanto ammettersi che la funzionalizzazione ivi operante sia scissa in due "parti". L'una è la funzionalizzazione all'interesse pubblico astratto: essa è logicamente prioritaria; consiste nel perseguimento dell'interesse pubblico legislativamente predeterminato; e potrebbe identificare anche solo la ragione astrattamente fondante la scelta di acquistare un determinato bene, servizio o lavoro. L'altra è la funzionalizzazione all'interesse pubblico in concreto: questa è amministrativamente determinata sulla base di valutazioni discrezionali che, muovendo da un'esigenza concreta e strumentale rispetto al perseguimento dell'interesse primario, si arricchiscono dei valori a cui l'ordinamento *finalizza* l'attività in questione; essa assume rilievo in quasi tutti gli atti del procedimento di evidenza pubblica e dell'esecuzione del rapporto contrattuale; essa si traduce nel dovere di conseguire nella singola vicenda contrattuale l'interesse

contrario, afferma che vi è sempre una norma che identifica gli interessi pubblici da curare e il fine da raggiungere.

³⁷ Su cui fondamentale rimane E. Cannada-Bartoli, *Interesse (dir. amm.)*, *ad vocem*, in *Enc. giur.*, Milano, Giuffrè, 1972, XXII, spec. 6 ss., per il quale la prospettiva volta a valorizzare l'interesse pubblico in concreto «mediante il riferimento a una data situazione storica, consente di comprendere appieno la concorrenza tra più interessi pubblici riferibili a distinti settori di attività amministrativa oltre quella, più nota e tradizionale, del contrasto tra un interesse pubblico e interessi dei privati». Cfr. Sul punto, di recente, si v. F.G. Scoca, *Interesse legittimo: storia e teoria*, Torino, Giappichelli, 2017, 185. In relazione all'attività contrattuale, cfr. A. Federico, *Autonomia negoziale e discrezionalità amministrativa*, Napoli, 1999, 32 ss., ma soprattutto non può essere trascurata la posizione espressa da C. Marzuoli, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, cit., 150 ss., il quale sostiene che il vincolo di scopo non si indentifichi né con l'interesse pubblico generale, né con il fine legale proprio di ogni ente, essendo invece un vincolo in bianco integrabile dalla legge o da un atto amministrativo di indirizzo degli organi politico-rappresentativi della pubblica amministrazione. Sul punto è interessante specificare le conclusioni raggiunte dall'A., il quale, contrariamente alla dottrina maggioritaria (si veda l'incisiva sintesi operata da R. Chieppa, *Studi di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2007, 471 ss.), sostiene la nullità *ex* 1418 c.c. del contratto stipulato in violazione del vincolo di scopo (sia esso identificato dalla legge o dall'atto amministrativo di indirizzo). Parzialmente difforme M. Dugato, *Atipicità e funzionalizzazione*, cit., 60 ss., il quale, pur sostenendo che il mancato perseguimento dell'interesse pubblico contenuto nella norma attributiva abbia una diretta rilevanza sul contratto, afferma che la violazione dello scopo contenuto negli atti di indirizzo non possa condurre alla nullità del negozio, ma produca solo effetti indiretti (per annullamento degli atti presupposti).

³⁸ Sull'irrelevanza dei motivi sottesi al contratto strumentale si v. C. Cammeo, *I contratti della pubblica amministrazione*, cit., 152-154.

pubblico in concreto³⁹.

Il che consente di affermare senza eccessivi indugi che la qualificazione di un contratto di appalto come atto a carattere strumentale non comporta la defunzionalizzazione della fattispecie: rimane fermo infatti che esso «serve *direttamente* a realizzare un interesse pubblico concreto»⁴⁰.

Ciò posto in termini teorici, si tratta allora di comprendere se vi siano e quanti siano gli interessi secondari di cui è oggi gravato l'appalto. La risposta consentirà di rispondere a tre interrogativi. Anzitutto, quale sia in astratto il grado di finalizzazione dei contratti di appalto; poi, e di tutta conseguenza, quale sia oggi il peso della discrezionalità amministrativa e quindi della funzionalizzazione all'interesse pubblico in concreto nella vicenda contrattuale; infine permetterà di stabilire se effettivamente l'interesse pubblico in concreto permei tutta la vicenda contrattuale e quindi se sia da rigettare non solo l'idea, già criticata, per la quale l'attività per contratti strumentali (qui circoscritti agli appalti) sia posta in essere «per quegli scopi che sarebbero propri di un privato qualsiasi»⁴¹, ma anche la (si direbbe, alternativa) pretesa che dopo la stipula del contratto l'interesse pubblico scompaia definitivamente dalla scena⁴².

Le risposte saranno tre, ma sarà unica la conseguenza ed essa concernerà il rilievo rivestito oggi dall'aggiudicazione nella vicenda contrattuale, nella quale, può essere utile anticiparlo, paiono assumere un peso ben maggiore le fasi di determinazione dell'oggetto contrattuale, di negoziazione e di esecuzione del rapporto.

2. L'avvento delle direttive comunitarie ed europee: dalla creazione del mercato unico all'implementazione della Strategia Europa 2020. Precisazioni sullo sviluppo dello studio

Per comprendere quale sia oggi il valore strumentale (ovvero finalizzante) dei contratti di appalto è necessario considerare l'evoluzione delle direttive comunitarie ed europee.

La legislazione di contabilità, lo si è precisato, aveva prescritto un *iter* procedimentale (propedeutico alla stipula del contratto di appalto) rispondente direttamente all'interesse finanziario dell'amministrazione. Non può però trascurarsi il fatto che la

³⁹ Cfr. F. Ledda, *Per una nuova normativa sulla contrattazione pubblica*, cit., 328-334, il quale definisce l'interesse pubblico in concreto come ciò che «può cogliersi nella vicenda storica in quanto trova origine nei fatti, e che la conoscenza degli stessi fatti concorre a definire come una relazione o posizione compiutamente individuata» (p. 329).

⁴⁰ *Ivi*, 333-334.

⁴¹ M.S. Giannini, *Attività amministrativa*, cit., 994.

⁴² Così M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, II, cit., 363 ss.

procedimentalizzazione della fase antecedente alla stipula ebbe anche l'ulteriore (ma indiretto) merito di favorire la tutela dei partecipanti tramite il controllo giurisdizionale sugli atti amministrativi ivi adottati con inosservanza delle forme e regole prescritte⁴³.

Può dirsi che l'avvento delle direttive comunitarie abbia progressivamente implementato il percorso (già "inconsapevolmente" intrapreso dalla legislazione nazionale) di protezione degli interessi degli operatori economici operanti nel mercato europeo e dei partecipanti alla gara, secondo una prospettiva che nella percezione comune, ma in parte errata, mirerebbe a dare centralità alla concorrenza, quasi che il fine primario delle direttive (e quindi dell'appalto) fosse (e sia) quello di garantire la massima partecipazione alla gara. Quel risultato in realtà è, per così dire, un obiettivo indiretto, tenuto conto che il fine primario delle direttive (cfr. Considerando 1 della direttiva 2014/24/UE) è stato quello di aprire il mercato europeo e di garantire la libertà di circolazione delle merci e dei servizi, nonché la libertà di stabilimento⁴⁴.

Il compimento di quel disegno di massima apertura del mercato comunitario è stato il frutto di una progressiva stratificazione di normative che solo in anni più recenti hanno assunto il crisma della completezza, superando l'iniziale frammentarietà⁴⁵.

⁴³ In tal senso, cfr. L. Forti, *Sulla formazione dei contratti dello Stato*, cit., 32. Si consideri poi che l'aver previsto il pubblico incanto (procedura aperta) quale procedimento "ordinario" per l'affidamento del contratto di appalto ha comportato anche un'ulteriore tutela, questa andando ad appannaggio di tutti gli operatori economici operanti in quel dato mercato, che da quel momento sono resi edotti, tramite una primogenita forma di trasparenza, dell'avvio della procedura competitiva.

⁴⁴ Così, M. Clarich, *La tutela della concorrenza nei contratti pubblici*, cit., 740, che lucidamente rileva che «questo è l'interesse prevalente del diritto europeo: creare un mercato unico in materia di appalti pubblici. E allora la concorrenza è il precipitato dell'applicazione di questi principi di diritto europeo». In tal senso anche M. D'Alberti, *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, cit., 297 ss., nonché R. Caponigro, *Il rapporto tra tutela della concorrenza ed interesse alla scelta del miglior contraente nell'impugnazione degli atti di gara*, cit., secondo il quale la concorrenza rappresenta «un *posterius* giuridico» rispetto alle libertà del TFUE. Ulteriori indicazioni in tal senso possono ricavarsi da quanto affermato da S. Torricelli, *Disciplina dei contratti ed esternalizzazioni sostenibili*, in *La dimensione sociale della contrattazione pubblica. Disciplina dei contratti ed esternalizzazioni sostenibili*, a cura di C. Marzuoli e S. Torricelli, Napoli, Editoriale scientifica, 2017, 7 ss., il quale afferma che «il diritto europeo degli appalti si è concentrato sui diritti delle imprese interessate all'aggiudicazione, non tanto partendo dall'idea di un loro diritto ad avere una *chance* effettiva di partecipazione, quanto invece utilizzando strumentalmente la leva del loro diritto alla *chance*, per assicurare la legalità dell'azione amministrativa» (p. 20). Si consenta il rinvio anche a E. Guarnieri, *The participation of small and medium-sized enterprises in public procurements*, in *Annual international conference. Proceedings. 25th – 26th June 2018, Singapore*, GSTF, 2018, 130 ss. Riferimenti giurisprudenziali in tal senso possono rinvenirsi nella sentenza della CGUE, 27 novembre 2011, cause riunite C-285/99 e C-286/99, Lombardini e Mantovani, pt. 37, ove si afferma che «il coordinamento a livello comunitario delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici ha quindi come fine essenziale di proteggere gli interessi degli operatori economici stabiliti in uno Stato membro che intendano offrire beni o servizi alle amministrazioni aggiudicatrici stabilite in un altro Stato membro e, a tal fine, di escludere sia il rischio che gli offerenti nazionali siano preferiti nell'attribuzione di appalti sia la possibilità che un'amministrazione aggiudicatrice si lasci guidare da considerazioni non economiche» (in tal senso, *ex multis*, CGCE, 3 ottobre 2000, causa C-380/98, *University of Cambridge*, pt. 16 e 17; Id., 1° febbraio 2001, causa C-237/99, *Commissione/Francia*, pt. 41 e 42).

⁴⁵ In tal senso, S. Fantini e H. Simonetti, *Le basi del diritto dei contratti pubblici*, Milano, Giuffrè, 2017, 21.

I primi passi verso l'armonizzazione delle discipline nazionali degli Stati membri, infatti, sono stati compiuti attraverso l'adozione di normative settoriali, riferite ai lavori pubblici (direttive 71/305/CEE, 89/440/CEE e 93/37/CEE), alle forniture (direttive 77/62/CEE, 88/295/CEE e 93/36/CEE), ai servizi (direttiva 92/50/CEE) e ai settori esclusi (direttive 90/531/CEE e 93/38/CEE).

Vero è però che quelle discipline erano solo formalmente disgiunte, perché esse erano comunque mosse da un denominatore comune (l'apertura del mercato comune e l'eliminazione delle forme di discriminazione basate sulla nazionalità degli operatori economici) declinato in chiave attuativa attraverso una serie di obblighi ricadenti sulle amministrazioni appaltatrici, fra cui, la pubblicità delle gare, il divieto di porre nella *lex specialis* requisiti discriminatori in base alla nazionalità e la prescrizione di due soli criteri di aggiudicazione (il prezzo più basso e l'offerta economicamente più vantaggiosa).

Sarà però solo agli inizi del nuovo millennio che il legislatore europeo riordinerà il sistema, riconducendo la materia, nell'ottica della semplificazione normativa⁴⁶, a due sole direttive: la direttiva 2004/17/CE, relativa ai settori esclusi (acqua, energia, trasporto e servizi postali) e la direttiva 2004/18/CE, concernente le procedure di affidamento degli appalti pubblici di forniture, servizi e lavori. Ma non è questo il punto.

Se fino alle direttive di inizio nuovo millennio, il *refrain* costante era quello della creazione del mercato interno, il che è chiaramente evincibile dalla lettura dei relativi Considerando, è solo con le direttive del 2004 che, a livello normativo, gli appalti pubblici verranno (in)caricati di una nuova "missione", divenendo (di diritto) strumenti di promozione di politiche ambientali e sociali: in definitiva, strumenti non più asserviti al *purity principle*⁴⁷, ma mezzi di sviluppo sostenibile⁴⁸.

Rinviando ad un successivo momento l'analisi del dato normativo (che insisterà in particolare sulla più recente direttiva 2014/24/UE e sul nuovo Codice dei contratti pubblici, *infra* §3 ss.), è opportuno qui segnalare, nella prospettiva di una prima descrizione,

⁴⁶ Si presti attenzione al fatto che nel primo Considerando delle direttive 2004/13/CE e 2004/14/CE si afferma che per "motivi di chiarezza" è opportuno procedere alla "rifusione" delle direttive.

⁴⁷ Così, H. Caroli Casavola, *Le regole e gli obiettivi strategici per le politiche Ue 2020*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 12, 1135 ss., spec. 1139. In tema si v. Id., *La globalizzazione dei contratti delle pubbliche amministrazioni*, Milano, Giuffrè, 2012, 36-46, ove il *purity principle* è definito quale principio proprio di un sistema «volto a ridurre al minimo l'inserimento di criteri non economici nelle procedure di appalto» (nota 114, p. 44, ove è fatto rimando all'interessante studio di C. McCrudden, *International Economic Law and the Pursuit of Human Rights: A Framework for Discussion of the Legality of 'Selective Purchasing' Law under the WTO Government Procurement Agreement*, in *Journal of International Economic Law*, 1999, 3 ss., spec. 30 ss.).

⁴⁸ Si v. il ricco saggio di A. Di Giovanni, *L'ambiente sostenibile nel nuovo Codice degli appalti: green public procurement e certificazioni ambientali*, in *Dir. econ.*, 2018, 1, 157 ss., ove l'A. afferma che lo sviluppo sostenibile è l'elemento di unificazione tra il settore degli appalti e quello dell'ambiente, poiché «un'efficace tutela dell'ambiente si ottiene spingendo il mercato a lavorare per l'ambiente, il che significa condurre la pubblica amministrazione ad acquistare "verde", ricorrendo a strumenti di mercato con finalità di protezione dell'ambiente» (p. 164).

come è venuta a crearsi quella frattura, se così può definirsi, con l'esperienza normativa precedente.

Invero, l'emersione a livello legislativo di quelle che, ricorrendo a formule anglofone ampiamente utilizzate, sono comunemente definite come *secondary policies*, non è stata un'epifania improvvisa, ma piuttosto l'effetto ultimo di una presa di coscienza ben più radicata nel tempo.

Lo sviluppo sostenibile⁴⁹ è principio di derivazione internazionale, essendo stato compiutamente formulato e sancito per la prima volta nel 1983 dalla *World Commission on Environment and Development* istituita dalle Nazioni Unite – la quale lo definì come «*development which meets the needs of the present generation without compromising the ability of the future generation to meet theirs*»⁵⁰ – e quindi approfondito nel 1992 dalla *United Nations Conference on Environment and Development*, dove si dichiarò che il diritto di sviluppo «*must be fulfilled so as to equitably meet developmental and environmental needs of present and future generations*» e che «*in order to achieve sustainable development, environmental protection shall constitute an integral part of the development process and cannot be considered in isolation from it*».

Lo sviluppo sostenibile così declinato presenta una forte correlazione di tipo biunivoco con la protezione dell'ambiente⁵¹. Esso però non si risolve solo in quella, agendo piuttosto su di una dimensione multilivello⁵².

Di ciò se ne ha la riprova nella definizione accordata dall'art. 3 del Trattato sull'Unione Europea (versione consolidata), ove si dichiara che il principio di sviluppo sostenibile è “basato” non solo “su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente”, ma anche “su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale”⁵³. Lo sviluppo sostenibile è pertanto concetto unitario che riassume in sé i tre “pilastri” della sostenibilità economica, sociale e ambientale e che li unifica sotto l'aspetto dinamico della trasmissione di un patrimonio “globale” alle

⁴⁹ Su cui imprescindibile è il rinvio a F. Fracchia, *Il principio dello sviluppo sostenibile*, in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, a cura di M. Renna e F. Saitta, Milano, Giuffrè, 2012, 433 ss.

⁵⁰ Cfr. World Commission on Environment and Development, *Our Common Future*, Oxford, 1987.

⁵¹ Sul tema della tutela dell'ambiente si v. M. Roversi Monaco, *La tutela dell'ambiente nella giurisprudenza amministrativa. Profili ricostruttivi*, Bari, Cacucci, 2018.

⁵² In tema, cfr. E. Frediani, *Il paradigma trasversale dello sviluppo sostenibile*, in *Dir. econ.*, 2015, 1, 49 ss. (anche in, AA.VV., *Scritti in onore di Franco Bassi*, II, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2015, 959 ss.). Fondamentale è il riferimento a F. Fracchia, *Sviluppo sostenibile e diritti delle generazioni future*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2010, 0, 13 ss., il quale propone di «“svincolare” lo sviluppo sostenibile dall'ambiente, riferendo la sostenibilità a una serie di settori in cui l'ambiente e le sue esigenze non emergano in modo diretto», cosicché lo sviluppo sostenibile, una volta depurato del suo “intorno”, diverrebbe «una sorta di canone supremo in grado di condizionare le scelte pubbliche strategiche» (p. 39-40).

⁵³ Cfr. anche l'art. 37 della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea, ove si prevede che «un elevato livello di tutela dell'ambiente e il miglioramento della sua qualità devono essere integrati nelle politiche dell'Unione e garantiti conformemente al principio dello sviluppo sostenibile».

generazioni future.

L'inserimento del principio di sviluppo sostenibile nel Trattato sull'Unione Europea ha fatto sì che esso sia divenuto un "superprincipio" di carattere sovranazionale e costituzionale, che si impone su tutta l'attività amministrativa di tipo discrezionale quale interesse pubblico «pariordinato a quello primario e quindi non solo in grado di renderlo recessivo, ma addirittura di condizionarlo nella sua formulazione e campo di applicazione»⁵⁴ (*infra* §4.1.).

Se queste sono le coordinate valoriali che sono state sviluppate a livello internazionale e comunitario per dare forza e carattere sistemico al principio di sostenibilità ambientale e sociale, esse non hanno tardato ad informare anche settori più specifici, fra i quali per l'appunto quello degli appalti pubblici.

Qui il contributo maggiore, che, come si dirà, sarà recepito a livello legislativo solo a far data dal 2004, è stato quello giurisprudenziale della Corte di Giustizia dell'Unione Europea. Se, come si avrà modo di specificare, la finalizzazione dell'appalto a fini ambientali e sociali dipende in larga parte dalle scelte compiute a monte della procedura di gara (determinazione dell'oggetto del contratto, dei requisiti di partecipazione e dei criteri di aggiudicazione, v. *infra* §3 ss.), non appare affatto singolare che il mutamento di prospettiva circa la funzione dell'appalto sia disceso da alcune pronunce giurisprudenziali aventi ad oggetto l'inclusione di considerazioni *non economiche* nella procedura di gara.

Data la *ratio* originaria della normazione comunitaria sugli appalti pubblici – che, come si è detto, era quella della creazione del mercato unico – la posizione del Commissione è stata infatti a lungo caratterizzata da un «approccio mercantilista»⁵⁵, state l'idea, da essa perorata, che le considerazioni non economiche nell'appalto potessero essere previste fintanto che fossero traducibili in vantaggi economici diretti per la stazione appaltante⁵⁶.

Di diverso avviso, invece, era la Corte di Giustizia. Dalla fine degli anni '80 del secolo scorso ai primi anni del nuovo millennio, la Corte riconoscerà infatti la legittimità dell'inclusione delle considerazioni non economiche nelle regole di gara.

⁵⁴ Così, A. Di Giovanni, *L'ambiente sostenibile nel nuovo Codice degli appalti: green public procurement e certificazioni ambientali*, cit., 161-162.

⁵⁵ C. Colosimo, *L'oggetto del contratto, tra tutela della concorrenza e pubblico interesse*, in *Le gare pubbliche: il futuro di un modello*, cit., 65 ss., spec. 71.

⁵⁶ Cfr. Commissione Europea, *Il diritto comunitario degli appalti pubblici e le possibilità di integrare considerazioni di carattere ambientale negli appalti pubblici*, Bruxelles, 4.7.2001 COM(2001) 274 definitivo, laddove si afferma in relazione all'impiego del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa che «i criteri applicati devono procurare un vantaggio economico all'ente aggiudicatore» e che l'obiettivo delle direttive sugli appalti pubblici è quello di evitare «che considerazioni diverse da quelle economiche possano determinare le scelte» dell'ente aggiudicatore (così a p. 20). Ma l'affermazione più rilevante è quella per la quale non sono i *sub*-criteri a poter comprendere considerazioni non economiche, ma sono «le considerazioni economiche *che* possono comprendere anche aspetti attinenti alla protezione dell'ambiente, ad esempio il consumo di energia di un prodotto» (corsivo di chi scrive).

Fondamentale, perché costituisce un *leading case*⁵⁷, è la sentenza emessa nell'ambito della C-31/87, *Beentjes c. Netherlands State*, tramite la quale la Corte di Giustizia dichiarò la legittimità di una considerazione non economica, quale quella relativa all'impiego di disoccupati stabili, benché essa non avesse alcun rapporto né con i requisiti di partecipazione né con i criteri di aggiudicazione⁵⁸: quella condizione fu ritenuta ammissibile se non produttiva di effetti discriminatori (diretti o indiretti) su operatori provenienti da altri Stati membri⁵⁹.

Seppur altre pronunce avessero *medio tempore* escluso che i soli criteri economici potessero avere rilevanza ai fini della valutazione delle offerte⁶⁰, particolare rilievo va accordato alla pronuncia della Corte di Giustizia nella C-513/99, *Concordia Bus Finland*. Difatti, se nel caso *Beentjes* la Corte dichiarava la legittimità (in astratto) di clausole che potrebbero definirsi sociali, è con la causa *Concordia Bus Finland* che il giudice comunitario chiude il cerchio sugli appalti sostenibili, riconoscendo la legittimità anche delle clausole ecologiche ed escludendo al contempo che ogni criterio impiegato dall'amministrazione aggiudicatrice «debba necessariamente essere di natura meramente economica»⁶¹.

Seppur si è detto che l'approccio della Commissione fu marcatamente influenzato dalla valenza economica dell'appalto, non può essere taciuto come a margine degli interventi pretori andasse consolidandosi (seppur nei limiti di una dichiarazione di principio) l'idea che tramite gli appalti potessero perseguirsi anche politiche sociali e ambientali.

⁵⁷ Cfr. M. Brocca, *Criteri ecologici nell'aggiudicazione degli appalti* (Commento a Corte CE, 17 settembre 2002, causa C-513/99), in *Urb. app.*, 2003, 2, 168 ss., spec. 174.

⁵⁸ Ma sul punto si v. la successiva sentenza della CGCE, 26 settembre 2000, C-225/98, *Commissione c. Francia*, ove la condizione connessa alla lotta contro la disoccupazione è stata ricondotta ai criteri di aggiudicazione.

⁵⁹ CGCE, 20 settembre 1988, causa C-31/87, *Beentjes c. Stato dei Paesi Bassi*, ove si specifica che «la condizione relativa all'impiego di disoccupati stabili potrebbe, in particolare, violare il divieto di discriminazione fondata sulla nazionalità sancito dall'art. 7, n. 2, del Trattato, qualora risultasse che una condizione del genere può essere soddisfatta soltanto dagli offerenti dello Stato in questione o può essere più difficilmente soddisfatta da offerenti di altri Stati membri».

⁶⁰ Tradizionalmente la disamina dottrinale considera anche la pronuncia della CGCE, 28 marzo 1995, C-324/93, *Evans Medical Ltd e Macfarlan Smith Ltd*. Questa è sì rilevante, ma nei soli limiti in cui vi si è escluso che fra i criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa debbano essere considerati solo quelli rigorosamente legati a parametri economici. In quella sede infatti la controversia ineriva alla possibilità di prevedere quale *sub-criterio* non già un parametro connesso ad esigenze sociali o ambientali, ma quello relativo alla capacità delle imprese di garantire in modo «costante e affidabile» l'approvvigionamento richiesto.

⁶¹ CGCE, 17 settembre 2002, C-513/99, *Concordia Bus c. Finlandia*, ove si afferma la possibilità per un'amministrazione di prevedere criteri di natura ecologica nonostante il silenzio della direttiva 92/50/CEE, tenuto conto della valenza meramente esemplificativa dell'elencazione dei criteri per l'aggiudicazione sulla base del miglior rapporto qualità prezzo (pt. 54; in tal senso anche CGCE, 18 ottobre 2001, C-19/00, *SIAC Construction*, pt. 35) e altresì dell'art. 130 R, n. 2, primo comma, terza frase, del Trattato CE, che stabilisce che le esigenze in tema di tutela dell'ambiente «devono essere integrate nella definizione e nell'attuazione delle politiche e delle attività della Comunità» (pt. 57).

Fondamentale in tal senso è il Libro Verde sugli Appalti Pubblici del 1996⁶², che, contrariamente all'immagine derivabile dal suo titolo, si pone quale primo studio⁶³ sul modo di conciliare la materia degli appalti pubblici con le politiche, non solo ambientali⁶⁴, ma anche, per quanto qui interessa, sociali⁶⁵ e para-economiche, come quelle concernenti le piccole e medie imprese (PMI)⁶⁶.

Sebbene si tratti di un elenco dal valore oramai meramente storiografico, può essere utile osservare che la Commissione Europea ha fatto ampio ricorso ad altri strumenti di *soft law*, specialmente alle Comunicazioni⁶⁷, fra le quali si ricordano quelle del 2001

⁶² Su cui, si v. C. De Rose, *Le novità per gli appalti pubblici e per il loro futuro: dal Libro Verde del Commissario Monti alle prospettive di mondializzazione*, pt. I, in *Cons. St.*, 1997, 3, 483 ss. e pt. II, in *Cons. St.*, 1997, 4, 691 ss.

⁶³ Sul valore "consultivo" e "non normativo" dei Libri Verdi interessanti spunti si traggono da quanto affermato da T. Bonetti, *La concessione di pubblici servizi tra influenza comunitaria e giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 3, 296 ss., e cioè che «è noto che i Libri Verdi non sono fonti di diretta produzione normativa, ponendosi al più come strumenti di consultazione e riflessione su un tema politico oggetto di dibattito in ambito comunitario. Ebbene, può rilevarsi come porre tali atti a fondamento dell'attività interpretativa costituisce un chiaro segnale del ruolo sempre più invasivo giocato dall'ordinamento comunitario nella classificazione delle categorie proprie della tradizione giuridica dell'ordinamento nazionale» (p. 301).

⁶⁴ Cfr. in particolare il pt. 5.45 e il pt. 5.46: "La politica di protezione dell'ambiente è divenuta una delle politiche più importanti a livello comunitario a seguito delle modifiche apportate al trattato CE dall'Atto unico e, successivamente, dal trattato di Maastricht. Sono stati adottati più di 200 atti legislativi riguardanti, fra l'altro, la lotta contro l'inquinamento dell'atmosfera, delle acque e del suolo, lo smaltimento dei rifiuti, le norme sulla sicurezza dei prodotti, la valutazione dell'impatto ambientale, nonché la protezione della natura. Inoltre, l'articolo 130R del trattato CE prevede che le esigenze in materia di protezione ambientale devono essere integrate nella definizione e nell'attuazione delle altre politiche comunitarie. Alcuni Stati membri hanno sviluppato politiche di salvaguardia dell'ambiente molto avanzate"; "In questo campo specifico gli Stati membri (ed i loro organi) prestano una sempre maggiore attenzione alle considerazioni di natura ambientale nell'ambito della stipulazione di appalti pubblici. In ragione delle loro dimensioni, tali appalti possono infatti avere ripercussioni molto importanti su talune attività economiche ovvero anche rivelarsi determinanti per lo sviluppo commerciale di taluni prodotti. [...]".

⁶⁵ Cfr. in particolare il pt. 5.38 e il pt. 5.39: "La politica sociale dell'Unione europea contribuisce a promuovere un elevato livello di occupazione e di protezione sociale (articolo 2 del Trattato CE), la libera circolazione dei lavoratori, le pari opportunità per uomini e donne, il rafforzamento della coesione economica e sociale, il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, un livello elevato di protezione della salute, la promozione di un'istruzione e di una formazione di qualità e l'inserimento sociale delle persone disabili e di altre categorie svantaggiate"; "Le amministrazioni e gli enti aggiudicatori possono essere chiamati ad attuare i vari aspetti della politica sociale nel quadro dell'aggiudicazione dei loro appalti, in quanto gli acquisti pubblici possono effettivamente costituire un significativo mezzo di orientamento per l'azione degli operatori economici [...]".

⁶⁶ Cfr. in particolare il pt. 5.2: "una più ampia partecipazione delle PMI agli appalti pubblici sarebbe necessaria in considerazione della loro importanza nell'economia europea: queste imprese realizzano infatti oltre il 65% del fatturato prodotto dal settore privato nell'Unione. Questa maggiore partecipazione condurrebbe alla costituzione di un nucleo di PMI in grado di cogliere le opportunità offerte dall'apertura degli appalti pubblici non soltanto nell'ambito dell'Unione europea, ma anche nei paesi che hanno sottoscritto l'accordo del GATT sugli appalti pubblici (vedasi capitolo 6), di contribuire maggiormente alla crescita, alla competitività ed all'occupazione. Gli obiettivi fondamentali di un mercato interno nel settore degli appalti pubblici (allargamento dello spettro dei fornitori validi cui le amministrazioni aggiudicatrici possono fare ricorso e potenziamento della competitività dell'industria comunitaria) potranno essere raggiunti solo se anche le PMI disporranno di un reale accesso ai mercati europei".

⁶⁷ Per A. Poggi, *Soft law nell'ordinamento comunitario*, in www.astrid-online.it, le Comunicazioni rappresentano, tra gli atti non contemplati dall'art. 249 CE, «la tipologia di *soft law* più consistente nei

“Sviluppo sostenibile in Europa per un mondo migliore: strategia dell’Unione europea per lo sviluppo sostenibile”⁶⁸ e “Il diritto comunitario degli appalti pubblici e le possibilità di integrare considerazioni di carattere ambientale negli appalti pubblici”⁶⁹, nonché quella del 2003 “Politica integrata dei prodotti. Sviluppare il concetto di ciclo di vita ambientale”⁷⁰.

Come avvertito, quel percorso di progressivo asservimento dello strumento contrattuale alla realizzazione di politiche settoriali diverse dalla sola creazione del mercato unico fuoriuscì dalle dichiarazioni di principio, traducendosi in previsioni cogenti solo nel 2004, quando con l’adozione della direttiva 2004/18/CE (ma egualmente a dirsi per la direttiva 2004/17/CE) il legislatore comunitario si prefigurò l’obiettivo di chiarire in che modo le amministrazioni aggiudicatrici potessero “contribuire alla tutela dell’ambiente e alla promozione dello sviluppo sostenibile”⁷¹, garantendo loro al contempo la possibilità di ottenere il miglior rapporto qualità/prezzo (Considerando n. 5).

Conformemente a quanto si è detto in relazione alla dimensione multipolare del principio di sviluppo sostenibile previsto dall’art. 3 del Trattato (peraltro richiamato dal citato Considerato 5), la direttiva non circoscrisse l’ambito oggettivo di funzionalità dell’appalto alla sola tutela dell’ambiente, tenuto conto che, nei limiti della conformità al Trattato, i legislatori (in primo luogo) e gli enti aggiudicatori (in secondo luogo) vennero chiamati rispettivamente a predisporre e attuare tutte le “misure necessarie alla tutela dell’ordine, della moralità e della sicurezza pubblica, della salute, della vita umana e animale o alla preservazione dei vegetali, in particolare nell’ottica dello sviluppo sostenibile” (Considerando 6).

Pertanto, già nella direttiva 2004/18/CE l’“appalto sostenibile” assunse connotazione e significato ampio, distinguendosi (perché è formula che li sintetizza) dall’“appalto verde” e da quello “sociale o socialmente responsabile”⁷².

settori strategici per la realizzazione del mercato comune e quella che più frequentemente è oggetto di ricorso per annullamento» (p. 18).

⁶⁸ Commissione Europea, *Sviluppo sostenibile in Europa per un mondo migliore: strategia dell’Unione europea per lo sviluppo sostenibile*, Bruxelles, 15.5.2001 COM(2001) 264 definitivo.

⁶⁹ Commissione Europea, *Il diritto comunitario degli appalti pubblici e le possibilità di integrare considerazioni di carattere ambientale negli appalti pubblici*, Bruxelles, 4.7.2001 COM(2001) 274 definitivo.

⁷⁰ Commissione Europea, *Politica integrata dei prodotti. Sviluppare il concetto di ciclo di vita ambientale*, Bruxelles, 18.6.2003 COM(2003) 302 definitivo.

⁷¹ Si noti l’uso del modale “potere”. Il perseguimento di politiche secondarie non era perciò forzato tramite la previsione di vincoli, ma piuttosto promosso tramite una normazione di sensibilizzazione.

⁷² Si v. B. Sjöfjell e A. Wiesbrock, *Why should public procurement be about sustainability?*, in *Sustainable Public Procurement Under EU Law. New Perspectives on the State as Stakeholder*, a cura di B. Sjöfjell e A. Wiesbrock, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, 1 ss., ove con grande chiarezza si afferma che «*sustainable public procurement is thereby distinguishable from green public procurement, which aims solely at reducing the environmental impact, and from social or socially responsible public procurement, which is about promoting ‘employment opportunities, decent work, social inclusion,*

La preferenza per un modello “responsabile” di appalto si esprimeva, come già anticipato nei menzionati arresti giurisprudenziali della Corte di Giustizia, nella possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici di inserire fra i criteri di valutazione dell’offerta (economicamente più vantaggiosa) anche quelli non economici “relativi al rispetto di requisiti ambientali” o “volti a soddisfare esigenze sociali” (Considerando 46 e art. 53, §1, lett. a), nonché di prevedere condizioni di esecuzione dell’appalto basate su “considerazioni sociali e ambientali”⁷³.

Si concretizza così, seppur in via ancora elementare⁷⁴, quella che è stata correttamente definita come una visione integrata dell’azione comunitaria, che trae fondamento nel Trattato di Amsterdam e che coinvolge «in modo coordinato e sinergico» ogni strumento giuridico nel perseguimento di tutti gli obiettivi di rilevanza comunitaria⁷⁵.

Con un salto in avanti di sei anni, ovvero con la Comunicazione della Commissione del 3 marzo 2010, che lancia la Strategia Europa 2020 “per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva”, si arriva alla piena maturazione delle politiche volte a orientare l’economia di mercato secondo un modello sociale e sostenibile. È a far data dal 2010, infatti, che l’attenzione dei legislatori e dei commentatori si è andata focalizzando sempre più sulla doppia declinazione “appalti verdi” e “appalti sociali”.

In questo quadro la direttiva 2014/24/UE segna un chiaro punto di svolta. Il cambio di passo verso gli appalti sostenibili è stato infatti di un’intensità tale (a partire dai Considerando) da decretare l’avvio di una vera e propria nuova stagione politica per gli appalti pubblici, tenuto anche conto del fatto che, come testimoniato dal susseguirsi di riaffermazioni istituzionali sull’importanza della sostenibilità degli appalti pubblici⁷⁶, «*l’evolution en cours n’est pas faite mais bien à faire*»⁷⁷.

accessibility, design for all, ethical trade’ and seeks to ‘achieve wider compliance with social standards’. Sustainable public procurement thus encompasses both green and social procurement» (pp. 3-4).

⁷³ Come osservato da A. Di Giovanni, *L’ambiente sostenibile nel nuovo Codice degli appalti: green public procurement e certificazioni ambientali*, cit., 166-167, uno dei motivi per i quali fino a quel momento non era stata prevista la possibilità di poter includere le cosiddette clausole verdi risiedeva nel fatto che l’inserimento di requisiti ambientali avrebbe potuto comportare misure discriminatorie e quindi pregiudizievoli per la concorrenza, poiché si sarebbero potute «tradurre in maggiori costi da sopportare per l’operatore economico».

⁷⁴ Che si trattasse, però, di una prima e ancora insufficiente normazione è deducibile dal fatto che, per “*facilitare l’accesso*” delle piccole medie imprese, l’unica previsione era piuttosto un ordine programmatico consistente nel “prevedere disposizioni in materia di subappalto” (Considerando 32).

⁷⁵ Così C. Colosimo, *L’oggetto del contratto, tra tutela della concorrenza e pubblico interesse*, cit., 68-69.

⁷⁶ Cfr. la Raccomandazione 2017/1805/UE della Commissione europea del 3 ottobre 2017 sulla professionalizzazione degli appalti pubblici, il cui primo Considerando principia proprio affermando la finalizzazione degli appalti: essi rappresentano uno “strumento per conseguire una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva”.

⁷⁷ G. Eckert, *La commande publique, un levier pour l’action publique?*, in *La commande publique, un levier pour l’action publique?*, diretto da E. Muller, Parigi, Dalloz, 2018, 1 ss., 4, che richiama la citazione di F. Llorens e P. Soler-Couteaux, *La Commande publique, instrument stratégique au service des politiques publiques*, in *Contrats et marchés publics*, 2017, 11, 1-2.

A tal riguardo è opportuno evidenziare che i dati forniti dall'OECD, dall'Eurostat e a livello nazionale dall'ANAC consegnano un'immagine della realtà, ovvero del valore economico dell'appalto, tutt'altro che trascurabile. Nei Paesi aderenti all'OECD la spesa per gli appalti pubblici ammonta approssimativamente al 12% del prodotto interno lordo⁷⁸, mentre a livello Europeo, si stima che il valore degli appalti ammonti a 2000 miliardi di euro, circa il 14% del prodotto interno lordo dell'Unione⁷⁹. Nella relazione annuale 2019, l'ANAC attesta che il valore degli appalti per l'anno di riferimento si attesta attorno a 139,5 miliardi di euro, ovvero il picco più alto rispetto a tutte le altre rilevazioni compiute a far data dal 2014. A contribuire al raggiungimento di quella soglia, diversamente da quanto potrebbe pensarsi, non vi è solo il settore dei lavori – il quale anzi ha un'incidenza sulle casse pubbliche inferiore rispetto agli altri settori (32,3 miliardi di euro) – ma anche quello delle forniture (40,5 miliardi di euro) e (soprattutto) dei servizi (66,8 miliardi di euro)⁸⁰.

Quei dati evidenziano un alto livello di spesa pubblica ed essa, ovvero il suo ammontare, rappresenta allo stesso tempo un “costo” (il che imporrebbe di considerare il tema dei risparmi e della *maladministration*) e un “valore” (il che implica il fatto di considerare l'appalto come uno degli strumenti della leva economica e sociale). Una duplicità questa esplicitata nel Considerando 2 della direttiva 2014/24/UE, ove, facendo eco alle dichiarazioni contenute nella Comunicazione della Commissione del 3 marzo 2010, è affermato che gli appalti pubblici «costituiscono uno degli strumenti basati sul mercato necessari alla realizzazione di una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva garantendo contemporaneamente l'uso più efficiente possibile dei finanziamenti pubblici».

Ciò detto, con riguardo al nuovo impianto regolatorio si è preferito non procedere ad una mera enumerazione delle previsioni normative, essendosi ritenuto più utile, ai fini dello studio qui proposto, muovere sì dall'analisi del dato normativo, ma non solo per “fotografare” la torsione in senso sostenibile dell'appalto. Nelle pagine che seguono, cioè, si cercherà di comprendere, come si è già avvertito, se la visione politica sottesa alla nuova stagione europea si risolva in una mera enunciazione di principio o se piuttosto possa realmente assumere (quantomeno in astratto) concretezza sul piano amministrativo. Si tratterà quindi di verificare se il nuovo indirizzo politico, a livello legislativo, sia stato realmente tradotto in disposizioni a carattere prescrittivo (*infra* §3 ss.), e se poi sul piano amministrativo, laddove sia effettivamente riscontrabile una discrezionalità delle stazioni

⁷⁸ Cfr. OECD, *Government at a Glance 2017*, OECD Publishing, Paris, 2017, 172.

⁷⁹ Cfr. Commissione Europea, *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni. Appalti pubblici efficaci in Europa e per l'Europa*, Strasburgo, 3 ottobre 2017 COM(2017) 572 Final, 2.

⁸⁰ Cfr. Autorità Nazionale Anticorruzione, *Relazione Annuale 2018*, Roma, Camera dei Deputati, 6 giugno 2019, 124-125.

appaltanti sul punto, sia possibile identificare un dovere dell'amministrazione nel dare ingresso allo sviluppo sostenibile nel bilanciamento degli interessi condotto, in primo luogo, a monte della gara (*infra* §4 ss.)⁸¹.

3. Analisi normativa delle forme di promozione e di concretizzazione delle *secondary policies*

Preso atto dell'evoluzione o, meglio, dell'accrescimento del numero di interessi sottesi ai contratti di appalto, come si anticipava, è ora necessario interrogarsi sull'*an* e sul *quomodo* del loro perseguimento nelle vicende contrattuali.

È conveniente sfatare da subito il dubbio poc'anzi avanzato. La finalizzazione dell'appalto all'implementazione di politiche ulteriori a quella della creazione del mercato unico, come osservato in dottrina, non si riduce affatto a dichiarazioni di mero principio, ma si riflette in più o meno puntuali prescrizioni inerenti, in particolare, alla struttura del bando, alla definizione dell'oggetto del contratto, alla determinazione delle specifiche tecniche, alla determinazione dei criteri di aggiudicazione e delle condizioni di esecuzione del contratto⁸².

Per dare riprova di questo assunto si è creduto opportuno suddividere le previsioni normative in due gruppi: quelle relative alla tutela degli interessi delle PMI e quelle relative agli interessi ambientali e sociali. All'interno di ciascun gruppo si è poi cercato di ordinare le previsioni in ragione del grado di precettività, così da comprendere se vi sia e quanto sia esteso il margine di discrezionalità riconosciuto alle amministrazioni al fine di promuovere le politiche secondarie.

Prima di procedere oltre è bene precisare che non tutti gli interessi "secondari" sono immediatamente realizzabili tramite l'appalto. Se per alcuni di essi l'effetto positivo

⁸¹ Per C. Colosimo, *L'oggetto del contratto, tra tutela della concorrenza e pubblico interesse*, cit., 85, la pubblica amministrazione sulla spinta del rinnovato *imprinting* codicistico (il riferimento era fatto al d.lgs. n. 163/2006, ma è *a fortiori* valevole in relazione al d.lgs. n. 50/2016) «è chiamata oggi a includere valutazioni non economiche – espressione del benessere collettivamente inteso – nella ponderazione di interessi che definisce la procedura ad evidenza pubblica e ne cristallizza equilibri e preferenze. È chiamata, in sostanza, a manifestare la tipica discrezionalità amministrativa».

⁸² Così G.M. Racca, *La contrattazione pubblica come strumento di politica industriale*, in *La dimensione sociale della contrattazione pubblica. Disciplina dei contratti ed esternalizzazioni sostenibili*, cit., 171 ss., spec. 192. In tal senso, si v. anche L. Torchia, *La nuova direttiva europea in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinari*, in *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, Milano, Giuffrè, 2016, 131 ss., per la quale sotto questo aspetto l'ordinamento europeo e quello italiano si avvicinano «perché la disciplina dei contratti pubblici non è più ispirata soltanto alla tutela della concorrenza, ma è finalizzata anche alla realizzazione degli obiettivi delle politiche pubbliche in materia di ambiente, sicurezza sociale e lavoro». Per una prospettiva d'oltralpe, si v. P. Idoux, *La commande publique au service du développement durable*, in *La commande publique, un levier pour l'action publique?*, diretto da E. Muller, Paris, Dalloz, 2018, 107 ss.

dell'appalto è direttamente percepibile – è il caso dell'inclusione delle PMI e della valorizzazione delle istanze sociali, perché il risultato può valutarsi immediatamente in relazione al numero di piccole e medie imprese partecipanti e/o aggiudicatarie o al livello di impiego dei soggetti svantaggiati – per altri (è il caso degli appalti verdi) invece l'efficacia dell'azione è valutabile solo a lungo termine⁸³. Non solo perché l'interesse ambientale non è necessariamente soddisfatto da un singolo segmento dell'azione amministrativa, ma anche perché quell'obiettivo finale è mediato da uno scopo intermedio, che è quello della conformazione della produzione⁸⁴. Obiettivo questo che non può che essere graduale, esso dipendendo dalla capacità “persuasiva” delle amministrazioni e dallo “sforzo” profuso dagli operatori economici nell'innovare le proprie strutture aziendali: per l'interesse ambientale sarebbe quindi preferibile impiegare il termine “perseguimento” e non già quello di “conseguimento” o di “realizzazione”.

3.1. *La partecipazione delle micro, piccole e medie imprese*

Si crede opportuno avviare l'analisi principiando dal tema dell'inclusione delle piccole e medie imprese (PMI) nel mercato delle commesse pubbliche⁸⁵, poiché quell'obiettivo è il più attiguo al tradizionale modo di intendere e finalizzare la regolazione degli appalti pubblici, corrispondente alla massima per la quale «ogni singola gara diviene uno specifico e temporaneo micromercato nel quale le imprese di settore possono confrontarsi»⁸⁶. L'inclusione delle PMI, infatti, risponde e declina, portandolo all'estremo, il principio, oggi “finalizzante” (*infra sub* lett. a), di massima partecipazione alla gara.

Prima di individuare gli strumenti di promozione e di concretizzazione di quel fine, è opportuno dare conto delle ragioni che hanno indotto il legislatore europeo a conferire

⁸³ Il che potrebbe portare il discorso sul piano della efficacia amministrativa, calandolo nella contrapposta lettura del fenomeno dell'amministrazione di risultato, talvolta intesa come *output* delle solitarie vicende di attività amministrativa puntuale e talaltra, più correttamente, come complessiva prospettiva di responsabilizzazione della p.a. In quest'ultimo senso cfr. M. Cammelli, *Amministrazione di risultato*, in *Annuario AIPDA 2002*, Milano, Giuffrè, 2003, 107 ss., secondo il quale riferirsi all'amministrazione di risultato significa «riconoscere all'amministrazione la responsabilità del conseguimento dei risultati e dunque la possibilità di adattare le modalità e i contenuti della propria azione alle esigenze, inevitabilmente differenziate, espresse dalla collettività e dai diversi contesti socio-economici e territoriali» (p. 109).

⁸⁴ In tal senso cfr. la Comunicazione della Commissione europea al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, “*Appalti pubblici per un ambiente migliore*”, COM/2008/0400 def., secondo cui «gli appalti pubblici possono determinare le tendenze della produzione e del consumo e grazie a una domanda sostenuta di beni “più ecologici” da parte delle pubbliche amministrazioni si potranno creare o ampliare i mercati di prodotti e servizi meno nocivi per l'ambiente, oltre a incentivare le imprese a sviluppare tecnologie ambientali».

⁸⁵ Su cui sia consentito il rinvio a E. Guarnieri, *The participation of small and medium-sized enterprises in public procurements*, cit., 130 ss.

⁸⁶ R. Caponigro, *Il rapporto tra tutela della concorrenza ed interesse alla scelta del miglior contraente nell'impugnazione degli atti di gara*, cit.

valore “finalistico” all’inclusione delle PMI, così affrancando quest’ultima dal valore di “mero risultato possibile” dipendente dall’opera di ponderazione svolta dalla stazione appaltante sulla base dei principi di imparzialità, proporzionalità, ragionevolezza e di parità di trattamento.

Benché le PMI rappresentino la maggioranza delle imprese operanti a livello europeo (e mondiale), la loro partecipazione e la loro competitività risultano alquanto limitate nel settore delle commesse pubbliche. Dati alla mano, infatti, secondo la *World Trade Organization* (WTO) le PMI rappresentano nella maggioranza degli Stati il 90% delle imprese ivi operanti⁸⁷ e quel dato diviene ben più considerevole se si osserva che a livello europeo l’*Annual Report on European SMEs* ha stimato che le PMI costituiscono il 99,8% delle imprese operanti al di fuori del settore finanziario⁸⁸. Ciononostante, i dati riscontrano una insufficiente affermazione delle PMI nel mercato degli appalti pubblici.

I dati più precisi, benché relativamente risalenti, attestano che fra il 2009 e il 2011 le PMI hanno vinto più della metà delle procedure di valore sopra la soglia comunitaria (56%), ma il valore di quei contratti era estremamente basso (29%) e pari alla metà del loro contributo al valore aggiunto lordo (58%)⁸⁹. Inoltre, i dati relativi a quel medesimo arco temporale divengono ancora più impressionanti se riferiti all’Italia, ove il differenziale fra la percentuale di successo negli appalti pubblici e la rilevanza nell’economia domestica era del 47% contro la media europea del 29%.

Quanto alle soluzioni, se è innegabile che a livello comunitario ed europeo sono individuabili molteplici antecedenti⁹⁰ tendenzialmente ascrivibili alla *soft law*⁹¹, la più importante e concreta risposta al delineato problema è stata quella recata proprio dalla

⁸⁷ Cfr. World Trade Organisation, *Levelling the trading field for SMEs*, Report, 2016.

⁸⁸ Cfr. Commissione Europea, *Annual report on european SMEs 2017/2018. SMEs growing beyond borders*, 2018.

⁸⁹ Commissione Europea, *SMEs’ access to public procurement markets and aggregation of demand in the EU*, Report, 2014, in particolare 28 ss.

⁹⁰ Precursore in questo settore è stato, in realtà, lo *U.S. Small Business Act* del 1953. A livello internazionale assume poi rilievo il *WTO’s Agreement on Government Procurement* (GPA), che fu siglato a Marrakesh nel 1994 (entrando in vigore nel 1996) e che fu modificato nel marzo 2012 (entrando in vigore nell’aprile del 2014). Benché il GPA non prevedesse espressamente nessun riferimento alle PMI, esso è comunque ritenuto uno strumento di grande rilievo, perché promuovendo la trasparenza [cfr. artt. IV(4) e VII(1)], nonché la proporzionalità e la ragionevolezza [cfr. artt. VIII(1) e IX(2-3)] nelle procedure di appalto, ha finito per favorire anche le PMI (così, C. Nicholas e A.C. Müller, *SME Participation in Government Procurement Markets*, in *Small and medium-sized enterprises in International economic law*, a cura di T. Rensmann, Oxford, Oxford University Press, 2017, 123 ss. (spec. 155). Si consideri poi sulla base dell’art. XXII (8) del GPA la *Committee on Government Procurement* ha adottato nel 2014 una decisione volta a lanciare un *Work Programme* rivolto specificamente alle PMI.

⁹¹ I primi “timidi” passi per fornire risposta alla questione legata all’inclusione delle PMI negli appalti pubblici sono stati mossi con l’adozione dell’*European Charter for Small Enterprises* (2000), le cui sei linee di azione erano tutte rivolte a facilitare l’accesso delle PMI in aree “critiche” per il loro sviluppo, fra cui per l’appunto il mercato degli appalti. Degni di menzione sono, peraltro, l’*European Code of best practices facilitating access by SMEs to public procurement contracts* (2008), lo *Small Business Act for Europe Review* (2011).

direttiva 2014/24/UE e di tutta conseguenza, a livello domestico, dal d.lgs. n. 50/2016.

Vi è subito da segnalare che una soluzione avrebbe potuto essere quella di adottare il regime statunitense dei *set-asides*⁹², consistente nel riservare una percentuale di contratti a favore di categorie di operatori economici di piccole dimensioni, escludendo gli altri dalla partecipazione alla gara⁹³. Una soluzione, questa, astrattamente perseguibile, perché conforme al principio costituzionale di parità di trattamento, in quanto «è proprio il principio di uguaglianza a richiedere trattamenti differenziali per situazioni diverse»⁹⁴, ma concretamente esclusa dalla direttiva 2014/24/UE, che al Considerando n. 124 afferma che “non è appropriato imporre percentuali obbligatorie di successo”. Il che è giustificabile non solo tenendo conto che a livello europeo vige «una sorta di presunzione di illegittimità di tutte le legislazioni che contengono differenziazioni»⁹⁵, ma anche perché l’applicazione dei limiti della proporzionalità e della ragionevolezza al principio di eguaglianza sostanziale opererebbe in senso bidirezionale, sicché richiederebbe un preventivo vaglio sulla praticabilità di soluzioni meno “incisive”, specie se pregiudizievoli per il conseguimento della più ampia concorrenza⁹⁶.

A margine di quanto precede vi è poi da evidenziare un’ulteriore possibile ragione contraria all’ammissione dei *set-asides* per le PMI. Come si è cercato di dimostrare in altra sede, infatti, ammettere una predeterminazione legislativa (e vincolante) circa le modalità attraverso le quali curare un interesse rilevante, ma non primario per l’amministrazione, finirebbe per anteporre al piano della funzionalizzazione del contratto quello della sua strumentalità⁹⁷.

Ciò chiarito, la direttiva 2014/24/UE e di tutta conseguenza il Codice dei contratti pubblici italiano hanno individuato una serie di misure atte a favorire la partecipazione delle PMI (ma si consideri che la legislazione domestica si riferisce anche alle microimprese) la cui concretizzazione, per buona parte, è rimessa all’esercizio discrezionale del

⁹² Cfr. C. Cravero, *Socially responsible public procurement and set-asides: a comparative analysis of the US, Canada and the EU*, in *Arctic review on law and politics*, 2017, 8, 174 ss.

⁹³ Così M.V. Kidalov e K.F. Snider, *US and European public procurement policies for small and medium-sized enterprises (SME): a comparative perspective*, in *Business and politics*, 2011, 13, 4.

⁹⁴ C. cost., 9 maggio 2013, n. 85. In tal senso, cfr. B. Raganelli, *PMI, procurement e favor partecipations*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2017, 3-4, 839 ss.; Id., *Contratti pubblici e piccole medie imprese. Gli strumenti a sostegno compatibili con la normativa comunitaria e nazionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2011, 2, 551 ss. Sull’interpretazione giurisprudenziale del principio di uguaglianza si v. AA.VV., *Corte costituzionale e principio di eguaglianza: atti del Convegno in ricordo di Livio Paladin*, Padova 2 aprile 2001, Padova, Cedam, 2002.

⁹⁵ Così con riferimento all’approccio giurisprudenziale della Corte di Giustizia europea, M. Cartabia, *Riflessioni in tema di eguaglianza e di non discriminazione*, in *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano, Giuffrè, 2011, 415 ss., spec. 433.

⁹⁶ Cfr. N. Hatzis, *The legality of SME development policies under EC procurement law*, in *Social and environmental policies in EC procurement law: new directives and new directions*, a cura di S. Arrowsmith e P. Kunzlik, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, 345 ss., spec. 355.

⁹⁷ Si v. E. Guarnieri, *The participation of small and medium-sized enterprises in public procurements*, cit., 133.

potere di definire le regole di gara da parte della stazione appaltante.

Quelle misure in particolare possono essere suddivise in due categorie in relazione al problema da esse fronteggiato⁹⁸.

Da un lato vi sono quelle difficoltà che possono definirsi come “oggettive”, perché incidenti su ogni operatore economico (anche se sono particolarmente gravose per le PMI): trattasi delle problematicità relative alla trasparenza informativa, all’ammontare degli adempimenti amministrativi e alla ristrettezza dei tempi delle procedure.

Le soluzioni proposte talvolta rispondono positivamente a quei problemi, ponendosi in linea con la precedente normativa⁹⁹, talaltra, specialmente con riferimento ai tempi per la presentazione delle richieste di partecipazione e delle offerte, comportano un aggravio ulteriore, così affidando alle PMI l’onere di farvi fronte.

Ciò che più rileva è però l’altra classe di difficoltà definibili come “soggettive” in quanto direttamente dipendenti dalla ridotta dimensione aziendale delle imprese considerate. Due sono le sottoclassi: l’una è riferita ai requisiti di partecipazione, perché maggiore è il valore dell’appalto più gravose sono le condizioni di qualificazione; l’altra è riferita alla *chance* di aggiudicazione, in quanto le PMI mostrano una scarsa capacità concorrenziale quando il criterio prescelto è quello del prezzo più basso.

In relazione ai requisiti di partecipazione, vi è subito da segnalare che il problema capitale legato all’alto valore degli appalti è strettamente dipendente dall’aggregazione della domanda pubblica, utile sì a promuovere politiche virtuose di conformazione del

⁹⁸ Cfr. Commissione Europea, *European code of best practices facilitating access by SMEs to public procurement contracts*, cit., nonché Commissione Europea, *Evaluation of SMEs’ access to public procurement market in the EU*, Report, 2010.

⁹⁹ Si consideri ad esempio che l’art. 83 della direttiva 2014/24/UE prevede che gli Stati membri forniscano strumenti gratuiti di supporto per l’interpretazione e l’applicazione della normativa europea sugli appalti pubblici (a livello europeo, si veda il SIMAP). Inoltre, la mancanza di conoscenza sull’indizione delle gare è stata affrontata tramite il ricorso alle piattaforme elettroniche (i cosiddetti *e-procurements*). I bandi di gara relative a contratti sopra soglia infatti devono essere redatti e trasmessi all’Ufficio delle pubblicazioni dell’UE tramite mezzi elettronici (cfr. art. 51), sono pubblicati *online* a spese dell’UE e, ai sensi dell’art. 53, le amministrazioni aggiudicatrici devono comunque garantire accesso “gratuito, illimitato e diretto, per via elettronica”, ai documenti di gara. Deve però essere segnalato il fatto che la lingua potrebbe costituire una barriera per l’ingresso delle PMI nelle procedure di appalto (si v. il Considerando n. 86). È di tutta rilevanza il fatto che anche a livello europeo i bandi di gara siano pubblicati in una delle lingue istituzionali dell’Unione ma a scelta dalla stazione appaltante, la quale peraltro non è obbligata a tradurre gli atti almeno in un’altra lingua (cfr. art. 72 del d.lgs. n. 50/2016). Si prevede, infatti, che solo il sommario degli elementi più rilevanti dei bandi di gara debba essere pubblicato nelle altre lingue istituzionali dell’Unione. Vi è poi il tema della difficoltà ad ottemperare all’ampio numero di adempimenti burocratici. Sul punto si consideri che il Considerando n. 84 prevede la riduzione del numero di documenti da richiedere e da presentare per comprovare il possesso dei requisiti generali e speciali. L’art. 59 ha tradotto quell’indirizzo prevedendo che le stazioni appaltanti debbano accettare il Documento di gara unico europeo (DGUE). Nell’ottica della semplificazione procedimentale (per i partecipanti), i Considerando nn. 85-87 e l’art. 59, §4-6, prevedono che, in sede di valutazione del possesso dei requisiti soggettivi, le amministrazioni aggiudicatrici debbano utilizzare i *database* nazionali (Banca dati nazionale degli operatori economici) ed europei (*e-certis*). Sul tema della semplificazione negli appalti si v. da M. Calabrò, *Appalti pubblici e semplificazione della procedura di presentazione delle offerte. Alla ricerca di un bilanciamento tra fiducia e controllo*, in *Dir. econ.*, 2017, 2, 219 ss.

mercato, ma allo stesso tempo (poiché ispirata a logiche economicistiche) fattore causale dell'aumento degli importi a base di gara¹⁰⁰.

Le soluzioni predisposte sono molteplici. L'una è quella "tradizionale" ed è rimessa alla capacità organizzativa delle PMI medesime, le quali sono chiamate a fare ricorso all'avvalimento (art. 89 del d.lgs. n. 50/2016) e al raggruppamento di imprese (art. 48 del d.lgs. n. 50/2016). Non si tratta però di una previsione risolutiva perché, come affermato dalla giurisprudenza amministrativa, occorre tenere conto del fatto che la costituzione di un RTI o il ricorso all'avvalimento «sono il frutto di scelte discrezionali di tutte le imprese coinvolte, per le quali non è sufficiente la volontà della piccola o media impresa che intende partecipare alla gara, essendo necessaria anche una coincidente volontà delle altre imprese»¹⁰¹.

Altre e più penetranti sono allora le previsioni recate dalla legislazione di settore. Si tratta di disposizioni che introducono una serie di *constraints* "temperati", perché guidano e non vincolano necessariamente la discrezionalità amministrativa.

a) Ricognizione delle misure atte a favorire la partecipazione delle PMI alle gare di appalto

In primo luogo, se per l'art. 58, par. 1, della direttiva 2014/24/UE, "tutti i requisiti sono attinenti e proporzionati all'oggetto dell'appalto", l'art. 83, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016 aggiunge che quei requisiti vanno definiti tenendo presente "l'interesse pubblico ad avere il più ampio numero di potenziali partecipanti". Poiché, poi, requisiti eccessivamente severi inerenti alla capacità economica e finanziaria "spesso costituiscono un

¹⁰⁰ Cfr. la *Relazione Annuale 2019* dell'ANAC, cit., 132, ove si evidenzia la crescita dell'importo medio dei lotti per i contratti di lavori e servizi nel quinquennio 2014-2018. Interessante è peraltro la stima contenuta nella *Relazione Annuale 2017* nella quale l'ANAC rilevato una crescita impressionante dell'importo medio dei lotti per le forniture (aumento del 101% rispetto al 2013). Come spiegato dall'ANAC «tali dati sono sostanzialmente coerenti con le evidenze degli ultimi anni nei quali il numero delle procedure di affidamento [...] è associato ad un maggior importo a base di gara, per effetto soprattutto di appalti banditi da soggetti aggregatori/centrali di committenza o da stazioni appaltanti di grandi dimensioni». Sul tema delle centralizzazioni si v. B.G. Mattarella, *La centralizzazione delle committenze*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 5, 613 ss.

¹⁰¹ Tar Puglia, Lecce, sez. II, 29 marzo 2018, n. 539. Nello stesso senso si v. Tar Lazio, Roma, sez. I, 06 aprile 2017, n. 4293; 26 gennaio 2017, n. 1345; 30 agosto 2016, n. 9441. Cfr. anche Tar Sicilia, Palermo, sez. II, 11 ottobre 2017, n. 2338 ove chiaramente si afferma che «se è vero che il ricorso agli istituti dell'avvalimento e del raggruppamento temporaneo di imprese costituisce lo strumento volto ad agevolare la partecipazione e del maggior numero di imprese alle gare e l'accesso al mercato degli appalti pubblici delle micro, piccole e medie imprese, allo stesso tempo esso richiede anche una preventiva verifica di seria ed effettiva volontà di ciascuna impresa in ordine al ricorso a tali istituti, di talché non può divenire un obbligo per la micro, piccola o media impresa che voglia comunque partecipare alla gara in forma singola e che, in mancanza di una concorde volontà di altre imprese, verrebbe automaticamente esclusa dalla gara stessa». In tema si v. R. Caponigro, *Il principio del favor participationis e la tutela delle piccole e medie imprese nell'affidamento degli appalti pubblici*, in *Giustamm.it*, 2017, 3.

ostacolo ingiustificato alla partecipazione delle PMI agli appalti pubblici” (così il Considerando 83), l’art. 58, par. 3, della direttiva e l’art. 83, comma 5, del d.lgs. n. 50/2016 stabiliscono, da un lato, che il requisito del fatturato minimo annuo non possa superare, salvo eccezionali ipotesi, il doppio del valore stimato dell’appalto (di forniture e servizi) e, dall’altro lato, che per il suo impiego l’amministrazione debba fornire adeguata motivazione. Per gli appalti di lavori, invece, il sistema di qualificazione, i requisiti e le capacità che devono essere posseduti dal concorrente sono disciplinati con decreto del MIT, su proposta dell’ANAC e previo parere delle competenti Commissioni parlamentari, “anche al fine di favorire l’accesso da parte delle microimprese e delle piccole e medie imprese”.

In secondo luogo, l’esigenza di stabilire una disciplina conforme alle necessità delle PMI ha indotto il legislatore a modificare l’art. 83, comma 10, d.lgs. n. 50/2016, escludendo che ai fini della valutazione dei requisiti reputazionali inerenti al *rating* d’impresa si possa tener conto della capacità strutturale dell’azienda¹⁰².

La misura più rilevante in applicazione del principio del *favor participationis* delle PMI è però quella relativa alla suddivisione degli appalti in lotti. Scelta questa che si coordina con (e bilancia) la “forte tendenza all’aggregazione della domanda da parte dei committenti pubblici” (Considerando n. 59) e che, in definitiva, fa emergere chiaramente la contrapposizione fra l’approccio contabilistico dell’esperienza nazionale e quello comunitario favorevole alla strumentalità dell’appalto rispetto alle *secondary policies*¹⁰³.

Tutta la disciplina inerente alla suddivisione dei lotti muove e ricalca quanto previsto dal Considerando n. 78, ove la suddivisione in lotti è intesa come una misura facoltativa – “le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero in particolare essere incoraggiate a suddividere in lotti i grandi appalti” – e viene declinata secondo due modelli che dovrebbero rispondere alle esigenze delle PMI.

In relazione al primo aspetto, tanto l’art. 46, par. 1, della direttiva 2014/24/UE quanto l’art. 51, comma 1, d.lgs. n. 50/2016 prevedono che la divisione in lotti sia la regola, ma l’amministrazione può determinarsi motivatamente in senso contrario¹⁰⁴.

¹⁰² Cfr. F. Dallari, *I soggetti ammessi alle procedure di affidamento*, in *Diritto dei contratti pubblici*, cit., 321 ss., spec. 349.

¹⁰³ Cfr. in tal senso Tar Campania, Salerno, sez. I, 12 luglio 2018, n. 1071, secondo cui «la normativa vigente costituisce e, pertanto, deve essere correttamente intesa come espressione della volontà del legislatore di perseguire non più soltanto l’esigenza del controllo della spesa pubblica per il migliore utilizzo del danaro della collettività (c.d. “concezione contabilistica”, tipica del R.D. 23 maggio 1924, n. 827), bensì anche l’apertura alla concorrenza nella misura più ampia possibile per la salvaguardia dell’interesse comunitario alla libera circolazione dei prodotti e dei servizi, nell’interesse stesso dell’amministrazione ad acquisire, in virtù di una consistente partecipazione delle imprese alle procedure ad evidenza pubblica, l’offerta più vantaggiosa e più rispondente ai bisogni della collettività pubblica».

¹⁰⁴ E sul punto è peculiare la previsione del Considerando n. 78, par. 2, della direttiva 2014/24/UE ove si prevede che la determinazione contraria dell’amministrazione circa la suddivisione dell’appalto in lotti possa essere assunta “autonomamente sulla base di qualsiasi motivo ritenga rilevante, senza essere

Con riferimento al secondo profilo, l'art. 51 del d.lgs. n. 50/2016 prescrive, in aderenza al Considerando 78, che la suddivisione in lotti possa avvenire per lotti funzionali (divisione su base quantitativa) o in lotti prestazionali (divisione su base qualitativa) e che il relativo valore sia "adeguato" al fine di garantire "l'effettiva possibilità di partecipazione" per le PMI.

Ciò che rileva è che quanto precede non limita direttamente la discrezionalità amministrativa, ma anzi in un certo qual modo la valorizza perché riempie di contenuto (*id est* di interessi pubblico-privati) la valutazione amministrativa prodromica all'indizione della gara¹⁰⁵. Ed in tal senso pare muoversi anche la possibilità accordata all'amministrazione aggiudicatrice di prevedere i cosiddetti vincoli di partecipazione e di aggiudicazione, dei quali però si dirà più oltre perché, come è stato correttamente osservato, quelle misure non sono volte a favorire tanto la partecipazione quanto piuttosto la possibilità delle PMI di conseguire l'aggiudicazione (*infra sub. lett. b*)¹⁰⁶.

Vero è, però, che soprattutto con riferimento alla divisione in lotti, l'amministrazione aggiudicatrice viene caricata di gravosissimi oneri motivazionali. Un esempio per tutti è il seguente. Se, come si è detto, il valore del lotto deve essere adeguato a consentire la massima partecipazione delle PMI (il che significa valori il più possibile contenuti, soprattutto al fine di includere le microimprese); se un valore eccessivamente basso, ovvero inferiore alle soglie previste dal comma 11 dell'art. 35, comporta la disapplicazione della normativa codicistica per i contratti sopra soglia; se il comma 1 dell'art. 51 d.lgs. n. 50/2016 prescrive che la frammentazione dell'appalto non deve comunque essere disposta "al solo fine di eludere l'applicazione delle disposizioni del presente codice"; ciò significa che, quando il lotto ha valore inferiore alle soglie previste dal comma 11, l'amministrazione dovrà fornire adeguata motivazione per assicurare che la frammentazione in lotti risponda ad un'esigenza concreta e che non sia stata effettuata artificialmente per eludere la disciplina "comunitaria"¹⁰⁷. Insomma, il *favor participationis* per le PMI appare, o quantomeno potrebbe apparire, come un enigma di difficile soluzione: di qui l'interrogativo che l'inclusione delle microimprese sia stata una scelta legislativa generosa, ma "azzardata" perché implicante altrettanti "azzardi" da parte delle stazioni appaltanti.

soggetta a supervisione amministrativa o giudiziaria". Affermazione peculiare non solo perché favorevole alla sottrazione di una scelta discrezionale della pubblica amministrazione dal controllo giurisdizionale in contrapposizione al dettato dell'art. 24 e 113 Cost., ma anche perché subito disattesa dalla giurisprudenza nazionale. In tema si v. l'interessante riflessione di C. De Portu, *La suddivisione in lotti alla prova della scelta spettante alle Stazioni appaltanti*, in *Urb. app.*, 2018, 4, 523 ss., spec. 535-537.

¹⁰⁵ Cfr. Cons. St., sez. III, 22 febbraio 2018, n. 1138, in particolare il pt. 5.1.

¹⁰⁶ In tal senso, cfr. R. Caponigro, *Il principio del favor participationis e la tutela delle piccole e medie imprese nell'affidamento degli appalti pubblici*, cit.

¹⁰⁷ Si tratterà allora di valutare quale sia il valore in questo caso del ricordato interesse pubblico alla massima partecipazione.

b) Le misure a sostegno della competitività dell'offerta

Anche laddove le PMI riuscissero a partecipare alla gara, esse difficilmente riuscirebbero ad aggiudicarsi gli appalti basati sul criterio del prezzo più basso perché, come è stato correttamente evidenziato, la loro competitività in sede di offerta è legata tendenzialmente alla loro specializzazione e al loro *know-how*, e quindi di certo non all'economicità dell'offerta¹⁰⁸.

Utilmente, ma a beneficio indiretto ed eventuale per le PMI, tanto la normativa europea quanto quella nazionale prescrivono, quale regola generale, l'impiego del criterio di aggiudicazione del miglior rapporto qualità-prezzo.

Sul punto non ci si può esimere da una considerazione perché da più parti si contesta l'oscurità del dato positivo¹⁰⁹. Per comprendere il tenore di quanto previsto dall'art. 95, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016 diviene opportuno fare riferimento a quanto stabilito dal Considerando n. 89 della direttiva 2014/24/UE.

Lì l'espressione "offerta economicamente più vantaggiosa" è definita "concetto prioritario" e unitario (perché la migliore offerta è evidentemente quella più vantaggiosa); l'"offerta economicamente più vantaggiosa" come *concetto* va tenuta distinta dal "criterio" che portava lo stesso nome sotto la previgente disciplina e che il Considerando consiglia di tradurre nel "miglior rapporto qualità/prezzo". Mentre l'art. 67 della direttiva 2014/24/UE adempie all'indirizzo del Considerando n. 89¹¹⁰, l'art. 95, comma 2, d.lgs. n. 50/2016, ricorre all'uso della vecchia terminologia (offerta economicamente più vantaggiosa intesa come *criterio*). Il che non contribuisce alla piana lettura della norma che, se ben si è intesa, prevede tre criteri di valutazione dell'offerta: quello del rapporto qualità/prezzo (il vecchio criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa) in cui l'elemento economico può essere valutato in termini di costo o di prezzo¹¹¹; quello del costo/efficacia, quale il costo del ciclo di vita; quello del solo prezzo (criterio del prezzo più basso).

Ciò detto, la generalizzazione del criterio del miglior rapporto qualità/prezzo è

¹⁰⁸ Cfr. S. Schoenmaekers, *The role of SMEs in promoting sustainable procurement*, in *Sustainable public procurement under EU law: new perspectives on the State as stakeholder*, a cura di B. Sjaafjell e A. Wiesbrock, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, 160 ss., spec. 164 e 167.

¹⁰⁹ Cfr. L. Gili, *La nuova offerta economicamente più vantaggiosa e la discrezionalità amministrativa a più fasi*, in *Urb. app.*, 2017, 1, 24 ss., spec. 25.

¹¹⁰ L'art. 67 §2 stabilisce, infatti, così confermando che l'OEPPV è concetto e non più termine che identifica un criterio, che "l'offerta economicamente più vantaggiosa dal punto di vista dell'amministrazione aggiudicatrice è individuata sulla base del prezzo o del costo, seguendo un approccio costo/efficacia, quale il costo del ciclo di vita conformemente all'articolo 68, e può includere il miglior rapporto qualità/prezzo [...]".

¹¹¹ ANAC, *Linee Guida n. 2, di attuazione del D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recanti "Offerta economicamente più vantaggiosa"* (Aggiornate al d.lgs 19 aprile 2017, n. 56 con Delibera del Consiglio n. 424 del 2 maggio 2018), 8.

ricavabile dall'eccezionalità del criterio del prezzo più basso. Dal combinato disposto dei commi 2-5 dell'art. 95 d.lgs. n. 50/2016 si evince infatti che il criterio del solo prezzo è residuale (perché tassativo¹¹²) ed eccezionale (perché l'amministrazione deve motivare la scelta di farne ricorso¹¹³). Con la conseguenza che, se è vero quanto affermato in relazione alla capacità delle PMI di concorrere sul solo piano della propria specializzazione (*ergo*, della qualità dell'offerta), in astratto la nuova regolazione dei criteri potrà consentire alle PMI di sfruttare al meglio il loro vantaggio competitivo.

Un ulteriore aspetto di cui tenere conto è la facoltà di prevedere criteri premiali da applicare alla valutazione dell'offerta "per agevolare la partecipazione" delle PMI, nonché dei giovani professionisti e delle imprese di nuova costituzione¹¹⁴.

A tal riguardo, è opportuno evidenziare che la possibilità da ultimo descritta rievoca (e al contempo parrebbe superare) il problema relativo alla commistione fra i requisiti di partecipazione e i criteri di valutazione dell'offerta.

Ebbene, antecedentemente all'adozione della più recente normativa, tanto la Corte di Giustizia quanto il giudice amministrativo italiano hanno sanzionato il *mélange* dei parametri di valutazione sottesi a due fasi che, seppur connesse, devono rimanere distinte (per finalità e disciplina), perché la prima è riferita all'accertamento della qualifica degli operatori economici, mentre la seconda è volta all'individuazione della migliore offerta e non già del miglior offerente¹¹⁵.

La chiusura della giurisprudenza europea è stata pressoché totale, perché ha ostato finanche alla previsione di *sub*-criteri di aggiudicazione non meramente soggettivi ma piuttosto riferiti all'esperienza, alle qualifiche e ai mezzi funzionali alla corretta esecuzione dell'appalto¹¹⁶. Di diverso avviso è stato invece il giudice amministrativo italiano, che, adottando forme di giudizio più flessibili e ancorate a valutazioni in concreto, ha talvolta ammesso (specie laddove l'oggetto del contratto consistesse in un *facere* e non

¹¹² Si consideri però che il recente "decreto sblocca cantieri" (d.l. 18 aprile 2019, n. 32, convertito con modificazioni dalla l. 14 giugno 2019, n. 55) non si è limitato a ridurre i casi in cui è possibile utilizzare il criterio del minor prezzo, ma, per i contratti sotto la soglia comunitaria, ha ristabilito la discrezionalità della stazione appaltante nella scelta sul criterio da impiegare (art. 36, comma 9-*bis*, d.lgs. n. 50/2016) facendo comunque salvo quanto previsto dal comma 3 dell'art. 95.

¹¹³ Critico sul punto è C. Deodato, *L'estensione dell'ambito applicativo del criterio del massimo ribasso: una scelta giusta*, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹¹⁴ Cfr. Cons. St., sez. V, 17 gennaio 2018, n. 279.

¹¹⁵ Cfr. CGCE, sez. I, 24 gennaio 2008, causa C-532/06; 19 giugno 2003, causa C-315/01, GAT; 17 settembre 2002, causa C-513/99; 20 settembre 1988, causa C-31/87. Per la giurisprudenza del giudice amministrativo si v. Cons. St., sez. V, 28 agosto 2009, n. 5105; 16 febbraio 2009, n. 837; 4 ottobre 2008, n. 4971; 4 marzo 2008, n. 912.

¹¹⁶ CGCE, sez. I, 24 gennaio 2008, causa C-532/06, cit., ove si afferma che seppur la normativa lasci alle amministrazioni «la scelta dei criteri ch'esse intendono adottare per l'aggiudicazione dell'appalto, ciò nondimeno tale scelta può riguardare soltanto criteri volti ad individuare l'offerta economicamente più vantaggiosa». La conseguenza, secondo la Corte, è che «sono esclusi come criteri di aggiudicazione criteri che non siano diretti ad identificare l'offerta economicamente più vantaggiosa, ma che siano essenzialmente collegati alla valutazione dell'idoneità degli offerenti ad eseguire l'appalto di cui trattasi».

nella mera fornitura di un prodotto¹¹⁷) criteri di aggiudicazione di natura soggettiva che valorizzassero quei profili sì relativi all'offerente ma comunque incidenti sull'esecuzione della prestazione¹¹⁸.

Quest'ultimo orientamento trova ora pieno accoglimento nell'art. 95 del d.lgs. n. 50/2016, perché il comma 6, lett. e), prevede che fra i *sub*-criteri possano rientrare anche considerazioni relative all'organizzazione, alle qualifiche e all'esperienza del personale effettivamente impiegato nell'appalto, dovendo però l'amministrazione giustificare la scelta motivando l'"influenza significativa sul livello dell'esecuzione dell'appalto"¹¹⁹.

In questo scenario, si pone allora il problema relativo all'interpretazione della facoltà dell'amministrazione di attribuire un punteggio premiale per agevolare la *partecipazione* delle PMI (art. 95, comma 13, del d.lgs. n. 50/2016).

Sono due in astratto le interpretazioni che possono essere fornite alla formula recata dal comma 13 dell'art. 95, ma si impone una precisazione: con quanto segue non si intende fornire una risposta certa, quanto piuttosto porre dubbi in relazione all'estensione della discrezionalità amministrativa.

Da un lato vi è l'interpretazione dell'ANAC, ossequiosa del collegamento fra il criterio di aggiudicazione e l'oggetto dell'appalto: «al fine di agevolare la partecipazione delle microimprese e delle piccole e medie imprese [...] si suggerisce alle stazioni

¹¹⁷ Cfr. in tal senso A. Annibali, *Requisiti di idoneità e criteri di aggiudicazione dell'offerta*, in *Urb. app.*, 2010, 2, 205 ss. (spec. 206).

¹¹⁸ Cfr. Cons. St., sez. V, 20 agosto 2013, n. 4191, secondo cui «è pur vero che questo Consiglio ha anche stabilito che non può configurarsi una netta cesura tra i due profili, l'uno correlato alla qualità dell'offerta, l'altro alla qualificazione dell'impresa, poiché, ferma restando la discrezionalità delle Amministrazioni aggiudicatrici nello scegliere i criteri che intendono adottare per l'aggiudicazione dell'appalto, e atteso che, come detto, non sono consentiti criteri di aggiudicazione che non siano diretti a identificare l'offerta economicamente più vantaggiosa, ma che siano essenzialmente collegati alla valutazione dell'idoneità degli offerenti ad eseguire l'appalto di cui trattasi, la previsione, nel bando di gara, di elementi di valutazione dell'offerta tecnica di tipo soggettivo (concernenti la specifica attitudine del concorrente a realizzare lo specifico progetto oggetto di gara), è legittima nella misura in cui aspetti dell'attività dell'impresa possano illuminare la qualità dell'offerta»; *ex multis*, Cons. St., sez. V, 21 maggio 2010, n. 3208; 23 gennaio 2012, n. 266. Il diverso approccio del giudice nazionale è confermato da una recente sentenza del Cons. St., sez. V, 17 gennaio 2018, n. 279, secondo cui «in linea generale il divieto di commistione tra requisiti di partecipazione e criteri di valutazione dell'offerta trae origine da quella giurisprudenza comunitaria che aveva sottolineato la necessità di operare un'adeguata separazione tra fase di selezione dell'offerente, basata su criteri di idoneità, e fase di selezione dell'offerta, fondata su criteri di aggiudicazione. La giurisprudenza domestica ha declinato il principio comunitario così chiaramente espresso, adeguandolo a situazioni specifiche nelle quali è stata ammessa la possibilità di considerare, in fase di valutazione dell'offerta, aspetti che rientrerebbero nei requisiti di partecipazione».

¹¹⁹ Sul punto si v. C. Lacava, *I criteri di aggiudicazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 4, 459 ss., spec. 463, secondo la quale il limite dell'influenza significativa «previene il rischio di un eccessivo "soggettivismo" nella fase di aggiudicazione, imponendo il principio di proporzionalità rispetto all'oggetto dell'appalto e quindi garantendo l'oggettività della scelta e la parità di trattamento». Si v. anche la Linea guida n. 2 dell'ANAC "*Offerta economicamente più vantaggiosa*", cit., ove opportunamente si evidenzia che "naturalmente, anche in questo caso, la valutazione dell'offerta riguarda, di regola, solo la parte eccedente la soglia richiesta per la partecipazione alla gara, purché ciò non si traduca in un *escamotage* per introdurre criteri dimensionali".

appaltanti di prevedere criteri di valutazione che valorizzino gli elementi di innovatività delle offerte presentate». Sul punto sia concessa una provocazione. L'ANAC pare voler riferire quei criteri premiali al contenuto oggettivo dell'offerta, ma, ancorando (facendo eco al legislatore) la definizione dei criteri di valutazione dell'offerta alla "partecipazione", l'*Authority* finisce per cadere nella stessa commistione che vuole parzialmente scongiurare.

Dall'altro lato, si potrebbe ritenere che quelle premialità possano essere connesse anche al mero dato soggettivo dipendente dalla ristretta struttura aziendale, così svincolando la valutazione discrezionale dell'amministrazione dall'oggetto dell'appalto. Una soluzione questa difficilmente percorribile per una pluralità di motivi. Innanzitutto, perché le decisioni fondate sul comma 13 dell'art. 95 devono essere fatte "compatibilmente con il diritto dell'Unione Europea". In secondo luogo, perché andrebbe riconsiderato il legame (prescritto dall'art. 95, comma 11) dei criteri di aggiudicazione con l'oggetto dell'appalto. In terzo luogo, perché quella soluzione porrebbe l'interrogativo sulla legittimità della misura sotto il profilo della proporzionalità rispetto al fine perseguito. Infine, anche a ritenersi superabili i punti precedenti, vi sarebbe comunque da comprendere fino a che punto possa spingersi il progressivo superamento dei limiti al divieto di commistione fra requisiti soggettivi di partecipazione e criteri di aggiudicazione¹²⁰.

A margine poi delle innovazioni relative ai criteri di valutazione dell'offerta, vi sono almeno altre due previsioni atte a favorire la competitività delle PMI.

In primo luogo, merita di essere ricordata la già citata facoltà dell'amministrazione di porre vincoli di partecipazione e di aggiudicazione nei singoli lotti.

L'art. 46, par. 2, della direttiva 2014/24/UE, così come l'art. 51, commi 2 e 3, d.lgs. n. 50/2016 rimettono infatti alla discrezionalità dell'amministrazione la scelta di consentire alle imprese di presentare offerte per un solo lotto, per alcuni o per ogni lotto (vincolo di partecipazione) e in questi ultimi due casi anche la possibilità di limitare il numero di lotti che possono essere aggiudicati ad un medesimo offerente (vincolo di aggiudicazione)¹²¹.

¹²⁰ A tal riguardo potrebbe venire in soccorso quanto affermato dal Consiglio di Stato in relazione all'applicazione del criterio di cui al comma 6, lett. e), dell'art. 95, e cioè che il punteggio assegnato al criterio soggettivo della specifica attitudine dell'operatore economico «non deve incidere in maniera rilevante sulla determinazione del punteggio complessivo» (Cons. St., sez. V, 17 gennaio 2018, n. 279, cit.). A percorrere questa strada, ci si situerebbe, pertanto, sul versante della proporzionalità della concreta applicazione della misura. Senonché è quella stessa sentenza a specificare due ulteriori limiti che però paiono escludere una generalizzazione della commistione dei requisiti soggettivi con i criteri di valutazione dell'offerta, perché il Consiglio di Stato afferma che la specifica attitudine del concorrente possa essere presa in considerazione nei soli appalti di servizi e nei limiti in cui possa «effettivamente illuminare la qualità dell'offerta».

¹²¹ Sul punto, cfr. R. Caponigro, *Il principio del favor participationis e la tutela delle piccole e medie imprese nell'affidamento degli appalti pubblici*, cit., il quale evidenzia chiaramente come la valutazione amministrativa sia essenzialmente discrezionale, perché nel breve periodo la scelta dell'amministrazione

In secondo luogo, vi è poi un'ulteriore misura non direttamente finalizzata a valorizzare la competitività dell'offerta delle PMI, ma che si risolve comunque in una maggiore possibilità per quelle imprese di partecipare alla gara e di ottenere l'aggiudicazione dell'appalto. Trattasi della rotazione degli inviti e degli affidamenti, che, ai sensi dell'art. 36, comma 1, d.lgs. n. 50/2016 è prescritta quale regola generale per l'affidamento e l'esecuzione dei contratti di valore inferiore alle soglie comunitarie individuate dall'art. 35¹²². Ora, se le MPMI rappresentano il maggior numero delle realtà imprenditoriali operanti sul territorio nazionale, allora vi sono alte probabilità che la rotazione degli incarichi finisca proprio per favorire (statisticamente appunto) un loro maggiore successo.

3.2. *Gli acquisti verdi e sociali negli appalti pubblici*

Come anticipato, sin dal Libro Verde del 1996 (*supra* §2) l'ampiezza della spesa pubblica per gli appalti pubblici viene intesa come occasione per conformare la produzione industriale al fine di contribuire nel lungo termine al conseguimento di obiettivi sociali comuni, fra i quali il Libro Verde della Commissione Europea del 2011 annovera "la tutela dell'ambiente, una maggiore efficienza energetica e sotto il profilo delle risorse, la lotta contro i cambiamenti climatici, la promozione dell'innovazione e dell'inclusione sociale e infine la garanzia delle migliori condizioni possibili per la fornitura di servizi pubblici di elevata qualità"¹²³.

Conviene muovere l'analisi della normativa più specifica principiando da una considerazione molto più generale, ma non meno rilevante.

Si è già ricordato che l'art. 30, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016 consente alle stazioni appaltanti di subordinare il principio di economicità a quei criteri prescritti dal bando che siano ispirati ad esigenze sociali ed ambientali. Ciò che non si è detto è che quella previsione era già recata dall'art. 2, comma 2, del d.lgs. n. 163/2006; ed anzi, come nella precedente versione, anche quella più recente prevede che la subordinazione del principio di economicità possa avvenire nei limiti in cui ciò sia "espressamente consentito dalle norme vigenti e dal presente Codice". *Nihil sub sole novum*, si potrebbe dire: ma lo si

di imporre quei vincoli potrebbe sì comportare ricadute sull'aumento di costi e sulla qualità delle offerte vincitrici, ma considerando un lasso temporale più ampio quella scelta potrebbe risultare più vantaggiosa perché impedirebbe la formazione di "monopoli".

¹²² In tema, di recente, si v. K. Kurcani, *La rotazione nei contratti pubblici sotto-soglia: un principio dai confini incerti*, in *Munus*, 2019, 1, 343 ss., che qualifica il rafforzamento della partecipazione delle MPMI come un «obiettivo che si eleva ad interesse pubblico che le stazioni appaltanti si pongono, impongono e perseguono in concreto» (corsivo di chi scrive).

¹²³ Commissione Europea, *Libro Verde sulla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici. Per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti*, Bruxelles, 27.1.2011 COM(2011) 15 definitivo, 5.

affermerrebbe erroneamente.

Come osservato da attenta dottrina, infatti, quella previsione risulta ora rafforzata perché inserita in un *corpus* normativo ricco di riferimenti alla tutela dell'ambiente e delle esigenze sociali; con la conseguenza che, in ragione delle numerose previsioni ambientali e sociali recate dal nuovo Codice, la riserva di legge da limite è divenuta «una sorta di propulsore»¹²⁴ delle clausole *green and social oriented*.

Ciò chiarito, per comprendere come quei fini “debbono” essere perseguiti dalle stazioni appaltanti è necessario prendere da subito coscienza del fatto che ancora una volta diviene centrale il momento prodromico all'avvio della procedura (fatto salvo quanto si dirà in chiusura in relazione alla negoziazione in sede di gara). Qui però, diversamente da quanto si è rilevato in relazione al fine dell'inclusione delle PMI, oltre alla determinazione delle regole di gara (*id est*, dei requisiti di qualificazione e dei criteri di aggiudicazione) spicca, in via logicamente prioritaria, la definizione dell'oggetto (concezione del contratto e specifiche tecniche)¹²⁵.

Come osservato in dottrina, la fase di determinazione dell'oggetto del contratto rappresenta il livello ideale per la previsione delle considerazioni sociali e ambientali¹²⁶, nonché il momento in cui l'agire dell'amministrazione appare maggiormente “libero”¹²⁷, perché l'interesse della legislazione europea e nazionale è fortemente orientato all'*how to buy* e non al *what to buy*¹²⁸.

¹²⁴ S. Villamena, *Codice dei contratti pubblici 2016. Nuovo lessico ambientale, clausole ecologiche, sostenibilità, economicità*, in *Riv. giur. edil.*, 2017, 3, 101 ss. (spec. 108), secondo cui, peraltro, nel nuovo impianto codicistico la previsione delle clausole ecologiche «non si scontra più col limite della riserva di legge, ma anzi, attraverso la legge trae linfa nuova l'elemento ambientale al fine di legittimare e giustificare la recessione del principio di economicità» (p. 109). In relazione all'art. 2 del d.lgs. n. 163/2006 cfr. S. Villamena, *Appalti pubblici e clausole ecologiche. Nuove conquiste per la «competitività non di prezzo» anche alla luce della recente disciplina europea*, *Dir. econ.*, 2015, 2, 355 ss., spec. 365-366.

¹²⁵ Cfr. R. Caranta, *Clausole sociali e ambientali e rispetto del principio di concorrenza*, in *La dimensione sociale della contrattazione pubblica. Disciplina dei contratti ed esternalizzazioni sostenibili*, cit., 127 ss. Il tema è diffusamente trattato da R. De Nictolis, *I nuovi appalti pubblici. Appalti e concessioni dopo il d.lgs. 56/2017*, Bologna, Zanichelli, 2017, 561-573.

¹²⁶ R. Caranta, *op. ult. cit.*, 129.

¹²⁷ Così F. Dallari, *Gli appalti verdi*, in *Gli strumenti economici e consensuali del diritto dell'ambiente*, a cura di F. Mastragostino, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011, 89 ss. (spec. 111). Cfr. anche G. Lucidi, *Le specifiche tecniche dei nuovi bandi*, in *Giustamm.it*, 2016, 2. Si v. anche il Considerando 90 della dir. 2014/24/UE, ove è prescritto che “opportuno ricordare che le amministrazioni aggiudicatrici sono libere di fissare norme di qualità adeguate utilizzando le specifiche tecniche o le condizioni di esecuzione di un appalto”.

¹²⁸ Per la Commissione europea, infatti, «la legislazione in materia di appalti pubblici non è particolarmente interessata a che cosa comprano gli enti aggiudicatori, ma piuttosto a come comprano. Per questo motivo, nessuna delle direttive sugli appalti restringe l'oggetto di un appalto in quanto tale» (Commissione Europea, *Acquistare verde! Un manuale sugli appalti pubblici ecocompatibili*, cit., 14). Le resistenze ad una maggiore invasività delle predeterminazioni legislative sulla discrezionalità amministrativa nella definizione dell'oggetto del contratto sono ben sintetizzate dalla Commissione Europea nel *Libro Verde sulla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici. Per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti*, cit., 46-47, ove si afferma che l'imposizione legislativa di requisiti e criteri

L'affermazione merita però di essere chiarita, perché l'interesse per le direttive "al come comprare" non significa solo imporre (di regola) un determinato procedimento pro-competitivo. Se quell'affermazione fosse così riduttivamente interpretata, l'amministrazione sarebbe effettivamente libera di scegliere "cosa comprare", rimanendo preclusa solo la possibilità di procedere in ogni caso ad un'aggiudicazione diretta al di fuori di qualsivoglia competizione.

Bisogna invece ammettere che la regolazione dell'*how to buy* investa (neppure troppo mediamente) il *what to buy*, perché la contrazione della competizione non è conseguenza possibile della sola assenza della procedura di gara, ma anche della "sproporzionata" e "irragionevole" determinazione dell'oggetto del contratto¹²⁹.

La predeterminazione di regole (per quanto flessibili) circa l'*how to buy* si risolve, infatti, in primo luogo, in una pluralità di prescrizioni che limitano la discrezionalità amministrativa (anzitutto pura e poi tecnica) nella descrizione specifica dell'oggetto del contratto. Il fine, merita ribadirlo, è quello di evitare che l'oggetto del contratto divenga strumento surrettizio per l'introduzione di discriminazioni e indebiti vantaggi a danno di alcuni operatori¹³⁰.

a) Le specifiche tecniche

Il primo momento utile per l'inserimento di clausole sociali e ambientali è quello di definizione delle specifiche tecniche, ovvero di quelle prescrizioni che "definiscono le caratteristiche previste per lavori, servizi o forniture" (art. 42, par. 1, della direttiva 2014/24/UE e art. 68, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016), tra cui rientrano in particolare, oltre ai livelli di qualità, anche i livelli di "prestazione ambientale" e le "ripercussioni sul clima" (all. VII alla direttiva 2014/24/UE).

Sul punto, le prescrizioni della direttiva 2014/24/UE divergono dalla normazione precedente per un aspetto per nulla irrilevante. Per comprenderlo è opportuno porre a confronto le due normative di riferimento.

L'art. 23, par. 8, della direttiva 2004/18/CE e l'art. 68, comma 13, del d.lgs. n. 163/2006 escludevano, salvo eccezionali casi, che le specifiche potessero menzionare "una fabbricazione o provenienza determinata o un procedimento particolare" o che potessero fare riferimento "a un marchio, a un brevetto o a un tipo, a un'origine o a una

dovrebbe essere limitata «ai casi in cui il mercato dell'UE sia sufficientemente sviluppato per garantire una concorrenza effettiva».

¹²⁹ Cfr. R. Caranta, *Clausole sociali e ambientali e rispetto del principio di concorrenza*, cit., 129, che efficacemente parla di «tensione tra sostenibilità e il timore di possibili distorsioni della concorrenza».

¹³⁰ Così, C. Colosimo, *L'oggetto del contratto, tra tutela della concorrenza e pubblico interesse*, cit., 87.

produzione specifica” aventi come risultato quello di favorire o eliminare alcune imprese o alcuni prodotti. L’art. 42, par. 4, della direttiva 2014/24/UE e l’art. 68, comma 6, del d.lgs. n. 50/2016 limitano invece quell’esclusione prevedendo che essa operi solo se è fatto riferimento ad una fabbricazione o provenienza determinata o ad un procedimento particolare “forniti da un operatore economico specifico”: un limite questo che pare molto meno stringente di quello posto in precedenza.

Vi è poi che, concordemente alle conclusioni raggiunte dalla Corte di Giustizia nel caso *Max Havelaar e EKO*¹³¹, la disciplina oggi vigente stabilisce che le specifiche tecniche possono di regola essere riferite anche a una caratteristica diversa da quella intrinseca ad un prodotto, cioè a elementi non necessariamente incorporati in quest’ultimo. È previsto, infatti, che le caratteristiche dell’oggetto del contratto possono “inoltre” riferirsi allo “specifico” processo o metodo di produzione o di prestazione dei lavori, delle forniture o dei servizi, e persino a uno specifico processo “per un’altra fase del loro ciclo di vita”.

L’ampliamento delle specifiche tecniche anche a fattori che non si riferiscono necessariamente al “contenuto sostanziale” della prestazione richiesta segna pertanto il definitivo superamento dell’argomento fatto proprio dalla Commissione, ovvero che il riferimento a particolari procedimenti di produzione dovesse comunque contribuire a definire caratteristiche del prodotto «visibili o invisibili», ma comunque ad esso intrinseche¹³².

Non significa però che le specifiche tecniche possano essere disancorate dall’oggetto del contratto. Ai sensi dell’art. 42, par. 1, della direttiva 2014/24/UE e dell’art. 68, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016, il riferimento ai processi di produzione e/o di ciclo di vita dei prodotti deve comunque essere disposto in modo che sia assicurato il collegamento tra quelli e l’oggetto dell’appalto, nonché la loro proporzionalità rispetto al valore e ai fini del contratto. A ciò dovendosi aggiungere solo che, anche laddove sia garantito il collegamento all’oggetto del contratto, la determinazione delle specifiche tecniche deve assicurare la parità di accesso degli operatori alle procedure¹³³ e non deve creare, neppure in via mediata, ostacoli alla concorrenza.

¹³¹ Corte di Giustizia, 10 maggio 2012, C-368/10, *Commissione europea c. Regno dei Paesi Bassi*. L’affermazione riportata nel testo è contenuta al pt. 91 della sentenza, ma è riferita ai criteri di aggiudicazione. Essa però, data la genericità del principio che ne è posto alla base, può essere estesa anche alle specifiche tecniche (in tal senso si v. R. Caranta, *Clausole sociali e ambientali e rispetto del principio di concorrenza*, cit., 131).

¹³² Cfr. Commissione europea, *Il diritto comunitario degli appalti pubblici e le possibilità di integrare considerazioni di carattere ambientale negli appalti pubblici*, cit., 12.

¹³³ Qui diviene fondamentale il principio di equivalenza laddove l’amministrazione faccia riferimento a marchi, brevetti o a un tipo, a un’origine o a una produzione specifica.

b) Le condizioni di esecuzione del contratto

Con la definizione delle specifiche tecniche termina la descrizione dell'oggetto contrattuale, ma non già la disciplina del contratto che può essere arricchita dalla definizione delle condizioni di esecuzione¹³⁴. Anche sul punto sia la direttiva, principiando dal Considerando 98¹³⁵, che il Codice dei contratti pubblici esplicitano la possibile finalizzazione del contratto all'implementazione delle *secondary policies* tramite la definizione dei requisiti per l'esecuzione.

L'art. 100 del d.lgs. n. 50/2016 stabilisce che le stazioni appaltanti possono scegliere condizioni di esecuzione che attengano in particolare a esigenze sociali e ambientali, così discostandosi (ma solo apparentemente) da quanto prescritto dall'art. 70 della direttiva che contempla altresì le considerazioni legate all'innovazione (che l'art. 100 declina in spiegabilmente come principio) e/o relative all'occupazione (che nel codice domestico sono recate dall'art. 50). E proprio a quest'ultimo riguardo è bene anticipare che, diversamente da quanto previsto dall'art. 100 del d.lgs. n. 50/2016, che pone la mera facoltà di inserire clausole sociali e ambientali di esecuzione, l'art. 50 prescrive, per gli appalti "ad alta intensità di manodopera"¹³⁶, l'obbligo di inserire clausole "volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato" e vincola l'aggiudicatario ad applicare i contratti collettivi di settore di cui all'art. 51 del d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81 (*infra* lett. f).

Vi è poi da evidenziare che l'art. 100 del d.lgs. n. 50/2016 non contempla il limite del collegamento con l'oggetto del contratto. Si tratta di una lacuna evidentemente incompatibile con il diritto europeo e in particolare rispetto all'art. 70 della direttiva

¹³⁴ Sulla difficoltà di distinguere le specifiche tecniche dalle condizioni di esecuzione speciali si v. R. Caranta, *I contratti pubblici*, cit., 380-381, il quale, partendo dal presupposto che «per cercare di dare un senso alla categoria ed alla disposizione, deve ritenersi che le condizioni in questione non riguardino l'oggetto del contratto, definito dalle specifiche tecniche, ma le modalità della sua realizzazione», osserva criticamente che quella distinzione diviene assolutamente impalpabile se non addirittura problematica con riferimento alla materia dei servizi. Sul punto anche G. Fidone, *Gli appalti verdi all'alba delle nuove direttive: verso modelli più flessibili orientati a scelte eco-efficienti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2012, 5, 819 ss., spec. 861, per il quale «si dovrebbe, inoltre, trattare di condizioni esecutive aggiuntive rispetto all'oggetto del contratto in senso stretto, altrimenti esse verrebbero a coincidere con le specifiche tecniche, legate alle modalità esecutive dello stesso».

¹³⁵ «Le condizioni di esecuzione dell'appalto potrebbero anche essere intese a favorire l'attuazione di misure volte a promuovere l'uguaglianza tra uomini e donne nel lavoro, una maggiore partecipazione delle donne al mercato del lavoro e la conciliazione tra lavoro e vita privata, la protezione dell'ambiente o il benessere degli animali, a rispettare in sostanza le disposizioni delle convenzioni fondamentali dell'Organizzazione internazionale del lavoro (OIL) e ad assumere un numero di persone svantaggiate superiore a quello stabilito dalla legislazione nazionale».

¹³⁶ Nei quali il costo della manodopera «finisce per costituire uno dei tratti (se non l'unico) di differenziazione delle offerte economiche delle diverse imprese concorrenti» (M. Montini, *La tutela del lavoro nella contrattazione pubblica*, in *La dimensione sociale della contrattazione pubblica*, cit., 147 ss., spec. 153).

2014/24/UE che fa rinvio al par. 3 dell'art. 67 ove è per l'appunto prescritta la connessione con l'oggetto del contratto.

Piuttosto, anche tenendo conto dell'esemplificazione delle condizioni di esecuzione proposta in dottrina (consegna, ritiro, riciclaggio, etc.)¹³⁷, deve essere necessariamente evidenziata la loro possibile sovrapposizione con i criteri di aggiudicazione, specie qualora questi ultimi siano riferiti ai costi del ciclo di vita dei prodotti (*infra sub* lett. d). Le eventuali commistioni sarebbero certamente illegittime, considerando che atterrebbero ad elementi che assolvono a funzioni differenti nel corso della procedura, perché le condizioni dell'esecuzione non sono oggetto di ponderazione e devono essere accettate in sede di offerta dall'appaltatore (cfr. art. 100, comma 2), con la conseguenza che in caso di mancata accettazione l'offerta non sarà valutabile¹³⁸.

c) I requisiti di partecipazione

Se quanto precede distingue nettamente i modi di implementazione delle politiche sociali e ambientali da quelle (comunque secondarie) volte alla promozione della partecipazione delle PMI, ebbene anche la spinta *green and social oriented* si sviluppa nell'ambito della definizione dei requisiti di partecipazione.

Senonché, se per favorire la partecipazione delle PMI assumono prioritario (se non esclusivo) rilievo le determinazioni discrezionali prese dalle stazioni appaltanti in relazione ai requisiti speciali, ai fini della promozione delle esigenze sociali e ambientali diviene decisiva la predeterminazione legislativa (vincolante per l'amministrazione e fonte di oneri per l'operatore economico¹³⁹) dei requisiti generali prescritta dall'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016. Trattasi di un'elencazione tassativa che, proprio perché inderogabile per determinazione amministrativa, finalizza la vicenda contrattuale direttamente alla soddisfazione degli interessi secondari. Ciò in quanto, salvo il ricorso al *self-cleaning*,

¹³⁷ Per un'ampia esemplificazione delle condizioni di esecuzione che in concreto possono essere richieste si v. F. Dallari, *Gli appalti verdi*, cit., 130-131. L'A. in particolare osserva che alcune criticità possono emergere soprattutto in relazione alle condizioni attinenti al trasporto, perché se è vero che quella parte di modalità dell'esecuzione può avere un significativo impatto sull'ambiente è altresì innegabile che esse potrebbero in concreto penalizzare l'accesso alle procedure degli appaltatori di altri Stati membri che devono percorrere ampie distanze.

¹³⁸ Mentre in caso di mancato rispetto in corso di esecuzione di quelle prescrizioni sussisterebbe un inadempimento contrattuale dell'appaltatore.

¹³⁹ Cfr. Tar Sardegna, Cagliari, sez. I, 13 maggio 2013, n. 124, secondo cui «le valutazioni in ordine alla gravità delle condanne riportate dai concorrenti ed alla loro incidenza sulla moralità professionale spettano alla stazione appaltante e non al concorrente medesimo, il quale è pertanto tenuto a indicare tutte le condanne riportate, non potendo operare a monte alcun "filtro" né omettere la dichiarazione di alcune di esse sulla base di una selezione compiuta secondo criteri personali, e ciò indipendentemente dall'inserimento dell'obbligo in una specifica clausola del bando e/o del disciplinare di gara». Conforme a Cons. St., sez. V, 7 maggio 2013, n. 2462; sez. VI, 3 febbraio 2011 n. 782. Più di recente in tal senso anche, Tar Campania, Napoli, sez. I, 1 dicembre 2015, n. 5530.

l'esclusione potrebbe discendere, *inter alia*: i) dallo sfruttamento del lavoro minorile e di ogni altra forma di tratta di esseri umani di cui al d.lgs. 4 marzo 2014, n. 24 (comma 1, lett. f); ii) da violazioni gravi dell'obbligo relativo al pagamento dei contributi previdenziali (comma 4); iii) da gravi infrazioni di disposizioni in materia di salute, sicurezza sul lavoro e dei vincoli posti dal comma 3 dell'art. 30 del d.lgs. n. 50/2016 in relazione all'adempimento, nella fase esecutiva di precedenti contratti pubblici, degli obblighi "in materia ambientale, sociale e del lavoro" (comma 5, lett. a)¹⁴⁰.

Sebbene la predeterminazione legislativa dei requisiti generali abbia sottratto all'ente parte della discrezionalità da esercitare a monte della gara, è però chiaro che, nella nuova disciplina codicistica, l'amministrazione torna titolare di un'ampia capacità decisionale in corso di gara tramite i poteri connessi al *self-cleaning*¹⁴¹.

Vero è che rimangono "sanabili" le violazioni previste dal comma 4, specialmente quella relativa al mancato pagamento degli obblighi previdenziali, ma, ai sensi del comma 7 dell'art. 80, il ricorso al *self-cleaning* è comunque ammesso nelle ipotesi di cui al comma 1 e soprattutto in quelle elencate al comma 5. Il che è un dato fortemente significativo, perché fra le violazioni sanabili di cui al comma 5 vi rientrano proprio le infrazioni delle norme in materia di salute e sicurezza sul lavoro nonché degli obblighi previsti dall'art. 30, comma 3. E poiché il comma 8 dell'art. 80 rimette alla stazione appaltante la decisione in ordine alla sufficienza delle misure adottate dal privato, finisce per "colorarsi" di discrezionalità (forse non solamente tecnica) anche quello che fino al Codice previgente era un vincolo indisponibile da parte della stazione appaltante: e non pare azzardato ritenere che quella discrezionalità nella valutazione della sufficienza sarà guidata da principi (*in primis* da quello di proporzionalità) informati alle esigenze ambientali e sociali.

Ciò detto, la finalizzazione sociale e ambientale degli appalti può comunque essere promossa anche attraverso la determinazione discrezionale dei requisiti speciali, specie di quelli relativi alla capacità tecnica di cui all'art. 83, commi 1 e 6¹⁴², il cui possesso, ai

¹⁴⁰ Come osservato in dottrina, l'esclusione per la violazione degli obblighi di cui al comma 3 dell'art. 30 del d.lgs. n. 50/2016 rappresenta l'elemento più innovativo della riforma dei requisiti generali di partecipazione (così, C. Vivani, *Appalti sostenibili, green public procurement e socially responsible public procurement*, in *Urb. app.*, 2016, 8-9, 993 ss., spec. 999).

¹⁴¹ In tema di *self-cleaning* si v. le interessanti considerazioni svolte da M. Calabrò, *Appalti pubblici e semplificazione della procedura di presentazione delle offerte. Alla ricerca di un bilanciamento tra fiducia e controllo*, cit., 219 ss. Si v. anche G.D. Comporti, *La flessibilità*, cit., 30, secondo cui la disposizione richiama il "modello organizzativo" individuato dal d.lgs. n. 231/2001, «che la concretezza del procedimento di gara [...] trasforma da astratto esercizio di retorica aziendale in strumento rimediabile specifico *ex post*».

¹⁴² Si consideri che già la Commissione delle comunità europee, affermava che l'amministrazione avrebbe potuto legittimamente richiedere quale requisito di gara una esperienza specifica nel settore ambientale qualora l'appalto richiedesse oggettivamente quelle determinate capacità (così nella COM(2001) 274, definitivo, *Il diritto comunitario degli appalti pubblici e le possibilità di integrare considerazioni di carattere ambientale negli appalti pubblici*, cit.).

sensi dell'All. XVII, Parte II, lett. g), può essere dimostrato con l'indicazione delle misure di gestione ambientale applicabili dal contraente durante la fase esecutiva del rapporto. Ciò che cambia radicalmente rispetto al passato e che conferma la torsione dell'appalto pubblico in senso ecologico è il fatto che – differentemente da quanto prescritto dall'art. 48, comma 2, lett. f), della direttiva 2004/18/CE e dall'art. 44 del d.lgs. n. 163/2006 – non è più richiesto il requisito dell'appropriatezza della scelta della stazione appaltante di esigere determinate misure di gestione ambientale¹⁴³. In merito è opportuno specificare che l'appropriatezza non è stata intesa come collegamento con l'oggetto del contratto, ma come requisito concernente «la potenzialità impattante sull'ambiente del prodotto richiesto e più specificatamente le ricadute virtuose sull'ambiente»¹⁴⁴; con la conseguenza che, se sotto la vigenza del precedente codice, «della appropriatezza *doveva* essere data adeguata giustificazione»¹⁴⁵, ora la richiesta delle misure di gestione ambientale sarà legittima fintanto che permanga nei più contenuti limiti dell'attinenza e della proporzionalità rispetto all'oggetto del contratto (cfr. art. 83, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016).

d) Il criterio del rapporto qualità/prezzo. La dubbia estensione della discrezionalità amministrativa oltre il limite del collegamento con l'oggetto del contratto

Le specifiche tecniche, i requisiti di esecuzione e di qualificazione definiscono condizioni oggettive e “fisse”¹⁴⁶, che non incidono sulla valutazione dell'offerta (Considerando 104 della direttiva 2014/24/UE) e che operano in modo rigido indipendentemente dalle soluzioni che i partecipanti potrebbero presentare. Data la loro forza impositiva, che si traduce nella loro indisponibilità (o, meglio a dirsi, infungibilità e non contrattabilità) da parte degli operatori economici, è pertanto innegabile che è attraverso quelle caratteristiche che si garantisce al meglio il perseguimento dei fini sociali e ambientali.

Un ruolo determinante è però svolto anche dall'apposizione delle clausole (“flessibili”) declinate nei *sub*-criteri di valutazione dell'offerta.

Il criterio del rapporto qualità/prezzo, attraverso il quale è possibile perseguire al meglio una politica qualitativa degli acquisti, è divenuto, coerentemente alle prescrizioni di derivazione europea, il modello “normale” – ma dopo il decreto “sblocca cantieri” si dovrebbe ridimensionare l'affermazione in relazione ai contratti sotto-soglia – di

¹⁴³ Sul punto si v. A. Di Giovanni, *L'ambiente sostenibile nel nuovo Codice degli appalti: green public procurement e certificazioni ambientali*, cit., 177-178.

¹⁴⁴ Tar Friuli-Venezia Giulia, Trieste, sez. I, 7 febbraio 2013, n. 63, che richiama la pronuncia del Cons. St., sez. III, 7 dicembre 2011, n. 6466.

¹⁴⁵ Tar Calabria, Reggio Calabria, sez. I, 2 luglio 2010, n. 682 (corsivo di chi scrive).

¹⁴⁶ L'espressione è impiegata (seppur con riferimento esclusivo alle specifiche tecniche) da S. Villamena, *Appalti e clausole ecologiche. Nuove conquiste per la «competitività non di prezzo» anche alla luce della recente disciplina europea*, cit., 374-378.

apprezzamento della convenienza delle offerte presentate dai partecipanti alla gara¹⁴⁷.

Ciò che qui più rileva in relazione alla generalizzazione dell'uso del criterio del rapporto qualità/prezzo è la possibilità di consentire l'impiego di *sub*-criteri tramite i quali perseguire “l'obiettivo strategico di un uso più efficiente delle risorse e di un'economia circolare che promuova ambiente e occupazione” (cfr. art. 95, comma 6, lett. c).

Il comma 6 dell'art. 95 identifica, a titolo esemplificativo, alcuni *sub*-criteri, tra i quali: la qualità dell'opera o del prodotto, che può riguardare, in particolare il possesso di certificazioni e attestazioni relativi alla sicurezza e alla salute dei lavoratori, le caratteristiche sociali e/o ambientali, il contenimento dei consumi energetici e delle risorse ambientali (lett. a); il possesso di un Ecolabel UE, ovvero di un marchio di qualità ecologica dell'UE (lett. b); i costi di utilizzazione e manutenzione, tra cui quelli relativi allo spreco di energie e risorse naturali, all'inquinamento, nonché ai costi globali (finanche costi esterni e di mitigazione degli effetti del *climate change*) connessi al ciclo di vita del bene, dell'opera o del servizio (lett. c).

È bene ribadire che l'ampia discrezionalità lasciata all'amministrazione nell'identificare i *sub*-criteri trova ancora una volta un limite nel collegamento con l'oggetto dell'appalto¹⁴⁸. Ma, come già chiarito nel caso *Max Havelaar* e come desumibile dall'inclusione di *sub*-criteri relativi ai costi del ciclo di vita, la connessione con l'oggetto del contratto prescritta dall'art. 95, comma 6, del d.lgs. n. 50/2016 non va più intesa nel senso che il *sub*-criterio debba riguardare una caratteristica «intrinseca del prodotto, vale a dire un elemento che si incorpori materialmente in quest'ultimo»¹⁴⁹.

Dalla lettura dei criteri esemplificati dal legislatore potrebbe, però, farsi derivare finanche un'estensione del concetto di collegamento con l'oggetto dell'appalto. Vi è infatti una previsione, prima volutamente omessa, a mente della quale può costituire *sub*-criterio anche “la compensazione delle emissioni di gas ad effetto serra associate alle attività dell'azienda” (art. 95, comma 6, lett. d).

In tal caso, la legge pare scindere il collegamento con l'oggetto dell'appalto, poiché nel criterio ivi previsto, differentemente dagli altri sopraccitati, la “compensazione” – che, è bene evidenziarlo, non è connessa necessariamente ad uno dei momenti del ciclo

¹⁴⁷ Si consideri che il comma 10-*bis* dell'art. 95 del d.lgs. n. 50/2016 vincola l'amministrazione ad attribuire al punteggio economico un valore massimo del 30%.

¹⁴⁸ In tema, sulla discrezionalità della stazione appaltante si v. in particolare D. Senzani, *Discrezionalità della pubblica amministrazione ed offerta economicamente più vantaggiosa*, in *Riv. trim. app.*, 2013, 4, 901 ss.

¹⁴⁹ CGUE, 10 maggio 2012, C-368/10, cit., (pt. 91). Aggiunge la Corte, appellandosi ad un proprio precedente, che «così la Corte ha statuito, al punto 34 della sentenza EVN e Wienstrom, cit. *supra*, che la normativa dell'Unione in materia di appalti pubblici non osta a che un'amministrazione aggiudicatrice utilizzi, nell'ambito di un appalto di fornitura di elettricità, un criterio di aggiudicazione che impone la fornitura di elettricità ottenuta da fonti di energia rinnovabili. Nulla osta, pertanto, in via di principio, a che un siffatto criterio imponga che un prodotto derivi dal commercio equo e solidale».

produttivo – è riferita agli effetti prodotti non già *dall'attività* aziendale relativa alla produzione del bene o dell'opera commissionata, ma *dalle attività* (al plurale e quindi generalmente intese).

La lettura più estensiva della disposizione sarebbe anche la più suggestiva. Deve però essere detto, al netto del carattere ipotetico della speculazione, che lo svincolare l'individuazione dei criteri di aggiudicazione dall'oggetto del contratto non dovrebbe rendere incongruo il mantenimento di quel collegamento per le specifiche tecniche, per le condizioni di esecuzione e per i requisiti speciali. Ciò in quanto, come si è detto, l'ipotesi di liberare i criteri di aggiudicazione dall'oggetto del contratto potrebbe sempre essere giustificata dal fatto che l'assolvimento rispetto ad uno dei *sub*-criteri non comporterebbe l'esclusione dell'operatore, ma solo una diversa valutazione dell'offerta. Insomma, per quella via non si potrebbe giungere ad immaginare un sistema di contrattazione caratterizzato dalla più ampia discrezionalità amministrativa nella definizione delle regole di gara e di tutta conseguenza connotato dall'essere completamente finalizzabile all'implementazione delle politiche secondarie.

La tesi estensiva ad ogni modo non può essere accolta. L'art. 95, comma 6, del d.lgs. n. 50/2016 prevede infatti che tutti i *sub*-criteri siano “oggettivi” e “connessi all'oggetto dell'appalto”. Pertanto, il *sub*-criterio in commento deve essere interpretato alla luce di quella specificazione, logicamente prioritaria rispetto all'ipotesi esemplificata dal codice. Dal che ne consegue che il *sub*-criterio recato dalla lett. d) dell'art. 95, comma 6, per essere legittimo deve essere necessariamente connesso all'oggetto del contratto, ovvero, secondo il disposto del comma 11, deve riguardare la prestazione resa dall'appaltatore (ovvero il lavoro, la fornitura o il servizio richiesto) in relazione a qualsiasi aspetto o finanche fase del ciclo di vita, compresi elementi del “processo specifico di produzione, fornitura o scambio” o di un “processo specifico per una fase successiva del loro ciclo di vita”.

La normativa odierna pertanto estende la concezione strumentale del contratto, ma senza smarrire il senso giuridicamente prioritario della funzionalizzazione rispetto all'esigenza primaria dell'ente. Può perdersi il collegamento con un aspetto intrinseco della prestazione – perché il comma 11 stabilisce che i fattori considerati nei criteri di aggiudicazione possano anche non essere parte del “contenuto sostanziale” della prestazione – ma non possono ammettersi criteri (ma le considerazioni valgono anche per le specifiche tecniche, requisiti speciali, condizioni di esecuzione) neppure mediatamente connesse all'oggetto acquistato dall'amministrazione.

Il riferimento “*alle attività*” recato dalla lett. d) dell'art. 95 deve pertanto essere interpretato come relativo alle attività espletate pur sempre in connessione con la prestazione fornita. Con la conseguenza che, se non si va errando, il criterio di cui alla lett. d)

si appiattisce su quello previsto dalla lett. c): una sovrapposizione questa che, pur legittimando una critica alla produzione del legislatore nazionale, non pare poter essere la ragione per porre in dubbio la necessaria sussistenza di un collegamento con l'oggetto contrattuale¹⁵⁰.

Un ultimo riferimento deve essere riferito all'elemento del costo ed in particolare ai costi del ciclo di vita¹⁵¹. Qui l'elemento più importante da considerare è quanto previsto dalla lett. b) dell'art. 96, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016. Ai sensi della disposizione da ultimo richiamata, infatti, il costo del ciclo di vita può anche riferirsi ai cosiddetti costi indiretti (cioè non direttamente supportati dal soggetto che usa il bene in oggetto), riferiti alle esternalità ambientali, ovvero al costo delle emissioni di gas a effetto serra e di altre sostanze inquinanti, o ad altri costi legati all'attenuazione dei cambiamenti climatici. Come correttamente osservato in dottrina, la legge non prescrive sul punto norme cogenti ed anzi esse paiono avere piuttosto un valore programmatico, perché la valorizzazione di quei costi è possibile se e solo se il loro valore monetario può essere "determinato e verificato". Data la mancanza di metodologie di calcolo e di monetizzazione di quei costi – al di fuori di quanto previsto dalla direttiva 2009/33/CE in merito alla promozione di veicoli puliti e a basso consumo energetico nel trasporto su strada – la questione qui si pone in termini critici non sul *quomodo* della discrezionalità, ma sul piano antecedente dell'*an*: fino a che le griglie di monetizzazione dei costi non verranno arricchite, l'amministrazione non potrà, salvo nella ricordata ipotesi, valorizzare i costi delle esternalità ambientali¹⁵².

e) Appalti riservati

Differentemente da quanto previsto in relazione ai *set-asides* per le PMI (*supra* §3.1.), tanto la Direttiva quanto il Codice domestico prevedono un'esplicita deroga alla massima partecipazione¹⁵³ al fine di favorire l'integrazione sociale tramite il lavoro e l'occupazione. Trattasi dei c.d. appalti riservati, in ciò comprendendosi tanto le riserve di

¹⁵⁰ In termini non dissimili, si v. R. Caranta, *Clausole sociali e ambientali e rispetto del principio di concorrenza*, cit., 141.

¹⁵¹ Definito all'art. 3, lett. hhhh) del d.lgs. n. 50/2016 come "tutte le fasi consecutive o interconnesse, compresi la ricerca e lo sviluppo da realizzare, la produzione, gli scambi e le relative condizioni, il trasporto, l'utilizzazione e la manutenzione, della vita del prodotto o del lavoro o della prestazione del servizio, dall'acquisizione della materia prima o dalla generazione delle risorse fino allo smaltimento, allo smantellamento e alla fine del servizio o all'utilizzazione".

¹⁵² Così, L. De Pauli, *I "costi del ciclo di vita" nel nuovo codice degli appalti*, in *Urb. app.*, 2016, 6, 625 ss. (spec. 630), ove l'A. afferma che «sia ha la netta impressione di una previsione di tipo programmatico e proiettata nel futuro più o meno prossimo, senza immediati impatti sulle procedure di gara di imminente indizione».

¹⁵³ Così, G.D. Comporti, *La nuova sfida delle direttive europee*, cit., 5.

partecipazione quanto quelle di esecuzione nel contesto di programmi di lavoro protetti.

Le ragioni della legittimità di una siffatta deroga sono duplici. Da un lato, vi è la consapevolezza che gli operatori economici il cui scopo è l'integrazione sociale e professionale dei disabili e dei soggetti svantaggiati non sono tendenzialmente in grado di risultare vincitori di appalti in condizioni di concorrenza normali (così il Considerando n. 36 della direttiva 2014/24/UE)¹⁵⁴; dall'altro lato, perché la normativa non prescrive obblighi, ma rimette la decisione ad una scelta discrezionale delle singole amministrazioni.

Non si tratta di una novità assoluta perché riserve "sociali" erano già previste dalla direttiva 2004/18/CE e dal d.lgs. n. 163/2006, rispettivamente agli artt. 19 e 52. L'innovazione risiede piuttosto sotto il profilo dei soggetti coinvolti, ovvero degli operatori economici e dei lavoratori impiegati.

Anzitutto, diversamente dalla direttiva del 2004, quella attualmente in vigore destina la riserva non solo a favore dei lavoratori protetti, ma anche a vantaggio di altri operatori economici "il cui scopo principale sia l'integrazione sociale e professionale delle persone con disabilità o svantaggiate". Sotto questo profilo, è bene evidenziare che la disciplina recata dal d.lgs. n. 50/2016 ha semplificato sensibilmente il quadro, laddove l'art. 112 contempla, in senso estensivo, gli "operatori economici" e le cooperative sociali c.d. di "tipo b" (art. 1, comma 1, lettera b), l. 8 novembre 1991, n. 381) fermo restando lo scopo sociale di cui sopra. Rimane invece confermata la riduzione (dal 50% al 30%) relativa alla percentuale minima di lavoratori disabili e, come a breve si dirà, svantaggiati impiegati dagli operatori economici.

Inoltre, si amplia la cerchia dei lavoratori interessati: non più solo i disabili, ma anche i soggetti svantaggiati, la cui definizione recata dal Considerando n. 36 ("disoccupati, le persone appartenenti a minoranze svantaggiate o comunque a categorie socialmente emarginate") appare sensibilmente più generica di quella prevista dall'art. 2 del Regolamento 2014/651/UE.

Come rilevato in dottrina, i mutamenti normativi aventi ad oggetto la dilatazione del novero dei soggetti destinatari delle riserve sono di tale consistenza da poter generare effetti non irrilevanti. Da un lato, nella visione strategica del contratto, vi è il rischio di rendere meno incisive le politiche sociali; dall'altro lato, in una prospettiva atta a considerare i tradizionali concetti e limiti dell'attività amministrativa, l'ampliamento dei soggetti-*target* in uno alla vaghezza dei profili definitivi renderanno nei fatti assai complessa la decisione sull'*an* della riserva e sulla delimitazione dei suoi beneficiari. Altrimenti a dirsi, il sindacato sulla ragionevolezza e sulla proporzionalità della scelta discrezionale

¹⁵⁴ Così anche C. Cravero, *Socially responsible public procurement and set-asides*, cit., 184, nonché S. Arrowsmith, *Application of EC Treaty and directives to horizontal policies: a critical review*, in *Social and environmental policies in EC procurement law*, cit., 183.

sarà necessariamente severo perché scrutinerà una doppia deroga: quella riferita alla concorrenza sul normale mercato di riferimento e quella operante fra tutti i possibili *target* contemplati in astratto dall'art. 112 del d.lgs. n. 50/2016¹⁵⁵.

f) I vincoli legislativi inerenti alla determinazione del contratto e delle regole di gara

Se quanto precede attiene alla determinazione discrezionale amministrativa dell'oggetto contrattuale e delle regole di gara, il d.lgs. n. 50/2016 contiene comunque disposizioni cogenti, ovvero applicabili a prescindere dalla "torsione" che l'amministrazione intenda imprimere al contratto verso le politiche secondarie.

Di una di queste, ovvero della predeterminazione legislativa dei requisiti generali di cui all'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016, si è già anticipato.

Rimane da evidenziare quanto prescritto dall'art. 34 del d.lgs. n. 50/2016, il cui primo comma prescrive che "almeno" le specifiche tecniche e le clausole contrattuali siano conformi ai criteri ambientali minimi (CAM)¹⁵⁶ adottati dal Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare nell'ambito del "Piano d'azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della pubblica amministrazione" (PAN GPP). Il che, in uno a quanto prescritto dall'art. 71 del d.lgs. n. 50/2016, significa che: i) i CAM sono obbligatori¹⁵⁷, ovvero vanno necessariamente integrati nelle prescrizioni della *lex specialis*, seppur nei limiti della coincidenza tra l'oggetto del CAM e dell'appalto¹⁵⁸; ii) le stazioni appaltanti possono discostarsi dai CAM solo garantendo maggiore protezione ai beni tutelati.

¹⁵⁵ Così, S. Varva, *Promozione dei soggetti svantaggiati negli appalti pubblici. La regolazione locale e la direttiva 2014/24/UE*, in *Lav. dir.*, 2016, 1, 53 ss., spec. 56-57. Si tratta però di problemi già in parte presenti sotto la disciplina previgente, come rilevato da A.M. Balestreri, *Gli "appalti riservati" fra principio di economicità ed esigenze sociali*, in *Urb. app.*, 2009, 7, 789 ss. In relazione al rapporto con la concorrenza è opportuno evidenziare che di recente la giurisprudenza amministrativa ha stabilito che negli appalti riservati l'avvalimento non subisce nessuna limitazione: «l'impiego (obbligatorio) di lavoratori svantaggiati nell'esecuzione del servizio è del tutto compatibile con l'utilizzo, ai fini della qualificazione alla gara, di certificazioni e requisiti posseduti da una società di capitali ordinaria» (Tar Piemonte, Torino, sez. I, 6 giugno 2018, n. 705).

¹⁵⁶ Sull'applicazione dei CAM negli appalti pubblici, ampio è l'approfondimento svolto da T. Cellura, *L'applicazione dei criteri ambientali minimi negli appalti pubblici: gli acquisti verdi dopo il correttivo al nuovo codice degli appalti (D. Lgs. n. 56/2017)*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2018, *passim*.

¹⁵⁷ Così, M. Pennasilico, *Le categorie del diritto civile tra metodo e storia*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 5, 1246 ss. (spec. 1254) e C. Irti, *Gli "appalti verdi" tra pubblico e privato*, in *Contr. impr. europa*, 2017, 183 ss., spec. 190. È interessante sottolineare però quanto affermato dal Presidente della ANAC, Raffaele Cantone, nell'audizione del 30 gennaio 2019 svolta in seno alla Commissione parlamentare di inchiesta sulle attività illecite connesse al ciclo dei rifiuti e su illeciti ambientali ad esse correlati. Per Cantone i CAM sono una svolta epocale nel sistema delle commesse pubbliche, ma imporli (qui il riferimento è fatto non al decisore, ma ai controllori, cioè al giudice amministrativo e alla stessa ANAC) comporterebbe la paralisi del sistema appalti: ciò in quanto l'applicazione dei CAM comporta un'alta burocratizzazione e ciò imporrebbe una maggiore specializzazione delle stazioni appaltanti.

¹⁵⁸ Cfr. Tar Lazio, Roma, sez. III, 5 marzo 2019, n. 2905.

Si consideri poi che il nuovo codice innova la disciplina previgente, perché l'art. 34 è «norma aperta» che generalizza l'applicazione dell'obbligo di adeguamento ai CAM, non essendo più vincolata all'elencazione tassativa contenuta all'art. 68-*bis* del d.lgs. n. 163/2006¹⁵⁹.

I CAM divengono rilevanti, sempre in applicazione dell'art. 34, anche nel caso in cui la stazione appaltante abbia fatto ricorso al criterio del rapporto qualità/prezzo, perché il comma 2 prescrive l'obbligo “di tenere conto” dei criteri ambientali minimi ed in particolare di quelli premiali. Anche in questo caso il vincolo si pone sull'*an* e non sul *quomodo*: sarà infatti rimesso alla discrezionalità amministrativa lo stabilire il punteggio del *sub*-criterio riferito all'adeguamento al CAM considerato¹⁶⁰. Il timore di sconfinare in un ennesimo caso di commistione di condizioni di ammissibilità e criteri di valutazione è stato pertanto sventato, ciò essendo stato peraltro confermato dall'ANAC nella Linea Guida n. 2 “Offerta economicamente più vantaggiosa”, la quale ha agganciato l'attribuzione del punteggio al fatto che «vengano proposte condizioni superiori a quelle minime previste dai CAM con riferimento alle specifiche di base e alle clausole contrattuali/condizioni di esecuzione o siano proposte le condizioni previste, nell'ambito dei predetti CAM, dalle specifiche tecniche premianti».

Vi è poi un'ultima considerazione con cui chiudere questa analisi. Si è detto più volte che il concetto di appalto sostenibile non sia riferito solo alla componente ambientale, ma anche a quella sociale. Avendo riguardo al *nomen* “criteri ambientali minimi” quella consapevolezza è solo apparentemente elusa, perché i CAM, secondo la definizione fornita dal Ministero nel PAN GPP, consistono in considerazioni generali e specifiche di natura “prevalentemente ambientale e, quando possibile, etico-sociale”; con la conseguenza che a margine del documento specifico recante i criteri sociali negli appalti (DM del 6 giugno 2012), i singoli CAM contengono, per l'appunto, “quando possibile” anche i criteri minimi etici e sociali.

Sempre in relazione alle previsioni che vincolano la determinazione delle regole della *lex specialis* di gara, ed in specie delle condizioni di esecuzione, non può essere

¹⁵⁹ Cfr. R. Caranta, *Clausole sociali e ambientali e rispetto del principio di concorrenza*, cit., 133.

¹⁶⁰ Si v. ad esempio il CAM per la fornitura e il servizio di noleggio di arredi per interni del 22 febbraio 2011 (aggiornato con DM dell'11 gennaio 2017), ove al pt. 3.4. (nota 11) si afferma che “tale punteggio viene deciso dalla stazione appaltante sulla base di priorità stabilite in relazione ai miglioramenti ambientali ottenibili tramite l'aumento prestazionale del criterio”. O ancora, si v. il CAM per le forniture di prodotti tessili del 22 febbraio 2011 (aggiornato con DM dell'11 gennaio 2017), ove in premessa si afferma che “I criteri ambientali riportati nella sezione “criteri premianti”, sono volti a migliorare sotto il profilo qualitativo riferito alle caratteristiche ambientali, alle innovazioni tecnologiche ambientali, la fornitura dei prodotti tessili oggetto di gara. Permane nella discrezionalità della stazione appaltante la scelta di utilizzare uno o più dei criteri ambientali individuati in questo documento”. In dottrina si v. anche S. Villamena, *Codice dei contratti pubblici 2016. Nuovo lessico ambientale, clausole ecologiche, sostenibilità, economicità*, cit., 107 e in giurisprudenza Tar Lazio, Roma, sez. III, 5 marzo 2019, n. 2905; sez. I-*bis*, 5 giugno 2017, n. 6615.

taciuto un seppur breve riferimento alle già menzionate clausole sociali. È fatto noto che fra i tre modelli di clausole sociali astrattamente contemplabili¹⁶¹, il legislatore ha previsto all'art. 50 del d.lgs. n. 50/2016 le clausole “volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato” nei contratti di appalto di lavori e servizi ad alta intensità di manodopera.

Se lo scopo di dette clausole è quello di «promuovere imprese socialmente responsabili»¹⁶² è però necessario considerare che la giurisprudenza europea e nazionale, così come le diverse *Authorities* pronunciate sul punto, hanno spesse volte enfatizzato i limiti imposti dalle libertà di concorrenza e di stabilimento di cui al TFUE.¹⁶³

In tal senso, si deve avvertire che il disposto dell'art. 50 del d.lgs. n. 50/2016 (vigente fino al 2017) ha rappresentato il prodotto di un parere adottato dall'AGCM, con cui l'Autorità suggeriva che l'uso delle clausole sociali, traducendosi in limitazioni alle suddette libertà, non costituisca l'oggetto di un obbligo o comunque non andasse a detrimento dell'organizzazione aziendale dell'impresa subentrante¹⁶⁴.

Senonché, l'art. 30 del d.lgs. n. 56/2017 ha disposto la modifica dell'art. 50 del codice stabilendo l'obbligatorietà e non più la facoltatività dell'impiego della clausola sociale volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato.

Sul punto vi è da segnalare che contrariamente a quanto previsto da ultimo dall'art. 50, la giurisprudenza e l'ANAC hanno fornito un'interpretazione che indebolisce la capacità dell'appalto di essere socialmente responsabile; e per comprendere le ragioni per le quali si ritiene preferibile quest'ultimo orientamento “riduttivo” è necessario prendere atto delle statuizioni su cui esso si fonda.

Ebbene, non potendo disattendere l'espressa previsione di un obbligo di inserimento delle clausole sociali di riassorbimento del personale uscente, tanto le linee guida ANAC

¹⁶¹ Clausole sociali di equo trattamento, clausole sociali di assorbimento e clausole sociali di inserimento lavorativo, su cui G.M. Militeri, *L'esecuzione del contratto*, in *Le nuove direttive europee in materia di appalti e concessioni*, a cura di S. Gallo, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2014, 215 ss., spec. 226 ss.).

¹⁶² S. Casini, *Clausola sociale: quando la sua assenza può viziare gli atti di gara*, in *Urb. app.*, 2018, 5, 699 ss., spec. 700.

¹⁶³ Si v. CGUE, Grande Sezione, 18 dicembre 2007, C-341/05, ove peraltro si afferma che «la Comunità non ha soltanto una finalità economica ma anche una finalità sociale, i diritti che derivano dalle disposizioni del Trattato CE relative alla libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali devono essere bilanciati con gli obiettivi perseguiti dalla politica sociale, tra i quali figurano in particolare, come risulta dall'art. 136 CE, il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, che consenta la loro parificazione nel progresso, una protezione sociale adeguata e il dialogo sociale». A livello domestico, cfr. le sentenze del Cons. St., sez. III, 30 marzo 2016, n. 1255; sez. VI, 27 novembre 2014, n. 5890.

¹⁶⁴ AGCM, *Contratti di concessione, appalti e procedure di appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali*, Roma, 11 dicembre 2015. La prima versione dell'art. 50 impiegava infatti il modale “potere” (“[...] gli avvisi e gli inviti possono inserire [...]”) e per parte della dottrina la scelta per la mera facoltatività dell'inserimento delle clausole sociali relative all'occupazione si ergeva sul timore della violazione della libertà economica privata di cui all'art. 41 Cost. (in tal senso, si v. M. Montini, *La tutela del lavoro nella contrattazione pubblica*, 154).

n. 13/2019 quanto il giudice amministrativo hanno definito le condizioni di legittimità di quelle prescrizioni: l'impiego della clausola sociale non può comportare «un indiscriminato e generalizzato dovere di assorbimento del personale utilizzato dall'impresa uscente» perché l'obbligo, per essere compatibile con la libertà di impresa di cui all'art. 41 Cost., deve «essere armonizzato con l'organizzazione aziendale prescelta dal nuovo affidatario» ovvero deve essere «compatibile con il fabbisogno richiesto dall'esecuzione del nuovo contratto e con la pianificazione e l'organizzazione definita dal nuovo assunto»¹⁶⁵.

La preferenza per l'orientamento citato non si pone in contraddizione con la riconosciuta torsione in senso sostenibile dell'appalto. Si deve infatti considerare che la finalizzazione del contratto all'implementazione delle c.d. *secondary policies* non può porsi in contrasto con l'esigenza fattuale connessa allo svolgimento (o finanche alla realizzazione) dell'interesse istituzionale dell'ente (*supra* §1.1.). Come chiaramente affermato dall'AGCM nel ricordato parere del 2015, pare evidente infatti che l'inflessibile applicazione delle clausole qui considerate introdurrebbe fattori di rigidità negativi per entrambe le parti: per i privati interessati all'aggiudicazione perché la clausola potrebbe pregiudicare, anche drasticamente, le capacità competitive; per il soggetto pubblico perché ostacolerebbe l'introduzione di «eventuali innovazioni nel processo produttivo».

Queste affermazioni non esauriscono, peraltro, la loro forza nel giustificare l'orientamento “restrittivo” ad oggi prevalente. Esse assumono infatti un determinante peso nella valorizzazione del profilo negoziale della trattativa. Nella prospettiva di procedure ad evidenza pubblica sempre più flessibili e aperte al dialogo (*infra* § 4.1. e cap. II, sez. I, §5), parrebbe quantomeno in controtendenza la scelta politico-legislativa di introdurre un elemento di rigidità che, per dirla con le parole dell'AGCM, opererebbe nell'ottica di limitare «le opportunità di perseguimento di efficienza, in contrasto con gli obiettivi sottesi dallo svolgimento della procedura di gara».

4. Una prima sintesi: la finalizzazione del contratto tra vincoli legislativi e aumento della discrezionalità amministrativa

I paragrafi iniziali del presente capitolo si concludevano con alcuni dubbi che l'analisi normativa che ne è seguita avrebbe dovuto sciogliere.

La risposta più immediata e semplice riguarda il primo interrogativo. Ci si era chiesti

¹⁶⁵ Così, le *Linee guida n. 13 recanti “La disciplina della clausole sociali”*, approvate dall'ANAC con delibera del 13 febbraio 2019, n. 114. Nello stesso senso da ultimo Tar Lazio, Roma, sez. II-bis, 18 ottobre 2019, n. 12052, conforme a Cons. St., sez. III, 6 giugno 2018, n. 3471 e a Cons. St., sez. III, 5 maggio 2017, n. 2078.

anzitutto quale fosse in astratto il grado di finalizzazione dei contratti di appalto (*supra* §1.1.) e se il nuovo indirizzo politico, a livello legislativo, fosse stato realmente tradotto in disposizioni a carattere prescrittivo più o meno vincolante (*supra* §2). Ebbene, da quanto precede emerge un dato difficilmente contestabile, ovvero che la normativa recata dalla direttiva 2014/24/UE ha previsto e prescritto quale finalità primaria (ma che può rimanere secondaria per l'ente) quella di declinare l'appalto a misura strumentale al perseguimento degli obiettivi della strategia Europa 2020. La commessa pubblica da strumento di pura e semplice cura (anche solo mediata) dell'interesse pubblico primario e da mezzo per realizzare il mercato unico è divenuta occasione di promozione di politiche secondarie ispirate alla sostenibilità economica, ambientale e sociale. Le previsioni atte a favorire la partecipazione e la competitività delle PMI (fra cui in particolare la rinnovata divisione in lotti degli appalti), l'imposizione dei CAM, il mutamento intervenuto sul piano dei criteri di aggiudicazione, i punteggi premiali, l'estensione del profilo soggettivo relativo agli appalti riservati, l'obbligatorietà (temperata) delle clausole sociali, sono solo alcune delle dimostrazioni della traduzione delle dichiarazioni di principio in concreti istituti giuridici.

Ci si è domandati poi se vi fosse e quale fosse oggi il peso nella vicenda contrattuale della discrezionalità amministrativa e quindi della funzionalizzazione all'interesse pubblico definito in concreto (*supra* §1.1.). La risposta sul punto è necessariamente più articolata.

Come si è visto l'epicentro del sistema è rappresentato dai momenti attinenti a vario titolo alla descrizione del contratto e alla definizione delle regole di gara. Momenti al plurale perché, come si è certato di evidenziare, la configurazione in senso sostenibile della vicenda contrattuale è conseguenza sia della predeterminazione legislativa dei vincoli (che accedono direttamente alla *lex specialis*) sia della valutazione discrezionale operata in concreto dalle singole stazioni appaltanti.

Lo si è detto, vi sono aspetti della contrattazione vincolati alle prescrizioni legislative. A margine della ricordata "strana vicenda" delle clausole sociali, il caso emblematico è quello dei CAM, oggi resi obbligatori dal legislatore per i settori per i quali il Ministero ha adottato un apposito decreto. È un dato questo che ha indotto parte della dottrina a sostenere un cambio di rotta in relazione alla coppia dicotomica "ampiamento" e "restrizione" della discrezionalità amministrativa: dapprima ampia nel valutare il fattore ambientale e nello stabilire l'oggetto dell'appalto verde e poi, a seguito dell'adozione del d.lgs. n. 50/2016, ristretta e incanalata, perché è fatto obbligo di inserire «un contenuto minimo» nella documentazione di gara¹⁶⁶.

¹⁶⁶ Così, A. Di Giovanni, *L'ambiente sostenibile nel nuovo Codice degli appalti: green public procurement e certificazioni ambientali*, cit., 171-172.

Si tratta di una considerazione corretta se circoscritta al singolo “episodio” dell’applicazione dei CAM. Essa però non può e non deve essere intesa in senso più ampio, perché nella direttiva 2014/24/UE e nel d.lgs. n. 50/2016 «la discrezionalità viene in effetti riconosciuta ed ampliata»¹⁶⁷.

A tacere del fatto che una dimostrazione di quell’assunto può essere data leggendo a contrario i timori per una mancanza di specializzazione delle amministrazioni aggiudicatrici¹⁶⁸, lo studio delle prescrizioni *green and social oriented* recate dal nuovo Codice ha fatto emergere il dato di un deciso aumento della discrezionalità nella definizione delle regole di gara, seppur nel limite del collegamento con l’oggetto del contratto¹⁶⁹. Il che è stato ben evidenziato da quella parte della dottrina che ha affermato che in questo contesto «le amministrazioni ricevono ulteriori attribuzioni di potere discrezionale lungo tutto il corso della procedura, ossia dalla regolazione nel bando di gara fino all’attribuzione dei relativi punteggi durante la valutazione delle offerte»¹⁷⁰.

Insomma, come si spera sia emerso, il richiedere un certo requisito o *sub-criterio* di aggiudicazione è un fatto rimesso per buona parte alla discrezionalità

¹⁶⁷ L. Torchia, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: regole, procedimento, processo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 5, 605 ss. (spec. 608). Cfr. però G. Marchianò, *La regolamentazione nella domanda pubblica alla luce della legge delega di recepimento delle nuove direttive: il ruolo dell’amministrazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2016, 1, 1 ss., che principiando dallo studio della legge delega giunge ad affermare un certo contrasto fra l’orientamento del legislatore europeo e quello del legislatore nazionale: se, infatti, «non v’è dubbio che la scelta desumibile dalla normativa europea sia quella di riconoscere alle amministrazioni una maggiore discrezionalità», l’A. afferma poi che «non sembra tuttavia questo l’orientamento che il legislatore italiano vuole intraprendere». Si consideri poi che l’aumento della discrezionalità è stato sostenuto soprattutto in relazione al rinnovato *favor* per le procedure negoziate (*infra* §4.1.).

¹⁶⁸ Cfr. G. Marchianò, *La regolamentazione nella domanda pubblica alla luce della legge delega di recepimento delle nuove direttive*, cit., 17 ss. Sul nuovo e connesso sistema delle qualificazioni, si v. M. Macchia, *La qualificazione delle amministrazioni appaltanti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 1, 50 ss.

¹⁶⁹ Un dato questo che marca la drastica (e definitiva?) revisione del “tradizionale” approccio del legislatore italiano alla contrattualistica pubblica, segnato, almeno a far data dagli accadimenti di “Tangentopoli” e dalle indagini “Mani Pulite”, da una generalizzata diffidenza verso la discrezionalità delle stazioni appaltanti e quindi caratterizzato dalla preferenza per gli automatismi, ritenuti più idonei a prevenire fenomeni corruttivi. In relazione al fenomeno della corruzione negli appalti pubblici e ai rimedi predisposti dal legislatore in chiave preventiva, si v. G. Piperata, *Contrattazione pubblica e lotta alla corruzione. Uno sguardo alle recenti riforme amministrative italiane*, in *Federalismi.it*, 2015, 16 (2 settembre 2015). Cfr. anche G. Fidone, *La corruzione e la discrezionalità amministrativa: il caso dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 3, 325 ss. (spec. 330-331), per il quale «nell’ultimo ventennio, nel settore dei contratti pubblici, la lotta alla corruzione in Italia è stata principalmente intrapresa attraverso l’irrigidimento delle procedure amministrative, la privazione della discrezionalità amministrativa, la creazione di automatismi per l’aggiudicazione dei contratti». Si tratta comunque di un’interpretazione da temperare tenuto conto che, per parte della dottrina, una volta superato lo stato di emergenza, sono stati progressivamente reintrodotti, dapprima nella stessa normativa per i lavori pubblici (l. Merloni-*bis* n. 216/95, l. Merloni-*ter* n. 415/1998, l. Merloni-*quater* n. 166/2002) e poi nel d.lgs. n. 163/2006, «quegli istituti che erano stati di fatto sospesi, facendosi strada una nuova stagione caratterizzata sempre più dalle *scelte discrezionali* dell’amministrazione appaltante» (M.A. Sandulli e A. Cancrini, *I contratti pubblici*, in *La Corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, a cura di F. Merloni e L. Vandelli, Firenze-Antella, Passigli, 2010, 437 ss., spec. 442).

¹⁷⁰ S. Villamena, *Codice dei contratti pubblici 2016. Nuovo lessico ambientale, clausole ecologiche, sostenibilità, economicità*, cit., 110.

dell'amministrazione. Una discrezionalità che si vorrebbe definire (e non già qualificare) come "mista", perché l'attività di definizione dell'oggetto del contratto e delle regole di gara non può non contemplare tanto una discrezionalità pura quanto quella definita, «con espressione imprecisa [...] ma oramai entrata nell'uso»¹⁷¹, come tecnica; ma impiegando la formula "discrezionalità mista", come si diceva, non le si vuole affatto attribuire un valore qualificante (non è *tertium genus*)¹⁷² quanto piuttosto la mera funzione descrittiva della sequenza di due momenti, quello del giudizio e quello volitivo. Come osservato in dottrina, infatti, mentre la discrezionalità «implica giudizio e volontà insieme», la discrezionalità tecnica «si riferisce ad un momento conoscitivo, e implica solo giudizio: ciò che attiene alla volizione viene dopo, e può coinvolgere o non coinvolgere una separata valutazione discrezionale»¹⁷³.

Ebbene, vale la pena ripetere che quell'indistricabile intreccio trova (logicamente, prima ancora che cronologicamente) naturale collocazione in quella che è stata definita come la fase di *back office* della commessa pubblica, ovvero nelle fasi nevralgiche¹⁷⁴ della programmazione e della progettazione (artt. 21 e 23 del d.lgs. n. 50/2016)¹⁷⁵, che si traducono in atti che non si limitano a determinare parametri, ma che definiscono le «scelte di base»¹⁷⁶ che «dovrebbero assicurare razionalità, chiarezza e coerenza all'intero percorso negoziale»¹⁷⁷.

¹⁷¹ V. Cerulli Irelli, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2017, 294. In dottrina vi è, infatti, chi, preferendo impiegare la formula "valutazioni tecniche", ha affermato che l'espressione "discrezionalità tecnica" non sia corretta perché mancherebbe dell'elemento volitivo proprio della discrezionalità pura; a ciò aggiungendosi che l'impiego dello stesso sostantivo "discrezionalità" si motiva in ragione del fatto che «in passato, il problema dei limiti del sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche era posto in termini analoghi a quello del sindacato sulla discrezionalità amministrativa» (M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, il Mulino, 2019, 130).

¹⁷² Per parte della dottrina la qualificazione "discrezionalità mista" è assolutamente da evitare. In tal senso, cfr. M. Clarich, *op. ult. cit.*, 132.

¹⁷³ M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, II, cit., 56.

¹⁷⁴ Così, G.D. Comporti, *La flessibilità nelle negoziazioni pubbliche*, cit., 185.

¹⁷⁵ In tema si v. le considerazioni critiche di A. Barone, *Programmazione, pianificazione e progettazione*, in *L'amministrazione pubblica nella prospettiva del cambiamento: il codice dei contratti e la riforma Madia*, a cura di P.L. Portaluri, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2017, 151 ss. Secondo l'A., che scrive prima dell'adozione del d.lgs. n. 56/2017, il Codice contiene una serie di criticità soprattutto per quanto attiene alla programmazione. *A latere* dell'assenza di riferimenti agli studi di fattibilità, per l'A. ciò che desta maggiori perplessità è, da un lato, la mancata previsione sulla pubblicazione dello schema di programma triennale – programma «che si apre così solo all'apporto del privato 'forte'» (p. 153) – e, dall'altro lato, il raccordo tra le forme di programmazione che «tendono a presentarsi come monadi tra loro autonome» (p. 154).

¹⁷⁶ Così, R. Dipace, *L'attività di programmazione come presupposto di decisioni amministrative*, in *Dir. soc.*, 2017, 4, 647 ss., spec. 682.

¹⁷⁷ G.D. Comporti, *La flessibilità nelle negoziazioni pubbliche*, cit., 185. Come ricorda l'A. da ultimo citato, il punto è enfatizzato anche dal Consiglio di Stato che, in sede di parere sullo schema di regolamento del MIT "recante procedure e schemi tipo per la redazione e la pubblicazione del programma triennale dei lavori pubblici, del programma biennale per l'acquisizione di forniture e servizi e dei relativi elenchi annuali e aggiornamenti annuali", ha qualificato la programmazione e la progettazione alla stregua di un «processo che, attraverso aggiustamenti progressivi, deve portare, guidando e responsabilizzando l'amministrazione, a raggiungere maggiori ed elevati livelli qualitativi e quantitativi nella cura dell'interesse

Nella programmazione quelle scelte sono connotate da «amplessima discrezionalità»¹⁷⁸ (nei limiti del rispetto degli altri documenti programmatori e della coerenza con il bilancio) e, seppur essenzialmente attinenti all'*an* e al *quando* della commessa, esse dovrebbero consistere anche nella ricognizione e nella graduazione degli obiettivi¹⁷⁹, soprattutto (ma non solo) laddove l'amministrazione intenda impiegare il criterio del rapporto qualità/prezzo. Ciò perché se la selezione di quel criterio e la determinazione di tutto ciò che intorno ad esso gravita (*sub*-criteri, ponderazione dei punteggi, etc.) «si sviluppano nel corso della vita iniziale dell'appalto, dalla programmazione alla predisposizione della documentazione di gara» (cfr. Linea guida n. 2 dell'ANAC), allora la scelta di finalizzare il contratto agli interessi ambientali e sociali diviene dirimente già nelle fasi prodromiche alla gara¹⁸⁰.

Quell'intreccio trova però più largo e compiuto sviluppo nella fase di progettazione, ove si fa (anche) ampio esercizio «di discrezionalità tecnica»¹⁸¹. La progettazione è questione, infatti, al contempo tecnica e discrezionale: tecnica, perché in applicazione di criteri tecnico-scientifici essa descrive il contratto, formula un giudizio sulle specifiche, sulle condizioni di esecuzione, sui requisiti speciali e sui criteri di aggiudicazione; discrezionale, perché, recependo l'indirizzo sulla finalizzazione del contratto, essa sceglie discrezionalmente le prescrizioni più opportune e che confluiranno nella *lex specialis*¹⁸².

pubblico». Si v. anche le «Linee guida su programmazione, progettazione ed esecuzione del contratto nei servizi e nelle forniture» (determina del 6 novembre 2013, n. 5 dell'ANAC), ove si legge che la programmazione e la progettazione «appaiono funzionali a garantire una visione di insieme dell'intero ciclo di realizzazione dell'appalto, migliorando le *chance* di un'efficiente gestione dello stesso, a partire dall'individuazione dei fabbisogni fino alla verifica del corretto svolgimento della prestazione».

¹⁷⁸ F. Pellizzer, *La programmazione e la progettazione*, in *Diritto dei contratti pubblici*, cit., 243 ss., spec. 250.

¹⁷⁹ In tal senso, si v. L. Gili, *Discrezionalità amministrativa e nuova offerta economicamente più vantaggiosa alla luce del d.lgs. n. 50 del 2016*, *Discrezionalità amministrativa e nuova offerta economicamente più vantaggiosa alla luce del d.lgs. n. 50 del 2016*, in *Riv. trim. app.*, 2017, 1, 205 ss., spec. 213-221. L'A. afferma che in tale fase è opportuno «considerare se, con l'occasione della commessa pubblica, si possono e vogliono perseguire anche obiettivi ambientali, sociali, di favore all'innovazione e della promozione delle MicroPMI [...]» (p. 214).

¹⁸⁰ Si consideri inoltre che, le Linee guida n. 2 dell'ANAC, raccomandano che «in fase di programmazione, di definire le caratteristiche dell'affidamento che consentono di verificare la sussistenza delle condizioni per le quali il Codice e le presenti linee guida prescrivono o consentono l'utilizzo di un particolare criterio di aggiudicazione; b) in fase di progettazione, di avviare la definizione dei criteri di valutazione e dei relativi punteggi; c) in sede di adozione della determina a contrarre e di elaborazione della documentazione di gara, di procedere alla compiuta definizione degli ulteriori elementi».

¹⁸¹ Così, ancora, F. Pellizzer, *La programmazione e la progettazione*, cit., 250.

¹⁸² Sul vincolo posto dalla programmazione e la progettazione si v. R. Dipace, *L'attività di programmazione come presupposto di decisioni amministrative*, cit., 683. Sulla progressiva riduzione della discrezionalità dell'amministrazione nella determinazione dei contenuti puntuali e nella loro applicazione nella vicenda contrattuale si v. F. Gaverini, *L'inserimento di clausole "verdi" nelle procedure contrattuali pubbliche, tra merito e discrezionalità*, in *I contratti pubblici tra principi interni e vincoli sovranazionali. Mercato, ambiente, responsabilità*, a cura di M. Andreis, Milano, Giuffrè, 2011, 99 ss., spec. 118, il quale correttamente afferma che «ogni elemento posto in via preliminare influisce su quello successivo in termini di coerenza e logicità».

Come osservato in dottrina, la “discrezionalità programmatrice” assumerebbe così «veste multiforme», variando dalla fase di identificazione degli interessi e obiettivi (fase di programmazione), in cui essa assume la più ampia estensione, alla fase di individuazione e determinazione dei mezzi (fase di progettazione), in cui essa si esplica (anche) attraverso valutazioni tecniche ed in cui è limitata e funzionalizzata agli interessi a monte individuati¹⁸³.

Ciò chiarito in ordine alla “devoluzione” della finalizzazione del contratto alla discrezionalità amministrativa, vi è poi che i richiamati paragrafi di apertura dello studio ponevano un ulteriore dubbio. Ci si era chiesti, cioè, se, laddove la finalizzazione del contratto fosse attribuita alla discrezionalità amministrativa, fosse poi possibile identificare un dovere delle stazioni appaltanti nel dare ingresso allo sviluppo sostenibile nel bilanciamento degli interessi condotto a monte della gara (*supra* §2). La risposta sul punto deve ancora essere fornita, perché l’aver affermato il carattere discrezionale dell’attività volitiva posta a monte della gara, infatti, non spiega in realtà nulla sulla capacità di ingresso degli interessi ambientali e sociali.

4.1. *La finalizzazione del contratto e l’interesse pubblico in concreto, tra discrezionalità e doverosità. Brevi considerazioni sui benefici della (non ancora inverata) negoziazione.*

Per comprendere come avvenga la scelta degli interessi rispetto ai quali finalizzare il contratto è necessario riprendere alcune considerazioni svolte in precedenza.

Si è detto che, all’atto di avvio della procedura, l’interesse pubblico astratto diviene motivo dell’acquisto e che esso si risolve in un substrato su cui definire l’interesse

¹⁸³ Così, R. Dipace, *L’attività di programmazione come presupposto di decisioni amministrative*, cit., 680. Proprio con riferimento alla fase prodromica alla gara, l’A. afferma che in un primo momento l’amministrazione è chiamata a determinare i «bisogni della collettività» e ad individuare «i lavori che ritiene funzionali al soddisfacimento degli stessi». Nella fase successiva, l’amministrazione deve elaborare gli studi di fattibilità, «sulla base di valutazioni tecniche, finanziarie, economiche, sociali e giuridiche, ricorrendo a una discrezionalità di tipo tecnico per predisporre gli strumenti attuativi vincolati rispetto alla scelta effettuata» (p. 676). Interessante è la specificazione che l’A. pone laddove afferma che «pianificare è porre fini, operare delle scelte e coordinare le attività predisposte al raggiungimento di quello scopo» (pp. 651-652). Sull’importanza della fase prodromica alla gara, si vedano le approfondite riflessioni di A. Massera, *Lo Stato che contratta e che si accorda. Vicende della negoziazione con le PP.AA., tra concorrenza per il mercato e collaborazione con il potere*, Pisa, Pisa University Press, 2011, 184-195, il quale – sottolineando la natura discrezionale “ad effetto vincolante” della predeterminazione delle regole nella «fase di prefigurazione dell’intera operazione economica» – pone l’accento non già sui limiti a valle, ma sulle potenzialità delle decisioni amministrative operate a monte, le quali conferiscono alla stazione appaltante «il vantaggio della prima mossa», perché disponendo «dei vari interessi pubblici in gioco» essa consegue già «un primo effetto “distributivo” o, di contro, “escludente”» (pp. 193-194).

pubblico concreto valutando le esigenze contingenti e applicando altri valori. Si è detto poi che la specificazione dell'interesse pubblico in concreto è, anzitutto, unilateralmente determinata dall'amministrazione, che sarà pertanto chiamata ad introdurre essa stessa (in modo atecnico¹⁸⁴) gli interessi secondari rilevanti, interessi cioè «pubblici, collettivi e privati [che] non devono essere necessariamente tutelati dall'ordinamento; basta che esistano di fatto»¹⁸⁵(*supra* §1.1.).

Non si tratta di un'operazione semplice, tenuto conto della moltitudine di interessi che entrano in gioco. Sicché, per cercare una soluzione è bene partire dall'art. 30 del d.lgs. n. 50/2016 (se ne consenta l'integrale richiamo), disposizione che non solo descrive i fini possibili, ma che fornisce anche qualche spunto sul modo della loro ponderazione: “L'affidamento e l'esecuzione di appalti di opere, lavori, servizi, forniture e concessioni ai sensi del presente codice garantisce la qualità delle prestazioni e si svolge nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza. Nell'affidamento degli appalti e delle concessioni, le stazioni appaltanti rispettano, altresì, i principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché di pubblicità con le modalità indicate nel presente codice. Il principio di economicità può essere subordinato, nei limiti in cui è espressamente consentito dalle norme vigenti e dal presente codice, ai criteri, previsti nel bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute, dell'ambiente, del patrimonio culturale e alla promozione dello sviluppo sostenibile, anche dal punto di vista energetico”¹⁸⁶.

Innanzitutto, in piena connessione con il principio di buon andamento, la disposizione stabilisce il risultato (certo) della vicenda contrattuale: la “qualità delle prestazioni”. La preminenza della qualità dell'acquisto è chiara nel revisionato sistema dei criteri di aggiudicazione (cfr. art. 95, comma 4, del d.lgs. n. 50/2016), ove il minor prezzo è divenuto metodo di valutazione recessivo ed eccezionale nei contratti sopra-soglia.

La qualità della prestazione è tuttavia temperata dall'altro aspetto del principio di buon andamento, ovvero da quello economicistico, poiché l'intera vicenda deve comunque svolgersi in base al principio di “economicità” (minor dispendio di risorse).

¹⁸⁴ Così M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, II, cit., 163.

¹⁸⁵ *Ivi*, 49 (corsivo nel testo aggiunto da chi scrive).

¹⁸⁶ Gli interessi diversi da quello primario e che divengono rilevanti sulla base di una scelta discrezionale attuata dalla pubblica amministrazione a monte della procedura sono definiti come secondari da C. Colosimo, *L'oggetto del contratto, tra tutela della concorrenza e pubblico interesse*, cit., 104, per la quale «l'interesse primario che determina la pubblica amministrazione alla stipula del contratto è correlato al bisogno che quello specifico accordo è destinato a soddisfare in via diretta [...]. Rispetto a questo precipuo scopo, per quanto rilevanti, “le esigenze del pubblico interessato” non potranno che atteggiarsi a interesse secondario» (corsivo dell'A.). Recentemente, parte della dottrina ha parlato di un certo «esibizionismo politico», perché il Codice dei contratti pubblici oltre a dettare disposizioni specifiche sarebbe «popolato di enunciazioni di principio dalla portata generale, che esprimono scelte di massima, allo scopo di ottenere con più facilità (senza cioè esporsi a contestazioni) il favore degli elettori» (S. Valaguzza, *Governare per contratto. Come creare valore attraverso i contratti pubblici*, Napoli, Editoriale scientifica, 2018, 89-91).

Il principio di economicità a sua volta può essere subordinato – e qui rileva il valore prettamente strategico dell'appalto¹⁸⁷ – ad esigenze e obiettivi collaterali rispetto all'oggetto principale dell'appalto.

Come si è più volte affermato, si tratta di un nuovo modo di intendere la qualità dell'acquisto, nel senso che la commessa pubblica non va più solo a vantaggio diretto della stazione appaltante, ma anche di tutti i cittadini o di singoli gruppi o categorie di cittadini. Di talché l'interesse pubblico in concreto perseguito dall'appalto pubblico si colora – anche se solo “eventualmente” (questo infatti è l'indirizzo, ovvero il “cambio di mentalità” richiesto alle stazioni appaltanti¹⁸⁸) – di significati e obiettivi di ampio respiro¹⁸⁹.

Ebbene, se più interessi pubblici entrano nella determinazione delle regole della gara, così non solo vincolando la fase procedimentale competitiva, ma indirizzando altresì l'intera vicenda verso un risultato articolato e di politica attiva, come è regolata l'attività di ponderazione svolta dall'amministrazione? Il dubbio che si solleva è cioè se vi siano vincoli o principi che orientino l'amministrazione non solo nel bilanciamento, ma anche nella (logicamente prioritaria) considerazione e presa in carico di quegli interessi.

Il problema non si pone tanto per l'interesse degli operatori economici a partecipare alla gara. Quell'interesse appare ampiamente garantito non solo dalla sussistenza di una procedura competitiva (la scelta diretta dei candidati nei contratti sopra-soglia è ipotesi assolutamente eccezionale), ma anche dal fatto che la massima partecipazione è opposta dalla Corte di Giustizia quale limite tipico a qualsivoglia *lex specialis* restrittiva della concorrenza. E se ciò non fosse sufficiente a ritenere che l'interesse (secondario) della platea degli operatori economici non possa essere pretermesso, si consideri che per il Codice dei contratti pubblici l'interesse alla partecipazione (interesse eminentemente privato) è declinazione dell'“*interesse pubblico*” alla massima partecipazione¹⁹⁰.

Con riguardo invece agli interessi ambientali e sociali, il loro ingresso nella

¹⁸⁷ In tema si v. S. Valaguzza, *Sustainable development in public contracts. An example of strategic regulation*, Napoli, Editoriale scientifica, 2016. Cfr. anche G. Fidone, *Gli appalti verdi all'alba delle nuove direttive*, cit., 838-839, il quale, pur riferendosi alla disciplina previgente, afferma che la previsione della possibilità di subordinare il principio di economicità ad altre esigenze evidenzia il superamento della concezione contabilistica tutta improntata al risparmio di spesa. Correttamente in dottrina si è osservato che nell'ambito della più recente legislazione è cambiato lo stesso principio di economicità, perché non più riferito al solo “prezzo”, ma eventualmente anche al fattore (di più «ampio respiro») del costo (così, L. Gili, *Discrezionalità amministrativa e nuova offerta economicamente più vantaggiosa alla luce del d.lgs. n. 50 del 2016*, cit., spec. 215).

¹⁸⁸ Così S. Valaguzza, *Governare per contratto*, cit., 138.

¹⁸⁹ Cfr. A. Burja, *Using Green Public Procurement (GPP) for sustainable consumption and production*, in *Journal for European environmental & planning law*, 2009, 6.3, 319 ss.

¹⁹⁰ Cfr. art. 83, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016, ove si dispone che i criteri di selezione (requisiti di idoneità professionale, capacità economico-finanziaria e capacità tecnico-professionali) “sono attinenti e proporzionati all'oggetto dell'appalto, tenendo presente l'interesse pubblico ad avere il più ampio numero di potenziali partecipanti, nel rispetto dei principi di trasparenza e rotazione”.

ponderazione dell'amministrazione, per quanto più complesso, deve corrispondere a qualcosa di più che un'eventualità.

Le osservazioni che seguono non possono che principiare dal contesto più generale al quale si riferisce il disposto dell'art. 3-*quater* del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152: "l'attività della pubblica amministrazione deve essere finalizzata a consentire la migliore attuazione possibile del principio dello sviluppo sostenibile".

Una prima considerazione è assieme di stile e di sostanza.

Lo sviluppo sostenibile non è principio dell'azione amministrativa da intendersi come criterio di azione al pari di quello di imparzialità, proporzionalità, ragionevolezza, etc.: esso, infatti, va inteso come obiettivo¹⁹¹. Lo stesso art. 3-*quater*, laddove si riferisce alla "attuazione [...] del principio dello sviluppo sostenibile", di quest'ultimo restituisce l'immagine del fine, piuttosto che del semplice canone a cui va ispirata l'attività¹⁹².

Vi è poi da evidenziare che, se lo sviluppo sostenibile è un obiettivo, ciò non significa che esso divenga necessariamente un interesse pubblico primario di ogni ente¹⁹³. Tuttavia, anche qualora si trattasse di un interesse pubblico secondario, ciò non cambierebbe la sostanza delle cose: quell'interesse accederebbe comunque *ex lege* nei procedimenti discrezionali e rispetto ad esso l'attività sarebbe pur sempre finalizzata.

Ciò posto, nei procedimenti discrezionali, nei quali il rapporto fra l'azione amministrativa e lo sviluppo sostenibile presenti una particolare complessità¹⁹⁴, l'apprezzamento della dimensione ambientale e sociale deve essere declinato nel senso della doverosità¹⁹⁵. Come sostenuto in dottrina, infatti, le scelte discrezionali nelle quali venga in evidenza un problema di risorse (e quindi di sviluppo sostenibile) «per essere legittime, debbono espressamente prendere in considerazione i vari interessi coinvolti e motivare in ordine

¹⁹¹ Così F. Fracchia, *Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell'altro tra protezione dell'ambiente e tutela della specie umana*, Napoli, Editoriale scientifica, 2010, 120 e 228.

¹⁹² Si v. però F. Dallari, *Gli appalti verdi*, cit., 117, secondo il quale sebbene gli artt. 3-*ter* e 3-*quater* inducano a ritenere coinvolte tutte le amministrazioni nello sviluppo sostenibile, il loro coinvolgimento e quindi la sostenibilità dei loro acquisti deve essere diversamente valutata a seconda del fine istituzionale dell'ente: il legame è massimo per gli enti (come l'Ente parco) che perseguono interessi ambientali e diviene via via minore considerando gli Enti territoriali, ovvero enti che tutelano "anche" l'ambiente e enti che svolgono attività meramente imprenditoriali.

¹⁹³ Per F. Dallari, *op. ult. cit.*, 132, la tutela dell'ambiente è «interesse primario pari ordinato alle libertà fondamentali riconosciute dal trattato». Ciò però non sembra escludere che lo sviluppo sostenibile possa essere un fine secondario per alcuni enti pubblici. Semmai, quanto precede vale a confermare la doverosità dell'inserimento di quell'interesse nel bilanciamento operato a monte della gara.

¹⁹⁴ F. Fracchia, *Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell'altro tra protezione dell'ambiente e tutela della specie umana*, cit., 225.

¹⁹⁵ Cfr. F. Salvia, *Ambiente e sviluppo sostenibile*, in *Riv. giur. amb.*, 1998, 2, 235 ss., secondo cui lo sviluppo sostenibile non deve essere inteso come una formula «atta solo a legittimare misure specifiche di tutela dell'ambiente (valori limite, criteri guida, altri standard) dovendosi invece interpretare come una clausola generale che abilita pienamente la Comunità e, più in generale i pubblici poteri ad orientare il sistema economico verso un certo tipo di sviluppo» (spec. 238).

all'equilibrio raggiunto»¹⁹⁶, individuando, in applicazione dei principi di proporzionalità e ragionevolezza, un corretto rapporto tra le risorse da risparmiare e quelle da trasmettere¹⁹⁷.

Se ciò è vero per l'attività in genere delle pubbliche amministrazioni, la conclusione nel senso della doverosità della ponderazione fra i vari interessi in gioco, fra cui anche quello ambientale e sociale, vale a maggior ragione nell'attività contrattuale della p.a., la cui espressa finalizzazione allo sviluppo sostenibile (Considerando 1 della direttiva 2014/24/UE) implica l'ingresso di un "principio" che «preme nel senso di una torsione nell'esercizio di situazioni giuridiche e di poteri in vista di uno scopo»¹⁹⁸.

Pertanto, stante il descritto statuto della doverosità della considerazione delle esigenze ambientali e sociali, l'amministrazione deve ponderare il giusto bilanciamento fra gli interessi pubblici e privati coinvolti, nella triplice ottica di garantire la qualità e l'economicità della commessa, l'interesse al contempo privato e pubblico alla massima partecipazione (art. 83) e l'interesse pubblico alla tutela dello sviluppo sostenibile.

Il bilanciamento degli interessi in gioco non risponde solo al carattere proprio della discrezionalità, ma si impone anche quale *prius* logico. Se l'appalto è finalizzato allo sviluppo sostenibile; se i tre ricordati pilastri (economico, sociale e ambientale) sono qualificati come «*interdependent and mutually reinforcing*»¹⁹⁹, con la conseguenza che «il venir meno di uno di essi minerebbe il significato stesso di Sviluppo Sostenibile»²⁰⁰; allora l'amministrazione nel definire il fine del contratto deve necessariamente svolgere la ricordata opera di immissione e di equilibrato bilanciamento.

Quanto precede è fondamentale non solo perché spiega, attraverso il rinvio alla doverosità, la necessaria opera di "inclusione" e di bilanciamento degli interessi pubblici, ma anche perché consente di escludere uno degli ultimi dubbi avanzati in principio (*supra* §2): l'amministrazione quando agisce sul piano contrattual-negoziale non lo fa come qualsiasi privato.

Innanzitutto, la considerazione è valida sul piano della funzionalizzazione, perché mentre per l'amministrazione, come si è detto, la funzionalizzazione rappresenta una

¹⁹⁶ F. Fracchia, *Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell'altro tra protezione dell'ambiente e tutela della specie umana*, cit., 229. Si consideri che per l'A. il dovere di motivazione in relazione al bilanciamento operato in considerazione dello sviluppo sostenibile «si estende anche agli atti amministrativi generali e, dunque, ha uno spettro applicativo più ampio di quello risultante dall'art. 3, l. 241/1990» (p. 230). Un'osservazione interessante per i fini del presente elaborato, perché implicherebbe il dovere di motivare anche il bando di gara in relazione alle scelte compiute a monte.

¹⁹⁷ Si v. il comma 3 dell'art. 3 del d.lgs. n. 152/2006: "il principio dello sviluppo sostenibile deve consentire di individuare un equilibrato rapporto, nell'ambito delle risorse ereditate, tra quelle da risparmiare e quelle da trasmettere".

¹⁹⁸ F. Fracchia, *Sviluppo sostenibile e diritti delle generazioni future*, cit., 35.

¹⁹⁹ United Nations, *World Summit on Sustainable Development*, 2002.

²⁰⁰ V. Cagnin, *Diritto del lavoro e sviluppo sostenibile*, Milano-Padova, Wolters Kluwer-Cedam, 2018, 26.

sorta di *prius* logico, per il privato «non esiste»²⁰¹, o meglio «non esiste una determinazione analitica e positiva dei fini perseguibili», perché esistono solo «limiti generici e di segno negativo»²⁰². Il che pare essere coerente con quanto affermato da una parte della dottrina civilistica, secondo la quale l'opinione che pretende di funzionalizzare l'autonomia privata all'interesse generale non è ammissibile, perché «di interesse generale deve essere la compressione» (quindi il limite negativo di cui si parlava poc'anzi) e «non la concreta esplicazione dell'autonomia contrattuale»²⁰³.

Eguali considerazioni possono essere assunte con riferimento alla finalizzazione, nella delimitazione qui assunta, cioè di attribuzione *ex post* di interessi secondari, rispetto ai quali l'amministrazione deve doverosamente coniugare e conformare il perseguimento dell'interesse pubblico primario. A tal fine pare sufficiente ricordare che alla tesi della conformazione “ecologica” dell'autonomia negoziale dei privati²⁰⁴, che pure muoveva dall'interpretazione degli artt. 3-ter e 3-*quater*, comma 1, del d.lgs. n. 152/2006, se ne è opposta un'altra di segno contrario che ha respinto l'estensione generalizzata del principio dello sviluppo sostenibile, perché ciò comporterebbe una «funzionalizzazione» (qui da intendersi come finalizzazione) della libertà privata che smarrirebbe «in tal modo la propria più intima caratteristica»²⁰⁵. Ma l'idea che la finalizzazione del pubblico sia

²⁰¹ G. Greco, *Argomenti di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2017, II, 156.

²⁰² M. Dugato, *Atipicità e funzionalizzazione*, cit., 16, per il quale «l'ordinamento neppure si cura dei fini che i privati intendono perseguire con gli atti posti in essere fino a che gli stessi non divengano illeciti» (p. 19). L'idea del vincolo positivo che limita il potere può ricavarsi anche in G. Braibant, *Le droit administratif français*, Paris, Dalloz, 1992, 167, per il quale «*le droit administratif ne se caractérise pas seulement par rapport au droit civil par des majorations de pouvoir au profit de l'administration, il n'y a pas seulement des différences en plus, il y a aussi des différences en moins, des minorations de pouvoir, des obligations propres à l'administration que ne supportent pas les particuliers*». Si v. anche G. Falcon, *Percorsi del rapporto pubblico privato*, in *Pubblico e privato nell'organizzazione e nell'azione amministrativa*, cit., 383 ss., spec. 387, ove calando il discorso sul piano settoriale degli impegni assunti dalle imprese con AGCM, afferma che l'azione del privato è defunzionalizzata, perché l'imprenditore non ha il compito di considerare né l'interesse pubblico né quello altrui né quello più generale della concorrenza.

²⁰³ G. Oppo, *Diritto privato e interessi pubblici*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, 1, 25 ss., spec. 29. Utile specificare che per l'A. l'interesse superindividuale non è riconducibile ad un unico *genus*, sicché egli distingue fra “interessi pubblici” (quelli cioè «fatti propri, regolati e gestiti dallo Stato») e, guardando al diritto privato, “interessi generali”, nel senso di «interessi di ognuno e di tutti» (così a p. 25).

²⁰⁴ Così M. Pennasilico, *Contratto ecologico e conformazione dell'autonomia negoziale*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2017, 1, 4 ss. Per l'A., infatti, si sarebbe dinanzi ad un «autentico “mutamento di paradigma” in materia contrattuale, tale da mettere in discussione, sotto la spinta del modello globale dello “sviluppo sostenibile”, l'adeguatezza della nozione stessa di contratto, come formulata dal codice del 1942, e da imporre una conformazione “ecologica” dell'autonomia negoziale» (pp. 4-5). Meritevole di considerazione è il fatto che per l'A. il principio di sviluppo sostenibile è norma di ordine pubblico, la cui violazione determinerebbe la nullità del contratto ex art. 1418 c.c. Si v. anche M. Pennasilico, *Sviluppo sostenibile, legalità costituzionale e analisi “ecologica” del contratto*, in *Pers. merc.*, 2015, 1, 37 ss.

²⁰⁵ F. Fracchia, *Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell'altro tra protezione dell'ambiente e tutela della specie umana*, cit., 284, per il quale la funzionalizzazione della libertà privata è valore da non compromettere e ciò «in ossequio a una netta demarcazione tra “pubblico” e “privato”, così come sembra da rifiutare un eccessivo avvicinamento – che sfuma nella confusione – tra diritto pubblico e privato» (nello stesso senso, Id., *Sviluppo sostenibile e diritti delle generazioni future*, cit., 36). L'A. comunque ritiene che su alcuni privati incombono doveri di solidarietà ambientale (il riferimento è fatto alla disciplina dello

qualcosa di diverso da un'eventuale finalizzazione privata sta nel carattere diffuso dell'ordine di complessità in cui l'amministrazione agisce e che appare difficilmente replicabile per i privati, la cui pulsione ad un fine secondario, anche laddove possa apparire predicabile, assumerebbe pur sempre carattere episodico²⁰⁶: basti ricordare il numero di *secondary policies* e, conseguentemente, il numero di interessi pubblici secondari (ambientali, sociali, economici) che l'appalto pubblico risulta finalizzato a promuovere. L'attività privata mancherebbe in altre parole della complessità²⁰⁷ «che invece in un ordinamento democratico e pluralista è inevitabile e deriva proprio dalla molteplicità degli interessi – pubblici e privati, come pure interessi pubblici fra loro contrastanti – che l'ordinamento ritiene rilevanti e che l'amministrazione è chiamata a valutare»²⁰⁸.

Ciò precisato in ordine al carattere doveroso della inclusione delle istanze dello sviluppo sostenibile nei contratti pubblici, rimane da evidenziare un ultimo aspetto, ovvero quello della collaborazione in senso lato tra pubblico e privato nell'ambito delle singole operazioni economiche.

La prospettiva del “partenariato” nell'assunzione delle decisioni amministrativo-negoziali è duplice, quello potendo attenersi tanto al dialogo instaurato prima della fase di scelta del contraente quanto a quello in corso di gara²⁰⁹.

La democrazia partecipativa²¹⁰ negli appalti pubblici rappresenta un sicuro mutamento che coniuga «l'efficienza e la condivisione sociale delle scelte di interesse pubblico»²¹¹; senonché, la sostanziale novità delle previsioni recate dall'art. 22 del d.lgs. n. 50/2016 e dal d.p.c.m. 10 maggio 2018, n. 76, i problemi relativi al “conflitto di

smaltimento dei rifiuti e a quella del danno ambientale), ma, del tutto condivisibilmente, afferma che ciò non implichi anche l'applicabilità del principio dello sviluppo sostenibile alla generalità dei soggetti privati.

²⁰⁶ Spunti in tal senso sono ricavati, se ben si è inteso, da F. Fracchia, *Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell'altro tra protezione dell'ambiente e tutela della specie umana*, cit., 285-286, «lo sviluppo sostenibile per i privati può unicamente condensarsi in regole specifiche e concrete fissate in base alla legge, laddove per l'amministrazione esso si configura come un vero e proprio principio» (nello stesso senso, Id., *Sviluppo sostenibile e diritti delle generazioni future*, cit., 38).

²⁰⁷ Diverso è a dirsi per la «complessità dell'esperienza del mondo reale» che investe il diritto privato codicistico – che «nel far perno sul livello massimo di generalità e astrazione, ha eretto un sistema uniforme, di fatto ignorando la complessità derivante dall'articolazione degli *status* soggettivi» – e che implica (solo) la segmentazione e la specializzazione della disciplina giuridica e pertanto il superamento dell'idea della *reductio ad unum* (cfr. L. Balestra, *Introduzione al diritto dei contratti*, Bologna, il Mulino, 2015, 11-23).

²⁰⁸ M. Bombardelli, *Il silenzio assenso tra amministrazioni e il rischio di eccesso di velocità nelle accelerazioni procedurali*, in *Urb. app.*, 2016, 7, 758 ss. (spec. 764); nello stesso senso cfr. Id., *Semplificazione normativa e complessità del diritto amministrativo*, cit., 1032.

²⁰⁹ Il tema è stato ampiamente analizzato da F. Gambardella, *Le regole del dialogo e la nuova disciplina dell'evidenza pubblica*, Torino, Giappichelli, 2016, spec. 69-88 e 125-151.

²¹⁰ Per riprendere U. Allegretti, *Democrazia partecipativa, ad vocem*, in *Enc. dir., Ann.*, IV, Milano, Giuffrè, 2011, 295 ss.

²¹¹ A. Averardi, *La decisione amministrativa tra dissenso e partecipazione. Le ragioni del «dibattito pubblico»*, in *www.diritto-amministrativo.org*, 12, anche in *Munus*, 2018, 1, 129 ss.

prossimità” o alla cd. sindrome di *Nimby*²¹², il coinvolgimento finale della conferenza di servizi²¹³ e le elevatissime soglie economico-dimensionali delle opere da assoggettare al dialogo competitivo²¹⁴ che confinano l’applicazione dell’istituto «in un ambito decisamente angusto»²¹⁵, sono tutti fattori che suggeriscono di soprassedere sul punto, quantomeno fintanto che l’esperienza non consegna all’interprete alcuni dati più precisi su cui fondare l’analisi.

Diverso è invece a dirsi per il tema del dialogo in sede di gara, non solo perché la questione è risalente, ma anche perché, come si dirà, l’esperienza qui è stata effettivamente “tradotta in numeri” che svelano positività e ritardi delle nostre amministrazioni.

Nella prospettiva del controllo sulla spesa pubblica la normativa contabilistica ha implicato due conseguenze strettamente connesse. Non solo la trasfigurazione in chiave pubblicistica di un interesse soggettivamente amministrativo ma per alcuni oggettivamente negoziale²¹⁶, ma soprattutto un «irrigidimento delle forme», da un lato, e una «spersonalizzazione delle scelte negoziali», dall’altro²¹⁷. Si evidenzia, infatti, la sussistenza nel più recente passato – ma riserve permangono anche nel più immediato presente – di una sostanziale abdicazione dell’amministrazione dall’assumere un effettivo ruolo di parte negoziale “che tratta”. Automaticità dell’individuazione della migliore offerta, eccezionalità originaria delle procedure negoziate, persistenza del fattore culturale²¹⁸ pur nell’inverato *favor* per il dialogo negoziale in senso lato, queste sono solo alcune delle

²¹² Cfr. G. Manfredi, *Il regolamento sul dibattito pubblico: democrazia deliberativa e sindrome di nimby*, in *Urb. app.*, 2018, 5, 604 ss., spec. 608; A. Averardi, *La decisione amministrativa tra dissenso e partecipazione*, cit. Seppur nel campo della pianificazione urbanistica, si consideri quanto affermato da M. Dugato, *Sviluppo economico e semplificazione dei procedimenti urbanistici: l’eterna illusione*, in *Pianificazione urbanistica e attività economiche*, a cura di P. Stella Richter, Milano, Giuffrè, 2016, 33 ss., e cioè che «la partecipazione in urbanistica, pur assicurando un certo grado di coinvolgimento dell’interessato, è connotata da un’asimmetria, giacché l’elevato grado di tecnicismo delle osservazioni consente ai soli “soggetti forti” di avere voce».

²¹³ Per parte degli interpreti (M. Cardone, *Modelli di dialogo tra pubblico e privato nel settore dei contratti pubblici: il caso del dibattito pubblico*, in *I contratti delle pubbliche amministrazioni tra pubblico e privato*, a cura di F. Liguori, Napoli, Cleup, 2019) l’intervento della conferenza di servizi implicherebbe l’entrata in scena dell’organo politico, così che l’istituto verrebbe distratto dalla sua *ratio* originaria. Nello stesso senso, si v. A. Barone, *Programmazione, pianificazione e progettazione*, cit. 156-158, secondo il quale la questione di maggiore rilievo è legata al fatto che l’istruttoria sia curata dall’amministrazione stessa (e quindi dallo stesso soggetto aggiudicatore) che «dovrà in sede di conferenza prospettare le tesi che magari non condivide» (p. 158).

²¹⁴ Cfr. Cons. St., ad. Comm. spec., 7 febbraio 2018, n. 359, secondo cui quelle soglie «sono di importo così elevato da finire per rendere, nella pratica, minimale il ricorso a tale istituto». Si v. anche U. Allegretti, *Un caso di attuazione del principio costituzionale di partecipazione: il regolamento del dibattito pubblico sulle grandi opere*, in *Riv. AIC*, 2018, 3, 462 ss., spec. 467.

²¹⁵ G. Manfredi, *Il regolamento sul dibattito pubblico*, cit., 607.

²¹⁶ Così, A. Giannelli, *Contratti pubblici: stabilità del rapporto e interessi pubblici*, in *Dir. econ.*, 2016, 1, 127 ss., spec. 131.

²¹⁷ G.D. Comporti, *La flessibilità nelle negoziazioni pubbliche*, cit., 178. In tal senso anche, F.P. Pugliese, *Il procedimento amministrativo tra autorità e «contrattazione»*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1971, 2, 1469 ss., spec. 1474-1475, già richiamato dall’A. per primo citato.

²¹⁸ In tal senso, G.D. Comporti, *Introduzione: dal potere discrezionale alle scelte negoziali*, cit., 20.

(maggiori) ragioni della descritta rinuncia.

A quest'ultimo riguardo e considerando l'attuale assetto normativo, deve essere rilevata anzitutto una evidente controtendenza fra le politiche legislative più recenti e quelle previgenti. Il passo in avanti è ampio, in particolare se si riflette sul fatto che rispetto alle direttive degli anni '70, che determinarono «un ulteriore irrigidimento delle procedure»²¹⁹, quelle del 2014 si caratterizzano per un particolare “gradimento” per l'impiego delle procedure competitive²²⁰. Basti a tal fine leggere il Considerando n. 42 della direttiva 2014/24/UE: “è indispensabile che le amministrazioni aggiudicatrici dispongano di maggiore flessibilità nella scelta di una procedura d'appalto che prevede la negoziazione [...]”; e a riprova basti considerare che il Codice domestico, in aderenza alla normativa europea, reca una disciplina favorevole all'impiego dei modelli procedimentali di negoziazione, i quali non solo appaiono rinnovati nelle dinamiche procedimentali, ma ricoprono anche un'area applicativa ben maggiore rispetto al passato.

Vi è infatti un duplice dato condiviso in dottrina e cioè che il nuovo Codice non solo fornisce «un ampio menu tra cui scegliere la procedura di gara più adeguata», così restituendo «alle stazioni appaltanti un “potere di scelta discrezionale” che la passata legislazione sui lavori pubblici ha sempre cercato di limitare»²²¹, ma altresì comporta una tacita perdita di specialità in particolare della procedura competitiva con negoziazione: così realizzando quell'auspicio, già formulato nel 2011 dal Libro Verde della Commissione Europea, a che fosse consentito «l'uso generalizzato della procedura negoziata previa pubblicazione di un bando di gara»²²².

Detta perdita di specialità, considerando in particolare la procedura di cui all'art. 62 del d.lgs. n. 50/2016, si motiva per due ragioni intimamente connesse. In primo luogo, per l'assenza di obblighi motivazionali per la scelta di impiegare la procedura competitiva con negoziazione²²³; in secondo luogo, per l'aumento dei presupposti legittimanti

²¹⁹ G.D. Comporti, *Introduzione: dal potere discrezionale alle scelte negoziali*, cit., 13.

²²⁰ In questo senso anche C. Lamberti e S. Villamena, *Nuove direttive appalti: “sistemi di selezione” e “criteri di aggiudicazione”*, in *Urb. e app.*, 2015, 8-9, 873 ss., spec. 874.

²²¹ R. De Nictolis, *Le procedure di scelta del contraente*, in www.giustizia-amministrativa.it.

²²² Cfr. Commissione Europea, *Libro Verde sulla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici. Per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti*, 27 gennaio 2011, COM(2011) 15 definitivo.

²²³ Essendo ciò confermato dal dato letterale dell'art. 62 che nulla dispone in tal senso, contrariamente a quanto previsto espressamente dagli artt. 63, 64 e 65 rispettivamente per la procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando, per il dialogo competitivo e per il partenariato per l'innovazione. *Contra*, D. Senzani, *L'evidenza pubblica e le procedure di scelta del contraente. La selezione delle offerte*, in *Diritto dei contratti pubblici*, cit., 385 ss., spec. 403-404, per il quale dall'art. 32, comma 2, deve farsi derivare l'obbligo a dare evidenza delle «ragioni [...] che consentano di fare ricorso alla procedura negoziata»; in tal senso anche M. Ceruti, *La motivazione relativa alla procedura negoziata: obbligo o facoltà?*, in www.appaltiecontratti.it, il quale sostiene che la stazione appaltante debba comunque motivare la scelta della procedura competitiva con negoziazione «per poter giustificare dinanzi agli occhi dei terzi l'opzione esercitata in favore di una procedura che, qualora ne siano predeterminati i confini applicativi, risulta straordinaria ed eccezionale».

l'impiego di quest'ultima²²⁴ e per la loro formulazione in termini più generici rispetto al passato, specie, come osservato in dottrina, se si considerano le ipotesi previste dall'art. 59, comma 2, lett. a), d.lgs. n. 50/2016²²⁵. Fattori che se correttamente intesi potrebbero legittimare prassi amministrative volte ad estendere l'ambito oggettivo di applicazione della procedura negoziata e quindi idonee a «traghetare [...] le procedure verso ipotesi pressoché ordinarie, per le quali appare oramai difficilmente applicabile la tradizionale giurisprudenza che predicava l'interpretazione restrittiva delle fattispecie legittimanti»²²⁶: si sarebbe dinanzi, quindi, a procedure rispetto alla cui scelta difficilmente il sindacato del giudice amministrativo si spingerà al di là di un primo vaglio di manifesta irragionevolezza.

Non dissimili considerazioni, salvo che per quanto riguarda l'onere motivazionale (cfr. nota 222), possono essere riferite al dialogo competitivo e ciò in quanto la procedura immaginata dalla direttiva 2004/18/CE per gli “appalti complessi” diviene nella direttiva del 2014 uno strumento da impiegare nel medesimo ampio spettro applicativo in cui è possibile utilizzare della procedura competitiva con negoziazione (cfr. art. 59, comma 2, dl.gs. n. 50/2016)²²⁷.

Senonché, come si anticipava, le esperienze concrete sono poi state tradotte in numeri dall'ANAC, che perentoriamente ha affermato: «in seguito all'entrata in vigore del nuovo Codice, non si è registrato un innalzamento del numero di affidamenti aggiudicati mediante ricorso al dialogo competitivo o alla procedura competitiva con negoziazione, come invece ci si poteva aspettare, quale conseguenza del *favor* manifestato dal legislatore, con l'ampliamento dell'ambito di applicazione di detti istituti»²²⁸.

La peculiarità di una siffatta situazione è tanto più comprensibile (e quindi censurabile) laddove si consideri ciò che troverà ben più approfondita analisi nel secondo capitolo e cioè l'affermata natura (anche) negoziale della fase di scelta del contraente. L'appagamento per il ricorso a soluzioni automatizzate mal si concilia infatti con la maturata consapevolezza che la fase dell'evidenza pubblica non sia luogo di autorità ma di trattative precontrattuali (*infra* cap. II). Il che non solo disvela una certa disarmonia fra la teoria e

²²⁴ Cfr. P. Patrito, *Il nuovo codice dei contratti pubblici e il primo decreto correttivo (in corso di approvazione): primi spunti di riflessione*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, 1, 335 ss., spec. 345; R. Morzenti Pellegrini, *Le procedure di scelta del contraente*, in *Autorità e consenso nei contratti pubblici alla luce delle direttive 2014*, a cura di C.E. Gallo, Torino, Giappichelli, 2014, 55 ss., spec. 64.

²²⁵ In tal senso, P. Malanetto, *Procedure di scelta per il contraente*, in *La nuova disciplina degli appalti pubblici*, a cura di R. Garofoli e G. Ferrari, Roma, Neldiritto, 2016, 428-429; cfr. altresì C. Lamberti e S. Villamena, *Nuove direttive appalti*, cit., 874, secondo cui «soprattutto per questa ragione si parla di sostegno a favore delle procedure negoziate nel nuovo scenario della disciplina europea».

²²⁶ P. Malanetto, *op. ult. cit.*, 428-429.

²²⁷ Così, C. Lamberti e S. Villamena, *Nuove direttive appalti*, cit., 874.

²²⁸ ANAC, *Relazione annuale 2018*, cit., 165-166. Per G.D. Comporti, *Problemi e tendenze*, cit., 586, l'amministrazione si è a lungo atteggiata «a *domina* esclusiva dell'interesse pubblico, ma manca[ndo] della capacità di definire una strategia negoziale adeguata alla particolarità del singolo caso».

“lo stato delle cose”, ma enfatizza, se così si può dire, anche la cesura che tuttora permane tanto nella teoria quanto nella prassi tra il settore privato e quello pubblico. La completezza dell’accordo negoziale per i privati non è solo obiettivo comune, ma, per parte della dottrina, è anche presupposto logico-giuridico del contratto, il quale «non sorge se non quando la regola dei privati si sia formata completamente»²²⁹. Diverso è a dirsi per il pubblico, non fosse altro perché è fatto risaputo che la compiutezza del regolamento contrattuale è spesso volte solo un «auspicio» laddove «emerge, in pratica, come non di rado una delle due parti sia fin dall’inizio “interessata” alla rinegoziazione del contratto, il che [...] finisce per scaricare sulla fase dell’esecuzione i problemi non risolti nel corso della procedura di aggiudicazione»²³⁰.

Ma perché l’impiego delle procedure competitive è auspicabile²³¹?

La risposta è strettamente connessa a quanto si è detto in relazione alla definizione degli obiettivi e degli interessi perseguiti dall’amministrazione nella vicenda contrattuale. Se l’amministrazione di regola fissa l’interesse pubblico in concreto (unilateralmente o magari anche con la collaborazione della cittadinanza) progressivamente negli atti programmatori, negli studi di fattibilità, negli atti di indizione e nelle comunicazioni, esercitando in tal modo la sua «discrezionalità strategica»²³², è però possibile che l’ente non sia sempre in grado di individuare *ex ante* esigenze, obiettivi e soluzioni. Un fatto questo di cui è consapevole la più attenta dottrina. In tal senso, da un lato, si è suggerito di sfatare «il mito» di un’amministrazione sempre capace di individuare i bisogni pubblici da soddisfare; dall’altro lato, considerate le potenzialità del dialogo competitivo, quella stessa dottrina ha tracciato la via del futuro delle contrattazioni pubbliche: superamento del dualismo fra la determinazione degli interessi pubblici e la fase di scelta del contraente, nonché valorizzazione della concorrenza nei termini di «processo di apprendimento che

²²⁹ G.B. Ferri, *In tema di formazione progressiva del contratto e di negozio formale «per relationem»*, in *Riv. dir. comm.*, 1964, 2, 192 ss., spec. 194. *Contra*, F. Gazzoni, *Equità e autonomia privata*, Milano, Key, 2019, 247.

²³⁰ H. Simonetti, *Riparare agli errori commessi ... Questioni vecchie e nuove sul riparto di giurisdizione nelle controversie in materia di contratti pubblici*, in *Urb. app.*, 2015, 12, 1252 ss., 1262. Nello stesso senso si è espresso F. Gambardella, *Le regole del dialogo e la nuova disciplina dell’evidenza pubblica*, cit., 126-127 e, di recente, M. Cafagno nella relazione “*Risorse decisionali e amministrazione difensiva: il caso delle procedure contrattuali*” svolta l’11 ottobre 2019 nell’ambito del Convegno AIPDA “*Quali saperi servono alla pubblica amministrazione? Selezione, valorizzazione e tutela della professionalità pubblica*”, Pisa, 10-12 ottobre 2019.

²³¹ Si consideri quanto affermato da G.D. Comporti, *La nuova sfida delle direttive europee*, cit., 38, e cioè che «occorre un cambio di paradigma, cogliendo nella situazione di carenza iniziale che induce la stazione appaltante a rivolgersi al mercato (*to buy*) non un vincolo modale che limita la sua azione nell’arena negoziale fino a farne un guardiano severo ma ceco della moralità di tutti i soggetti che incontra, ma un incentivo di risultato che induce a privilegiare strategie, azioni e scelte calibrate sul contesto».

²³² F. Merusi, *La legalità amministrativa*, cit., 87, il quale riconduce la discrezionalità strategica a due scelte consequenziali: «se si decide di fare e a quale fine».

consente la scoperta selettiva di possibilità e opportunità ignote»²³³ (*infra* cap. II, sez. I, §5).

Ebbene, come si anticipava, è proprio il dialogo competitivo a rappresentare la procedura più idonea a determinare il superamento dell'immagine di un'amministrazione sempre consapevole delle necessità e delle soluzioni correlate all'appalto. Difatti, come rimarcato in dottrina, una volta rappresentate nel bando le esigenze di base, il dialogo consente di discutere «tutti gli aspetti dell'appalto»²³⁴ nell'ambito di un confronto instaurato con i concorrenti «per stabilire l'oggetto delle prestazioni dedotte nel contratto e in grado di incidere anche sulle finalità che il contratto dovrà perseguire»²³⁵.

In questo scenario, teoricamente possibile e auspicato, ma praticamente se non utopistico quantomeno lungi dall'essere pienamente inverato, tanto l'interesse pubblico quanto la discrezionalità amministrativa muterebbero. Il primo perché non sarebbe più fissato *ex ante* in termini immutabili dall'amministrazione: la sua predeterminazione a monte della gara rappresenterebbe solo il «perimetro» entro cui «l'interesse pubblico come obiettivo si ridetermina continuamente». La seconda perché non sarebbe più confinata nella fase di «progettazione» della gara, ma si collocherebbe anche nelle trattative, assumendo così fisionomie differenti: al riguardo si è fatto riferimento al concetto di «scelta negoziale»²³⁶ o di «cangiante potere di scelta»²³⁷ o ancora alla più tradizionale nozione di discrezionalità, benché «strategica» perché al contempo pura e «sincrona con gli eventi a cui deve reagire»²³⁸. I due aspetti sono intimamente connessi, perché l'interesse pubblico definito *ex ante* in termini minimali o altrimenti a dirsi nella sua

²³³ G.D. Comporti, *Lo Stato in gara: note sui profili evolutivi di un modello*, in *Dir. econ.*, 2007, 2, 231 ss., spec. 268-280. Si v. anche N. Doni e P.A. Mori, *Appalti pubblici e discrezionalità: problemi e soluzioni secondo la teoria economica*, in *Le gare pubbliche: il futuro di un modello*, cit., 41 ss., i quali evidenziano che nel momento in cui le innovazioni sono in costante fermento e le imprese, in quanto attori diretti dell'innovazione, sono i soggetti più consapevoli sulle caratteristiche dei prodotti, il modello di definizione *ex ante* di ogni dettaglio della commessa è sempre più impraticabile (così a p. 41).

²³⁴ F. Gambardella, *Le regole del dialogo e la nuova disciplina dell'evidenza pubblica*, cit., 129.

²³⁵ R. Dipace, *Le procedure di scelta del contraente e i criteri di aggiudicazione*, in *I contratti di appalto pubblico*, a cura di C. Franchini, Torino, Utet, 2010, 601 ss., spec. 624-625. In tal senso può essere utile richiamare A. Angiuli, *Contratto pubblico e sindacato del Giudice Amministrativo*, in *Annuario AIPDA 2009*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2010, 75 ss., laddove afferma che i contratti amministrativi sono mutati nelle loro configurazioni, giacché le procedure competitive e più in generale quelle che prevedono la partecipazione attiva dell'amministrazione e degli operatori economici consentono di fissare un «punto di convergenza tra interesse pubblico e interessi privati», ovvero permettono di definire l'interesse pubblico in concreto non solo a monte, ma anche durante la gara.

²³⁶ G.D. Comporti, *Introduzione: dal potere discrezionale alle scelte negoziali*, cit. Per l'A. l'adozione di modelli flessibili di negoziazione consentirebbe all'evidenza pubblica di divenire vero e proprio procedimento amministrativo. Al contrario l'automatizzazione della procedura fa dell'evidenza pubblica un procedimento solo nel *nomen*, giacché nei fatti non è un luogo né di emersione né di contrasto dei diversi interessi delle parti (11-12).

²³⁷ G.D. Comporti, *Problemi e tendenze*, cit., 602.

²³⁸ M. Ricchi, *Negoaction, discrezionalità e dialogo competitivo*, in *Le gare pubbliche: il futuro di un modello*, cit., 145 ss., spec. 155.

dimensione “politica” (e per quanto si è detto doverosa) entra nel procedimento di gara non come una invariante ma come un obiettivo che guida e «polarizza la discrezionalità»²³⁹. In questo modello, si aggiunge, l’interesse pubblico costituirà un vincolo non già in negativo ma in positivo, che non limita la discrezionalità amministrativa se non verso un obiettivo: fatto questo che null’altro è se non principio di legalità e funzionalizzazione.

4.2. Digressione sulla impugnabilità dei bandi di gara. Prime brevi riflessioni sull’unitarietà della vicenda contrattuale

Rimane da svolgere un ultimo approfondimento. Considerato l’esiguo impiego delle procedure negoziate, sia concesso di concentrarsi sulle sole ipotesi in cui l’interesse pubblico e le regole di gara sono definite *ex ante* dall’amministrazione.

Come si è detto, la doverosità della considerazione dell’interesse pubblico allo sviluppo sostenibile implica che le regole poste dalla *lex specialis* di gara e dagli atti ad essa annessi (disciplinare di gara, capitolato speciale, etc.) recepiscano, traducendola in prescrizioni puntuali, la ponderazione sugli interessi svolta a monte dalla stazione appaltante sulla base dei principi di proporzionalità e ragionevolezza. Senonché, come osservato dalla dottrina d’oltralpe, le incertezze vi sono e risiedono «*dans l’insuffisante sanction de l’obligation faite aux acheteurs publics de prendre en considération le développement durable dès le stade de la définition de leur besoin*»²⁴⁰.

Poiché l’adeguatezza del bilanciamento si risolve in astratto in un giudizio sulla legittimità degli atti di indizione della gara, vi è qui da chiedersi quali siano i limiti che l’ordinamento vigente pone in relazione alla loro impugnazione: d’altronde, in dottrina si è sostenuto che risulti viziata per eccesso di potere la determinazione che, dovendo perseguire lo sviluppo sostenibile, non abbia effettuato «un adeguato vaglio dei vari “interessi pubblici e privati”»²⁴¹.

Il quesito si pone in primo luogo sul fronte dell’immediata impugnazione degli atti di gara, specie del bando. La centralità e la doverosità della considerazione ambientale e sociale potrebbero indurre a ritenere “doverosa” l’immediata contestazione della *lex specialis* che non rifletta un’equa e ponderata considerazione di tutti gli interessi secondari rilevanti nella singola vicenda.

Il primo interrogativo investe in parte il tema della legittimazione oggettiva²⁴² ed in

²³⁹ *Ibidem*.

²⁴⁰ P. Idoux, *La commande publique au service du développement durable*, cit., 119.

²⁴¹ F. Fracchia, *Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell’altro tra protezione dell’ambiente e tutela della specie umana*, cit., 229.

²⁴² In merito, fondamentale è il rinvio a V. Cerulli Irelli, *Legittimazione “soggettiva” e legittimazione “oggettiva” ad agire nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 2, 341 ss.

particolare il problema relativo all'impugnabilità, da parte della generalità dei consociati, degli atti di gara che non abbiano tenuto in considerazione gli impatti ambientali e sociali (anche solo potenziali) dell'appalto.

A favore dell'impugnabilità del bando di gara potrebbe essere valorizzato il Considerando 122 della direttiva 2014/24/UE, ai sensi del quale “i cittadini, i soggetti interessati, organizzati o meno, e altre persone o organismi che non hanno accesso alle procedure di ricorso di cui alla direttiva 89/665/CEE hanno comunque un interesse legittimo in qualità di contribuenti a un corretto svolgimento delle procedure di appalto”. Inoltre, qualche altra considerazione *de iure condendo* potrebbe farsi derivare dalle affermazioni della dottrina estera, secondo cui lo sviluppo sostenibile, o, meglio, la sua violazione dovrebbe costituire una «*independent legal cause of action*»²⁴³.

Ciononostante, la soluzione negativa pare la più verosimile per le ragioni che seguono.

L'una è quella attinente all'attuale interpretazione che la giurisprudenza assolutamente maggioritaria accorda alla legittimazione ad agire a tutela del bene ambiente. Per quanto la dottrina si sia sforzata di cercare di riconoscere in capo al singolo cittadino la legittimazione ad agire in sede processuale contro atti lesivi dell'ambiente²⁴⁴, l'attuale orientamento della giurisprudenza permane infatti tendenzialmente univoco nell'accordare il diritto d'azione alle sole associazioni che, in applicazione del criterio della *vicinitas*, perseguano statutariamente in modo non occasionale obiettivi di tutela ambientale, che abbiano un adeguato grado di rappresentatività e stabilità e che svolgano la propria attività in un'area di afferenza ricollegabile alla zona in cui è situato il bene a fruizione collettiva che si assume leso²⁴⁵.

Vi è poi da rilevare che anche a considerarsi l'ipotesi in cui parte ricorrente sia l'associazione ambientalista, il mero requisito della *vicinitas* non sarebbe sufficiente a

²⁴³ K.W. Junker, *The progression of the sustainability concept in environmental law*, in *Umwelt und Gesundheit Online*, 2012, 5, 13 ss., spec. 19.

²⁴⁴ Sul punto, senza pretesa di esaustività, si v. M. Calabrò, *La legittimazione ad agire a tutela delle risorse ambientali: la prospettiva dei beni comuni*, in *Dir. Soc.*, 2016, 4, 807 ss.; F. Giglioni, *La legittimazione processuale attiva per la tutela dell'ambiente alla luce del principio di sussidiarietà orizzontale*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 1, 413 ss. Per A. Cioffi, *L'ambiente come materia dello Stato e come interesse pubblico. Riflessioni sulla tutela costituzionale e amministrativa, a margine di Corte Cost. n. 225 del 2009*, in *Riv. giur. amb.*, 2009, 6, 970 ss., si configurerebbe un interesse individuale all'ambiente, o, meglio, «un interesse legittimo a base civica e personale», con l'ulteriore specificazione che «la legittimazione al ricorso è duplice, avendo ad oggetto due interessi: l'interesse della persona alla vita e l'interesse del cittadino al bene ambiente. Questo è possibile grazie alla configurazione unitaria data al bene dalla sentenza n. 225 del 2009: dacché l'ambiente è interesse alla “conservazione”, affidato allo Stato, è interesse pubblico, comprendente la biosfera e la vita delle persone e di tutti gli appartenenti alla comunità. Dal che viene un suo preciso riflesso soggettivo: quell'interesse è garantito a tutti, come persone e come cittadini».

²⁴⁵ Così, Tar Lazio, Roma, sez. III, 15 gennaio 2019, n. 500; *ex multis* cfr. Tar Lazio, Latina, sez. I, 13 novembre 2018, n.584; Cons. St., sez. VI, 12 giugno 2015, n. 2894; sez. V, 17 ottobre 2012, n. 5295. In dottrina si v. M. Calabrò, *Sui presupposti della legittimazione ad agire delle associazioni ambientaliste*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2003, 2, 412 ss.

legittimare l'impugnazione degli atti di gara, essendo essa piuttosto una prerogativa dei soggetti partecipanti (o interessati alla partecipazione) nella procedura di gara²⁴⁶.

Ciò posto, vi è allora da considerare l'ipotesi in cui la parte ricorrente sia un operatore economico partecipante o interessato alla partecipazione nella gara.

In tal caso, l'immediata impugnazione del bando di gara è legittima nei limiti di recente stabiliti (*rectius*, riconfermati) dall'adunanza plenaria del Consiglio di Stato del 26 aprile 2018, n. 4²⁴⁷.

Il massimo consesso amministrativo ha infatti affermato, in piena adesione all'interpretazione via via più estensiva fornita in più occasioni dall'adunanza plenaria²⁴⁸, che l'immediata impugnazione degli atti di gara può essere esperita solo nei confronti delle clausole "escludenti", ovvero di quelle: a) che impongono, ai fini della partecipazione, oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della procedura concorsuale²⁴⁹; b) che rendano la partecipazione incongruamente difficoltosa o addirittura impossibile²⁵⁰; c) che contengano disposizioni abnormi o irragionevoli che rendano impossibile il calcolo di convenienza tecnica ed economica ai fini della partecipazione alla gara, ovvero prevedano abbreviazioni irragionevoli dei termini per la presentazione dell'offerta²⁵¹; d) che recano condizioni negoziali che rendano il rapporto contrattuale eccessivamente oneroso e obiettivamente non conveniente²⁵²; e) che prevedono clausole impositive di obblighi *contra ius*²⁵³; f) che contengono gravi carenze nell'indicazione di dati essenziali per la formulazione dell'offerta, ovvero che presentino formule matematiche del tutto errate²⁵⁴; g) che indicano i costi della sicurezza "non soggetti a ribasso"²⁵⁵.

Ciò significa che la legittimazione all'impugnazione immediata degli atti di gara che non tengano correttamente conto degli interessi ambientali e sociali è riconosciuta nei limiti in cui quell'errato bilanciamento si risolva in un danno immediato e diretto alla

²⁴⁶ Per una proposta in relazione alla legittimazione delle associazioni ambientali a sollecitare il committente pubblico ad ottemperare ai suoi doveri di vigilanza sull'operato dell'appaltatore laddove quest'ultimo ponga in essere attività lesive dell'interesse di cui sono portatrici le associazioni, si v. S. Vinti, *Limiti funzionali all'autonomia negoziale*, cit., 589.

²⁴⁷ Su cui si v. i commenti di A. Meale, *La legittimazione all'impugnazione della "lex specialis"*, in *Urb. app.*, 2018, 6, 795 ss. e di T. Sabrina, *Brevi note sulla fine della parabola del "revirement" giurisprudenziale sull'onere di immediata impugnazione delle clausole del bando "non escludenti"*, in *Foro amm.*, 2018, 3, 331 ss.

²⁴⁸ Cfr. Cons. St., ad. plen., 29 gennaio 2003, n. 1; 7 aprile 2011, n. 4; 25 febbraio 2014, n. 9.

²⁴⁹ Cfr. Cons. St., sez. IV, 7 novembre 2012, n. 5671.

²⁵⁰ Cfr. Cons. St., ad. plen., 29 gennaio 2003, n. 3.

²⁵¹ Cfr. Cons. St., sez. V, 24 febbraio 2003, n. 980.

²⁵² Cfr. Cons. St., sez. V, 21 novembre 2011, n. 6135; sez. III, 23 gennaio 2015, n. 293.

²⁵³ Cfr. Cons. St., sez. II, 19 febbraio 2003, n. 2222.

²⁵⁴ Ad esempio, quelli relativi al numero, qualifiche, mansioni, livelli retributivi e anzianità del personale destinato ad essere assorbiti dall'aggiudicatario o come quelle per cui tutte le offerte conseguono comunque il punteggio di "0".

²⁵⁵ Cons. St., sez. III, 3 ottobre 2011, n. 5421.

partecipazione o alla capacità di presentare l'offerta. In quest'ottica, pertanto, la tutela delle esigenze connesse allo sviluppo sostenibile troverebbe tutela solo mediata, ovvero nei limiti in cui la violazione del dovere di tenere in considerazione e di bilanciare i vari interessi in gioco si risolva in un'irragionevole compressione della concorrenza.

Qualche utile considerazione può forse trarsi dall'art. 211, comma 1-*bis*, del d.lgs. n. 50/2016, disposizione che legittima l'ANAC ad agire in giudizio per l'impugnazione dei bandi, degli altri atti generali e dei provvedimenti relativi a contratti di rilevante impatto, posti in violazione delle norme in materia di contratti pubblici. Ciò che desta maggiore interesse è che laddove sia riconosciuto il carattere di "rilevante impatto" del contratto²⁵⁶, l'ANAC potrà impugnare tutti gli atti prodromici alla (e di indizione della) gara²⁵⁷ e per questa via potrebbe (forse) farsi promotrice della tutela delle plurime finalità sottese al contratto.

Ciò detto in relazione all'immediata contestazione della *lex specialis*, è invece questione più semplice quella relativa all'impugnazione, da parte dei concorrenti non aggiudicatari, del provvedimento terminale della procedura e degli atti presupposti, poiché, come osservato in dottrina, l'interesse a ricorrere, ovvero l'utilità che si pretende di trarre dall'accoglimento del ricorso contro l'aggiudicazione, è "quasi" *in re ipsa*²⁵⁸.

Un accenno deve essere fatto al diverso tenore che possono assumere, in astratto, le violazioni dello sviluppo sostenibile nelle difese di parte.

A tal fine può porsi la distinzione fra le infrazioni "per eccesso" e quelle "per difetto", ossia derivanti dall'introduzione di prescrizioni che o tengono eccessivamente conto della sostenibilità, così producendo effetti discriminatori, o che omettono l'adeguata considerazione dei fattori ambientali e sociali, laddove ciò sarebbe stato altrimenti possibile²⁵⁹.

Queste ultime paiono le più complesse da dimostrare per due motivi. Da un lato,

²⁵⁶ Ai sensi dell'art. 3 del Regolamento adottato dall'ANAC con delibera del 13 giugno 2018, il rilevante impatto del contratto è definito su base quantitativa – ovvero, il numero anche potenziale degli operatori coinvolti o il valore dell'appalto (lavori di importo pari o superiore a 15 milioni di euro ovvero servizi e/o forniture di importo pari o superiore a 25 milioni di euro) – qualitativa – ovvero, contratti relativi ad interventi disposti in occasioni particolari (grandi eventi di carattere sportivo, religioso, culturale o a contenuto economico, calamità naturali) o per la realizzazione di grandi infrastrutture strategiche o aventi particolare impatto sull'ambiente, il paesaggio, i beni culturali, il territorio, la salute, la sicurezza pubblica o la difesa nazionale – nonché su presupposti avulsi dall'oggetto contrattuale (la riferibilità alla stazione appaltante di fattispecie criminose, situazioni anomale o sintomatiche di condotte illecite).

²⁵⁷ Cfr. art. 4 della delibera dell'ANAC del 13 giugno 2018.

²⁵⁸ Cfr. G. Veltri, *Immediata impugnazione dei bandi di gara: regole, eccezioni, fermenti giurisprudenziali*, in *Giur. it.*, 2013, 4, 955 ss., per il quale «il ricorrente che al momento della mancata aggiudicazione impugna le clausole del bando "non escludenti" non è vincolato dalla correlazione tra clausole e mancata aggiudicazione non dovendo dimostrare un rapporto di causalità tra effetto lesivo e *lex gara*» (p. 961).

²⁵⁹ In tal senso si v. F. Gaverini, *L'inserimento di clausole "verdi" nelle procedure contrattuali pubbliche*, cit., 112-113.

perché la loro valutazione implicherebbe una complessa indagine sulla correttezza dell'*iter* istruttorio/decisorio condotto dalla stazione appaltante nel fare emergere e nel dare rilevanza all'interesse dello sviluppo sostenibile, ove i confini con il merito amministrativo – che è insindacabile²⁶⁰ – sarebbero molto labili; dall'altro lato, perché il disinteressamento per le clausole ambientali e sociali, nei limiti in cui vi sia però stata ottemperanza ai vincoli legislativi, porterebbe ad una maggiore estensione dell'accesso alla procedura di gara, che si è detto essere anch'esso un interesse pubblico²⁶¹.

A ben vedere, la lettura a contrario di quest'ultimo assunto potrebbe giustificare, non a torto, la percezione di una maggiore praticabilità del sindacato sulle violazioni “per eccesso”. D'altronde, se l'aumento delle prescrizioni *green* e *social* implica quasi inevitabilmente una contrazione del mercato di riferimento, quegli operatori economici esclusi saranno legittimati ad impugnare le clausole escludenti contenute nel bando di gara.

La disciplina vigente riconosce peraltro un parametro di riferimento per la valutazione dell'illegittimità della prescrizione ambientale e/o sociale.

Difatti, come si è cercato di evidenziare a più riprese (*supra* §3 ss.), tanto la direttiva 2014/24/UE quanto il d.lgs. n. 50/2016 stabiliscono diffusamente che le specifiche tecniche, le condizioni contrattuali, i requisiti speciali e i *sub*-criteri di valutazione dell'offerta siano collegati con l'oggetto del contratto. È attorno all'oggetto contrattuale che gravitano (*rectius*, dovrebbero gravitare) pertanto i giudizi sulla ragionevolezza e sulla proporzionalità delle decisioni assunte a monte della procedura (cfr. art. 68, comma 1, e art. 83, comma 2). Con la conseguenza che è l'assenza di connessione con la prestazione richiesta a dover determinare l'illegittimità della clausola, non già (*sic et simpliciter*) il fatto che la clausola comporti una restrizione della concorrenza. Non a caso, parte (o meglio, per riconoscerne i meriti, una piccola e minoritaria parte) della dottrina ha affermato che l'interesse alla partecipazione sia un *posterius* rispetto agli altri interessi che l'amministrazione persegue attraverso l'acquisto²⁶².

Una specificazione questa che può aiutare a comprendere perché per la dottrina appena richiamata le regole che fissano l'assetto degli interessi dovrebbero essere contestabili da parte degli operatori economici solo sotto il profilo «della ragionevolezza,

²⁶⁰ Sul tema della progressiva dissoluzione del merito inteso come area di insindacabilità, si v. F. D'Angelo, *Esiste ancora il merito amministrativo?*, in *Concetti tradizionali del diritto amministrativo e loro evoluzione*, a cura di A. Carbone e E. Zampetti, Napoli, Jovene, 2018, 139 ss. e A. Romano Tassone, *Sulle vicende del concetto di «merito»*, in *Dir. amm.*, 2008, 3, 517 ss.

²⁶¹ Altro è invece il discorso riferibile al mancato recepimento nei bandi di gara dei CAM obbligatori. Utile osservare quanto emerge dalle indagini statistiche, ovvero che nell'anno 2017 ventidue Comuni su quaranta (55%) non ha applicato alcun CAM in nessuna categoria merceologica (cfr. il report “*Primo report di monitoraggio sull'applicazione dei criteri ambientali minimi nelle procedure di approvvigionamento dei Comuni appartenenti all'Associazione Comuni Virtuosi*”, realizzato da “Punto 3” e dall'“Associazione dei Comuni Virtuosi, presentato alla Camera dei Deputati il 12 febbraio 2019).

²⁶² Così, S. Torricelli, *Disciplina dei contratti ed esternalizzazioni sostenibili*, cit., 23-24.

dell' idoneità della regola rispetto all' interesse perseguito» e non già in relazione alla proporzionalità della misura rispetto alla compressione di un preteso interesse privato a partecipare alla gara. Detto altrimenti, se non si va errando, la scelta ragionevole (perché logica e razionale) ma sproporzionata rispetto all' interesse alla partecipazione è comunque legittima, perché la massima apertura rappresenterebbe solo la risultante di una scelta politica²⁶³. Si tratta di una condivisibile interpretazione, che, a ben vedere, è conciliabile anche con la qualifica “pubblicistica” dell' interesse alla massima partecipazione recata dall' art. 83 del d.lgs. n. 50/2016, perché così inteso esso si risolve comunque in uno degli interessi pubblici la cui ponderazione definisce l' interesse in concreto perseguito.

Merita poi di essere evidenziato che il riferimento operato dalla menzionata dottrina al principio di ragionevolezza impone di considerare l' istruttoria (ovvero la corretta individuazione delle esigenze, dei fatti e degli interessi rilevanti)²⁶⁴ come un *prius*. Una prospettiva questa nel cui solco può essere inserita l' idea che, onde evitare un' eccessiva restrizione della concorrenza, la scelta di promuovere la sostenibilità nel (e del) contratto dovrebbe indurre l' amministrazione a svolgere una preventiva istruttoria sulla diffusione del criterio ambientale/sociale richiesto e a privilegiarne l' inclusione fra i *sub*-criteri del rapporto qualità/prezzo tutte le volte in cui sia dimostrato lo scarso possesso del requisito²⁶⁵. Una volta esperita l' istruttoria, l' inserimento del criterio ambientale o sociale fra le clausole il cui mancato possesso conduce all' esclusione o fra quelle il cui possesso attribuisce solo un punteggio dovrebbe essere intesa, se ragionevole rispetto all' interesse concretamente perseguito, come scelta attinente al merito, tenuto conto che, per concludere con le parole della dottrina a cui si è fatto ampio riferimento, «gli acquisti sono fatti per soddisfare esigenze pubbliche e non direttamente gli appetiti delle imprese»²⁶⁶.

Quanto precede consiglia di richiamare quanto si è detto in relazione alla funzionalizzazione e alla finalizzazione: mentre la prima è qualcosa di imprescindibile perché lo scopo istituzionale precede logicamente la creazione dell' ente, la finalizzazione è carattere accessorio e postumo, che può investire, per l' appunto *ex post*, l' ente e la sua attività. La finalizzazione allo sviluppo sostenibile impone all' amministrazione di tenere in considerazione alcuni interessi (doverosità), con la precisazione che la conformazione dell' appalto rispetto alle esigenze ambientali o sociali non può essere tale da sviare il

²⁶³ *Ivi*, 24. Per l' A., infatti, «il grado di incidenza delle regole sull' aspirazione alla partecipazione, in termini di proporzionalità, non è parametro di controllo, perché attratto al merito», con la conseguenza che «emerge allora, dal complesso dell' attività tecnica di gestione della contrattazione, una fase marcatamente politica».

²⁶⁴ Cfr. R. Ferrara, *Introduzione al diritto amministrativo*, Roma-Bari, Laterza, 2014, 193, per il quale la distinzione fondamentale fra ragionevolezza e proporzionalità sta proprio nel fatto che la prima attiene «al procedimento, all' iter procedimentale, e dunque soprattutto all' istruttoria del procedimento».

²⁶⁵ Così, F. Gaverini, *L' inserimento di clausole “verdi” nelle procedure contrattuali pubbliche, tra merito e discrezionalità*, cit., 120-121.

²⁶⁶ S. Torricelli, *Disciplina dei contratti ed esternalizzazioni sostenibili*, cit., 25.

contratto «dalla finalità che gli è propria, o comunque da sovvertire il fine primo che muove l'amministrazione ad agire»²⁶⁷.

Il che consiglia di ribadire che, se è opportuno parlare di doverosità della considerazione dell'interesse allo sviluppo sostenibile e di doverosità dell'adeguatezza del bilanciamento delle sue componenti interne, la garanzia rispetto all'adempimento di quei doveri difficilmente passerà attraverso le impugnazioni di parte. Trattandosi pertanto di questioni legate all'efficienza-efficacia dell'azione amministrativa, i sistemi di garanzia devono trovare le più opportune sedi nei due momenti che, rispettivamente, precedono e seguono la vicenda contrattuale: l'uno è quello della specializzazione (e contenimento) delle stazioni appaltanti; l'altro è quello conclusivo dell'accettazione, collaudo e valutazione del risultato dell'azione amministrativa. Un aspetto quest'ultimo che restituisce una prima immagine dell'unitarietà della vicenda contrattuale e che suggerisce l'idea che l'attenzione dell'interprete dovrebbe svincolarsi dall'attribuire eccessiva centralità al momento dell'aggiudicazione (*supra* §1.1.). D'altronde, se a fianco dello scopo proprio dell'amministrazione e al tradizionale interesse alla concorrenza si va imponendo una pluralità di altri interessi che in ragione del loro "oggetto" (ambiente, sociale e occupazione) presentano un carattere necessariamente pervasivo sulla fase esecutiva²⁶⁸ – perché il loro apprezzamento e la loro soddisfazione non si esauriscono nella fase dell'evidenza pubblica (ovvero con l'aggiudicazione)²⁶⁹ – si deve allora ammettere che la specificazione e l'adempimento degli obiettivi individuati dall'amministrazione debba avvenire all'interno di quella che è stata correttamente definita un'unitaria vicenda contrattuale²⁷⁰, con tutto ciò che un tale approccio può comportare sulla persistente pretesa di una divisione dicotomica del medesimo episodio di funzione amministrativa²⁷¹.

²⁶⁷ C. Colosimo, *L'oggetto del contratto, tra tutela della concorrenza e pubblico interesse*, cit., 104. Si consideri a tal riguardo quanto si è detto *supra*, §3.2. lett. d) e f).

²⁶⁸ Cfr. G.D. Comporti, *La nuova sfida delle direttive europee*, cit., 5.

²⁶⁹ In merito alla poliedricità degli interessi pubblici che caratterizzano il contratto di appalto pubblico, alla loro rilevanza anche nella fase esecutiva e all'accentuazione dei profili di discrezionalità nell'intera vicenda contrattuale, si v. G. Crepaldi, *L'esecuzione del contratto*, in *Autorità e consenso nei contratti pubblici*, a cura di C.E. Gallo, Torino, Giappichelli, 2017, 135 ss.; A. Cicchinelli, *L'esecuzione dei contratti e la tutela dell'ambiente*, in *Giustamm.it*, 2016, 2; A. Lamorgese, *La rilevanza pubblica dell'esecuzione del contratto di appalto con la pubblica amministrazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 4, 642 ss.; R. Cavallo Perin e G.M. Racca, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2010, 2, 325 ss.

²⁷⁰ Così M. Dugato, *Organizzazione delle amministrazioni aggiudicatrici*, cit., 680 ss.; in tal senso anche A. Angiuli, *Contratto pubblico e sindacato del Giudice Amministrativo*, cit., 111.

²⁷¹ Per G.D. Comporti, *La nuova sfida delle direttive europee*, cit., 37, «la vera sfida del domani risiede soprattutto nel modo in cui si disegna la gara e nella mentalità con cui ci si prepara a governare il confronto con gli operatori ed a seguirne gli sviluppi fino alla realizzazione della prestazione» (p. 37).

5. Funzionalizzazione e autotutela. La scansione bifasica della vicenda contrattuale: problemi e prospettive di ricerca

Scopo del prosieguito dello studio è quello di superare la tradizionale visione dicotomica della complessiva struttura contrattuale, cercando di evidenziare i profili di unitarietà interna (delle discipline applicabili) e dell'unitarietà esterna (intesa come collegamento funzionale fra le fasi della vicenda contrattuale).

Prima di procedere è però necessario specificare il perché della decisione di limitare l'ambito di indagine ai soli poteri di autotutela che intervengono tanto nella fase che precede la stipula quanto in quella successiva.

Il presupposto rispetto alla scelta qui operata è quello descritto nel presente capitolo. L'appalto non è funzionale ad un interesse egoistico dell'amministrazione, ma è funzionalizzato all'interesse pubblico definito in concreto, ovvero al perseguimento dell'interesse pubblico istituzionale e del multiforme interesse secondario allo sviluppo sostenibile. È per questo motivo che si è ritenuto dirimente condurre lo studio sul superamento della dicotomia interna ed esterna alle singole fasi muovendo proprio da quegli atti che possono vanificare i risultati che le pubbliche amministrazioni sono oggi chiamate doverosamente a conseguire attraverso l'appalto pubblico. Bastino tre interrogativi per confermare l'assunto.

Se il nuovo *imprinting* delle commesse pubbliche deve (anche se solo indirettamente) forzare il modo "di essere" e "di produrre" delle imprese, quale operatore economico sarebbe incentivato a cambiare la propria struttura e produzione se egli sa che l'amministrazione con cui contratta è sottratta, in ragione dello statuto pubblicistico, al regime della responsabilità precontrattuale (*infra* cap. II, sez. I)? Ancora, quale stimolo avrebbe l'imprenditore a conformare la propria attività se egli è chiamato ad eseguire l'appalto a favore di un'amministrazione che, in ragione di un preteso statuto eminentemente privatistico, potrebbe sciogliersi dal vincolo senza motivare la propria scelta (*infra* cap. II, sez. II)? E, infine, guardando a quei due esempi ma dall'ottica ordinamentale e del cittadino, quale credibilità avrebbe (ovvero quanto sarebbe utopistico) il sistema finora delineato?

Il che desta al contempo un duplice interesse, perché quelle criticità che potrebbero inficiare la pretesa governabilità degli interessi pubblici tramite il contratto di appalto originano proprio da una pretesa e tratizia diversità dei regimi applicabili nelle fasi in cui l'autotutela è esercitata.

Ebbene a volersi fornire qualche prima coordinata per orientare lo studio, può anticiparsi quanto segue.

È nota la qualificazione delle vicende contrattuali ad evidenza pubblica come fattispecie bifasiche. Sicura ne è la maggior parte della dottrina. Altrettanto lo è la

giurisprudenza, o meglio, lo sono le due giurisdizioni competenti. Specificazione quest'ultima necessaria perché evidenzia un primo dato, sul quale si tornerà in chiusura della trattazione, ovvero che alla struttura bifasica corrisponde una divisione delle giurisdizioni chiamate a pronunciarsi sui singoli frammenti.

La prima fase, quella dell'evidenza pubblica, è tradizionalmente definita come pubblicistica e la cognizione della materia è affidata dall'art. 133, comma 1, lett. e), n. 1, d.lgs. n. 104/2010 alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, che si estende anche alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione ed alle sanzioni alternative. La seconda fase, quella che si situa "a cavallo" della stipula del contratto (si capirà nel cap. III, §3, il perché di quella espressione), è invece qualificata come privatistica e la sua cognizione è (di regola) attribuita al giudice civile, fatte salve le ipotesi di cui all'art. 133, comma 1, lett. e), n. 2, del d.lgs. n. 104/2010.

La qualifica pubblicistica o privatistica non ha affatto valenza nominalistica, perché, come chiaramente affermato in una nota pronuncia della Corte costituzionale, essa descrive sinteticamente il diverso *modus agendi* tenuto dalla stazione appaltante nella vicenda contrattuale: autoritativo nella prima fase, ove l'amministrazione agisce «secondo predefiniti moduli procedimentali di garanzia per la tutela dell'interesse pubblico», privatistico nella seconda, ove «l'amministrazione si pone in una posizione di tendenziale parità con la controparte ed agisce non nell'esercizio di poteri amministrativi [...]»²⁷².

Ora, se, come si è detto, tutta l'attività della pubblica amministrazione è funzionalizzata, a volersi identificare solo una delle possibili ricadute di questo assunto si dovrebbe ammettere che anche nella fase esecutiva l'azione amministrativa mantenga quello stesso carattere. Un dato, si potrebbe dire, scontato: ma non è così.

È stessa sentenza della Corte costituzionale poc'anzi citata, infatti, a statuire (con l'eco di buona parte della dottrina) ciò che prima si è volutamente taciuto, ovvero che l'amministrazione nella fase privatistica agisce «[...] nell'esercizio della propria autonomia negoziale». Non vi è chi non veda come autonomia e funzionalizzazione rappresentino termini discordanti, quest'ultima essendo piuttosto riconducibile al concetto (e alle forme) della discrezionalità amministrativa: ma qui occorre fermarsi, perché dilungarsi sul punto anticiperebbe rilievi che invece meriterebbero (e perciò avranno) ben più ampia trattazione (*infra* cap. II, sez. II).

²⁷² C. cost., 23 novembre 2007, n. 401.

CAPITOLO II

DALLA DICOTOMIA ALL'UNITARIETÀ DELLA VICENDA CONTRATTUALE

Sezione I

L'evidenza (è) pubblica, ma non solo. La fase di formazione progressiva del contratto tra autotutela e responsabilità precontrattuale

SOMMARIO: **1.** Le ragioni della natura pubblicistica della fase prodromica al contratto.

1.1. *Brevi note sulla grande pubblicizzazione italiana della prima metà del '900;*

1.2. *Il superamento della contrapposizione e la concezione gianniniana della scansione bifasica.* **2.** L'interpretazione più recente. Verso il superamento della dicotomia? **3.** Digressione sui poteri di autotutela esercitabili nella fase di evidenza pubblica. **4.** La responsabilità precontrattuale nella fase dell'evidenza pubblica. Considerazioni sulla disciplina e sull'interpretazione dell'art. 1337 c.c.;

4.1. *Profili generali della responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione. Dall'esclusione alle sue prime affermazioni;* **4.2.** *Un passo avanti e due indietro: responsabilità precontrattuale, un insegnamento tradito, ma oramai tradito;* **4.3.** *La sentenza dell'Adunanza plenaria n. 5/2018. Alcune considerazioni a margine dell'estensione dell'area della responsabilità precontrattuale;* **4.4.** *La duplice natura pubblico-privata della fase di scelta del contraente. Dalla critica alla ricomposizione dell'argomentazione della plenaria, ripartendo dalle sentenze nn. 3831/2013 e 15260/2014 del Consiglio di Stato e della Corte di cassazione.* **5.** L'unitarietà dei regimi applicabili nella fase dell'evidenza "pubblica". Le trattative e il futuro della negoziazione in sede di gara.

Sezione I

L'evidenza (è) pubblica, ma non solo. La fase di formazione progressiva del contratto tra autotutela e responsabilità precontrattuale

1. Le ragioni della natura pubblicistica della fase prodromica al contratto

Il capitolo precedente si concludeva con un richiamo alla dicotomia interna alle singole fasi della vicenda contrattuale.

Che oggi giorno la prima fase abbia connotazione pubblicistica è fatto ampiamente noto. Se non altro perché il comma ottavo dell'art. 30 del d.lgs. n. 50/2016 prevede che, al di fuori di quanto previsto dal Codice e dai suoi 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".

Ma non è sempre stato così. Anzi l'inquadramento pubblicistico della fase di scelta del contraente è stato finanche (seppur parzialmente) escluso da autorevoli voci dottrinali. Di ciò è bene dare conto, perché il comprendere le ragioni della natura delle due fasi¹ è fatto prodromico al primo fine dello scritto, ovvero a quello di ricercare un'unitarietà sistematica nel settore considerato.

Vi è allora un dato da cui ripartire e cioè che il fine originario dell'evidenza pubblica è stato quello di garantire l'interesse esclusivo dell'amministrazione.

Nel primo capitolo questo aspetto è stato considerato in contrapposizione alla proliferazione dei fini pubblici perseguibili (*rectius*, da perseguire) con il contratto di appalto: non solo quello economico ad esclusivo vantaggio della p.a., ma anche lo sviluppo dell'impresa, la promozione ambientale, sociale e delle migliori condizioni di lavoro.

Sotto il profilo qui indagato, invece, il fine della contabilità pubblica rileva poiché ha di fatto precluso una piena tutela del privato interessato a partecipare (o finanche del partecipante) alla gara². Certa e stabile era infatti l'affermazione tesa a disconoscere la

¹ Sul punto si v. in particolare l'ampia e approfondita ricostruzione di G. Greco, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato. I contratti ad evidenza pubblica*, Milano, Giuffrè, 1986, 15-47.

² Si consideri ad esempio che sotto la vigenza degli artt. 68 e 89 del r.d. 23 maggio 1924, n. 827, le procedure ristrette si connotavano per l'amplissima discrezionalità della stazione appaltante in ordine alle imprese da invitare: una discrezionalità che, stando al disposto dell'art. 68, diveniva mero arbitrio. Il secondo comma dell'art. 68 stabiliva, infatti, che "la amministrazione ha piena ed insindacabile facoltà di escludere dall'asta qualsiasi concorrente senza che l'escluso possa reclamare indennità di sorta, né pretendere che gli siano rese note le ragioni dell'esclusione". Si veda però Tar Campania, Napoli, 4 novembre 1987, n. 599, in *Foro amm.*, 1988, 4, 1136: «anche se, per gli art. 89 e 68 comma 2, r.d. 23 maggio 1924 n. 827, l'amministrazione ha insindacabile facoltà di escludere dalle gare per l'aggiudicazione di contratti qualsiasi concorrente, è tuttavia illegittimo il relativo provvedimento se immotivato». Cfr. R. De Nictolis, *Le procedure di affidamento*, in *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, I, a cura di R. De Nictolis,

titolarità di posizioni giuridiche soggettive in capo ai candidati e ai concorrenti³.

In soccorso neppure valeva il rinvio alla disciplina civilistica del contratto poiché, come correttamente osservato, ciò avrebbe riconfermato quanto si voleva escludere. La formazione della volontà contrattuale secondo una prospettiva esclusivamente privatistica si ancorava infatti al concetto di autonomia, il che escludeva qualsiasi forma di controllo giudiziale sulla scelta dell'ammissione e/o dell'esclusione dei partecipanti⁴: d'altronde la disciplina della responsabilità precontrattuale, poi recata dagli artt. 1337 e 1338 c.c., era ancora lungi dal venire positivizzata.

Data l'assenza di tutela per gli operatori economici – si ripete, quella non essendo garantita dalla legge di contabilità né invocabile secondo gli schemi privatistici – la dottrina di inizio Novecento ebbe gioco facile nell'ancorare la sequela procedimentale della scelta del contraente alle dinamiche pubblicistiche.

Quelle che precedono sono conclusioni tributarie dell'elaborazioni di Cammeo e di Forti, a cui a buon titolo può essere attribuito il “merito” di aver delineato per la prima volta la scansione bifasica della vicenda contrattuale⁵. Esse, è bene evidenziarlo, attingono anche dagli studi d'oltralpe svolti sul tema dei *contrats administratifs*, ma da questi se ne distinguono per un dato affatto secondario. Comune era l'accettazione della teoria dei cosiddetti *actes détachables*⁶ finalizzata a consentire l'impugnazione degli atti che precedono (e che sono per l'appunto separati dal) contratto; differente, invece, era invece la conclusione relativa alla scansione bifasica (intesa come distinzione di discipline applicabili), essendo ammessa nell'ordinamento italiano e al contrario esclusa in quello francese.

L'inquadramento pubblicistico della disciplina dell'evidenza pubblica più che derivare da una chiara opzione teorica, costituiva pertanto una mera risposta ad una lacuna ordinamentale. Con la conseguenza che le dimostrazioni della fondatezza dell'esclusione della riconducibilità della fase di scelta del contraente alla dimensione privatistica si risolvevano in asserzioni auto-evidenti, ovvero in «elementi sintomatici della natura pubblicistica degli atti dell'evidenza pubblica»⁷ di cui non era fornita concreta prova.

Milano, Giuffrè, 2007, 676 ss., spec. 689, la quale sottolinea che detto modello si esponeva al rischio di abusi, favoritismi e menomazione della libera concorrenza.

³ Rare sono state le conclusioni di segno contrario, in relazione alle quali si v. Cass., sez. un., 12 luglio 1898, in *Giur. it.*, 1898, 1, 980; 4 giugno 1904, in *Foro it.*, 1904, 1, 1098.

⁴ Cfr. in tal senso L. Forti, *Sulla formazione dei contratti dello Stato*, cit., 17.

⁵ Cfr. C. Cammeo, *I contratti della pubblica amministrazione*, cit., 24-25 e L. Forti, *op. ult. cit.*, 7-8.

⁶ In tal senso, V. Cerulli Irelli, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, Giappichelli, 2011, 116. Sui “cosiddetti atti separabili” si v. di recente D. Guillou, *La distinction entre les actes détachables et le contrat*, in *Revue juridique de l'ouest*, 2014, 3, 19 ss.

⁷ G. Greco, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato*, cit., 19.

1.1. *Brevi note sulla grande pubblicizzazione italiana della prima metà del '900*

La lettura in senso pubblicistico di cui si è poc'anzi detto, lungi dal rispondere alle sole esigenze di tutela dei partecipanti, ben si inquadrava anche nella cosiddetta “grande pubblicizzazione” della prima metà del Novecento. Qui il discorso si farà più generico e l'attenzione sarà distratta per un istante dal tema dell'evidenza pubblica, ma ciononostante si ritiene comunque utile contestualizzare il problema.

Agli inizi del secolo scorso, quando le opere di Dicey vengono diffuse fuori dalla Gran Bretagna, si forma anche in Italia la convinzione che esista una separazione netta fra il modello francese a regime amministrativo e quello anglosassone sottoposto al solo regime di diritto comune (*rectius*, privato, perché applicato ai rapporti tra privati e poi esteso ai rapporti con la pubblica amministrazione)⁸. Se per Persico e Meucci, che scrivevano al volgere del XIX secolo, in Inghilterra vi era un, seppur spurio, diritto amministrativo⁹, da Presutti a Zanobini (il primo scrive nel 1904, il secondo nel 1936) la convinzione sull'inesistenza del diritto amministrativo nell'ordinamento inglese cambierà solo nel modo della sua affermazione: aprioristico quello del primo – per il quale, in Inghilterra, la sola espressione “diritto amministrativo” «destava un sacro orrore»¹⁰ – più meditato quello del secondo, per il quale vi era sì una pubblica amministrazione ed una sottoposizione di essa alle leggi, ma queste ultime non erano differenti da quelle applicate fra i privati¹¹.

La visione dicotomica fra i due modelli esteri si risolverà nell'Italia unificata nella preferenza per il diritto amministrativo francese. Invero, se il ventennio che seguì l'unificazione conobbe lo sviluppo di una concezione privatistica dei rapporti amministrativi¹², sul finire del XIX secolo si assisterà ad una loro rivisitazione in chiave fortemente pubblicistica. Si darà corso cioè alla formazione del diritto amministrativo italiano¹³,

⁸ In tal senso, cfr. S. Cassese, *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*, cit., 225 ss.

⁹ Cfr. F. Persico, *Principii di diritto amministrativo*, I, Napoli, Marghieri, 1872, 56; L. Meucci, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Roma, 1879, 26.

¹⁰ E. Presutti, *Istituzioni di diritto amministrativo italiano. Parte generale*, Napoli, Aurelio Tocco, 1904, 87. Forte ed evidente è l'influenza di quanto affermato da Dicey in una conversazione intrattenuta con M. Barthélemy, Preside della Facoltà di legge di Parigi: «*we know nothing of administrative law; and we wish to know nothing*».

¹¹ G. Zanobini, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1936, 17-20.

¹² Emblematici in tal senso sono gli esempi ricordati da S. Cassese, *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*, cit., 259: i contratti di pubblico impiego e gli atti di espropriazione non avevano ricevuto una qualificazione pubblicistica, ma, al contrario, erano stati ricondotti rispettivamente ai contratti di locazione e ai contratti di vendita; gli atti amministrativi erano considerati privi del carattere dell'imperatività; l'autotutela era esclusa, cosicché la “revisione” dell'atto imponeva l'intervento del giudice.

¹³ Imprescindibile è il rinvio a A. Sandulli, *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)*, Milano, Giuffrè, 2009.

ovvero ad un diritto «interamente collocato sul versante pubblicistico e speculare al diritto privato»¹⁴.

Gli studi di D'Alberti¹⁵ evidenziano chiaramente che dagli ultimi anni dell'Ottocento fino alla prima metà del Novecento vi furono almeno quattro grandi ragioni a cui imputare la limitazione dell'estensione del diritto privato in seno alla pubblica amministrazione¹⁶.

Un dato muove da origini lontane, ovvero dalla distinzione ulpiana richiamata in Premessa a questo scritto, e troverà forte apprezzamento in Mantellini¹⁷, Orlando¹⁸ e Ranelletti¹⁹: si tratta dell'assimilazione fra l'*utilitas* perseguita (l'interesse pubblico) e il regime giuridico applicabile (quello del diritto pubblico)²⁰.

Diviene determinante così la distinzione fra l'attività tipicamente amministrativa (di perseguimento dell'interesse pubblico e regolata dal diritto pubblico) e quella strumentale (attinente ai rapporti patrimoniali e assoggettata al diritto privato). Quella divisione sarà fondamentale nell'opera di Ranelletti, il quale trasporrà, come si è visto, dal piano processuale del riparto di giurisdizione a quello sostanziale del regime applicabile la distinzione delle attività *iure imperii* da quelle *iure gestionis*²¹.

Senonché, anche nelle fattispecie (in origine) privatistiche riconducibili agli atti di gestione e caratterizzate dal perseguimento di una mera utilità patrimoniale, nelle quali il criterio dell'*utilitas* si faceva meno rilevante, e pertanto assoggettabili (in ipotesi) al diritto privato, questo non veniva solo *conformato* (in quello che oggi si direbbe “diritto privato speciale”), ma veniva (ri)convertito in diritto pubblico per la “quiddità politica” dell'amministrazione²².

¹⁴ G. Napolitano, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, cit., 53-55.

¹⁵ M. D'Alberti, *Le concessioni amministrative*, cit., 49-145.

¹⁶ Si v. anche A. Moliterni, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, Napoli, Jovene, 2016, 32-49; Id., *Pubblico e privato nell'attività negoziale della p.a.*, in *Riv. it. scienze giur.*, 2016, 7, 331 ss., spec. 334-335.

¹⁷ Cfr. G. Mantellini, *Lo Stato e il codice civile*, I, Firenze, Barbèra, 1880, 25. Il legame con la tradizione ulpiana – e quindi la contrapposizione tra la «ragione politica» e la «privata utilità» – è peraltro rafforzato dal fatto che per Mantellini il diritto romano «ancora governa(va) il mondo» (p. 25).

¹⁸ Come osservato da M. D'Alberti, *Le concessioni amministrative*, cit., 73, il dato non è espressamente palesato da Orlando, ma lo si può dedurre dall'affermazione secondo cui «noi abbiamo visto a suo luogo come non in tutta l'attività sociale lo Stato sia mosso da *fini puramente patrimoniali*, che anzi il più delle volte l'*interesse pubblico* che lo Stato si propone per *fine*, fa sì che i rapporti, da esso costituiti coi privati, non si fondano su quella eguaglianza del corrispettivo che è l'ipotesi dei contratti sinallagmatici privati» (V.E. Orlando, *Principii di diritto amministrativo*, Firenze, Barbèra, 1891, 364).

¹⁹ Cfr. O. Ranelletti, *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, 1984, 4, 11 ss., per il quale quando l'amministrazione persegue un interesse pubblico agisce come autorità: fatto questo da cui l'A. fa discendere «la qualità di *atti di imperio* negli atti di concessione» (p. 62).

²⁰ Concessione questa ampiamente contestata da H. Kelsen, *Diritto pubblico e diritto privato*, in *Riv. it. fil. dir.*, 1924, 340 ss., il quale afferma l'esistenza dei soli interessi individuali e sostiene che la norma che li tutela protegga al contempo l'interesse collettivo.

²¹ Cfr. O. Ranelletti, *Il concetto di “pubblico” nel diritto*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1905, 351 ss. (spec. 353), ora in AA.VV., *Scritti giuridici scelti*, a cura di E. Ferrari e B. Sordi, Napoli, 1992.

²² Si consideri che, per Mantellini, lo Stato è soggetto collettivo (corpo morale, in ciò distinguendosi dal Principe, che negli atti di gestione, diviene persona fisica privata) e non è soggetto di diritto essendo

Per ultima, la reiezione del contratto di diritto pubblico, quale ricaduta necessaria dei punti precedenti e in particolare della grande centralità rivestita dal provvedimento nei rapporti negoziali.

Detto dei fondamenti teorici, quali erano le ragioni e i risvolti più propriamente pratici della riconduzione degli istituti di origini privatistica nell'alveo delle fattispecie pubblicistiche?

Se non si va errando, può dirsi che a fianco di alcune esigenze più propriamente sistemiche – quali ad esempio, in Orlando, il rafforzamento dello Stato unitario²³ – si poneva l'esigenza concreta di tutelare l'interesse pubblico e la sfera patrimoniale della pubblica amministrazione nella fase esecutiva del rapporto, il che si risolveva nell'estensione di una serie di poteri esorbitati (specialmente di autotutela) non conosciuti dal diritto privato.

Come ricordato da D'Alberti²⁴, Mantellini, ad esempio, era mosso da una certa avversione nei confronti degli "affaristi" che grazie agli strumenti offerti dal diritto privato minavano «l'indipendenza della funzione amministrativa»²⁵ e vessavano l'amministrazione contraente.

Le implicazioni sono chiare nella vicenda che ha interessato la qualificazione delle concessioni in senso unilaterale e pubblicistico. La soluzione pubblicistica della fattispecie a doppio livello, in cui l'atto del privato accede all'atto amministrativo unilaterale e di imperio, era, infatti, essenzialmente volta a garantire la possibilità di revoca del rapporto, la quale «evita il danno di lasciare le amministrazioni indissolubilmente legate a società che sfruttano autorità e cittadini senza freno e senza riguardo»²⁶.

Il che può essere ricavato a contrario dalle ragioni pratiche di chi anelava la qualificazione privatistica delle concessioni amministrative, derivandone da ciò una maggiore stabilità del rapporto contrattuale, perché irretrattabile o al più revocabile con adeguato

«origine di ogni diritto»; con la conseguenza che non può neppure essere regolato, se non in casi eccezionali, dal diritto comune (cfr. G. Mantellini, *Lo Stato e il codice civile*, cit., 4). Cfr. V.E. Orlando, *Principii di diritto amministrativo*, cit., 356 ss., per il quale «avviene non di rado che un singolo rapporto di diritto privato subisca modificazioni speciali per il fatto stesso che allo Stato si riferisce: l'insieme di questo diritto speciale che si crea, derogando al diritto comune in conseguenza della qualità pubblica che lo Stato riveste, sarebbe diritto pubblico». Sulla connessione e la continuità del pensiero di Mantellini e di Orlando si v. M. D'Alberti, *Le concessioni amministrative*, cit., 74, per il quale «l'impostazione orlandiana secondo cui l'ambito della pubblicizzazione va oltre le sfere della "pubblica utilità", incidendo anche sui rapporti patrimoniali dell'amministrazione, ricorda molto gli insegnamenti di Mantellini, il quale pure assegnava al diritto pubblico amministrativo una capacità espansiva tale da assorbire gran parte dei rapporti amministrativi formalmente e finalisticamente privatistici».

²³ Così D'Alberti, *Le concessioni amministrative*, cit., 77.

²⁴ *Ivi* 17 e 64.

²⁵ G. Mantellini, *Relazione sulle avvocature erariali per l'anno 1880*, cit., 787 ss.

²⁶ F. Cammeo, *I monopoli comunali*, in *Arch. giur.*, LV, 1985, 591.

indennizzo²⁷; chiara era quindi l'immagine della precarietà dei rapporti contrattuali se fondati sull'atto unilaterale, perché il privato "contraente" (che tale non sarebbe secondo le concezioni pubblicistiche) sarebbe stato costretto «in una situazione malferma e di estrema incertezza».

Pertanto, sulla spinta della contrapposizione fra i due "miti", ovvero quello di uno Stato regolato dal solo diritto pubblico (diritto amministrativo come diritto pubblico) e quello di uno Stato completamente informato dal principio privatistico del consenso e quindi retto sul diritto comune (diritto comune come diritto privato), in Italia si darà per lungo tempo preferenza al primo modello, finendo per affermarsi chiaramente che il diritto pubblico «è il diritto comune, ordinario, per i rapporti fra individuo e Stato, come quello che risponde alla natura dei subietti e dei rapporti»²⁸.

1.2. *Il superamento della contrapposizione e la concezione gianniniana della scansione bifasica*

Se l'inquadramento pubblicistico dell'evidenza pubblica si radicava sulle premesse teoriche basate sulla capacità limitata di diritto privato dell'amministrazione e sulla prevalenza del pubblico ogniqualvolta la disciplina non risultasse riconducibile ad alcun istituto del diritto privato, l'elaborazione seguente, mettendo in discussione quei presupposti, giungerà a conclusioni ampiamente differenti.

In generale, è l'apporto di Massimo Severo Giannini a rivelarsi fondamentale e dirimente nel riesame del rapporto fra pubblico e privato nell'attività amministrativa.

Come di recente osservato, quel percorso era strutturato su tre direttrici²⁹.

In primo luogo, Giannini negava che laddove vi fosse un interesse pubblico dovesse ricorrere necessariamente l'applicazione della disciplina speciale del diritto pubblico, con la conseguenza che quest'ultimo sarebbe rimasto un diritto del solo potere autoritativo. In secondo luogo, si affermava una capacità generale di diritto privato

²⁷ Chiarissima in tal senso è l'affermazione di Giorgio Giorgi: «Sfido io a dare in affitto le case e i poderi dello Stato, a trovare un offerente che si presenti all'incanto per comprare dei beni demaniali, o per assumere l'esercizio delle miniere dello fonderie, degli stabilimenti metallurgici dello Stato; sfido a trovare, chi assuma l'impresa del casermaggio, dei foraggi, dei viveri o del vestiario per l'esercito; chi fornisca i *bellica instrumenta* le corazze per le navi, chi assuma l'appalto della costruzione di un ponte, di una via ferrata, del mantenimento di una strada nazionale, o dello scavamento di un porto, senza esser sicuro, che il contratto e il capitolato obbligano l'amministrazione come obbligano lui e gli danno il diritto di andare avanti ai tribunali per costringere l'amministrazione, quando fosse inadempiente, all'osservanza dei patti contrattuali» (G. Giorgi, *La dottrina delle persone giuridiche o corpi morali*, II, Firenze, Cammelli, 1891, 39).

²⁸ F. Cammeo, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 1960, 51.

²⁹ Cfr. A. Moliterni, *Pubblico e privato nell'attività negoziale della p.a.*, cit., 336-337.

dell'amministrazione. Costatazione questa che si fondava su due postulati: che ogni soggetto diverso da una persona fisica entrasse nell'ordinamento in quanto dotato di personalità giuridica e che ogni persona giuridica avesse capacità giuridica piena di diritto privato³⁰. In terzo luogo, vi era la reiezione del contratto di diritto pubblico, fondata sull'assunto per il quale se vi è piena capacità di diritto privato allora il soggetto pubblico può utilizzare gli ordinari strumenti negoziali offerti dal codice civile senza la necessità di ricorrere a fattispecie spurie³¹.

Le conseguenze, in particolare, dell'affermazione di una capacità generale di diritto privato, furono determinanti per la riconsiderazione del tema della natura della fase di scelta del contraente. D'altronde, le limitazioni e le qualificazioni, prima derivanti dalla «concezione (metagiuridica) dell'ente pubblico»³², nella nuova stagione dogmatica non potevano che discendere da una precisa opzione legislativa³³; con la conseguenza che la revisione dell'estensione applicativa del diritto privato mise in forte discussione l'aprioristico inquadramento pubblicistico della fase di scelta del contraente.

È su queste premesse teoriche che Giannini giunge a conclusioni diametralmente opposte a quelle della dottrina previgente (e in parte odierna). Il riferimento che egli fa alla scansione bifasica, diversamente da quanto talvolta affermato, non attinge infatti alla divisione esterna prodotta dalla stipula del contratto, ma riguarda anzitutto «due procedimenti paralleli»³⁴ del tutto differenti e inseriti nella medesima fase antecedente all'instaurazione del vincolo contrattuale.

L'attenzione del giurista infatti cade sulle fasi corrispondenti allo stadio di formazione della volontà contrattuale e al procedimento di controllo. La prima era ritenuta di natura eminentemente privatistica e, pertanto, regolata dalle disposizioni del codice civile, salvo alcune eccezioni (da intendersi quindi in senso meramente quantitativo) introdotte dalla disciplina di settore; la seconda, invece, intervenendo fra l'amministrazione contrattante e l'autorità che su di essa spiega il suo controllo, era considerata alla stregua di un vero e proprio procedimento amministrativo regolato dalla legge di contabilità e dal relativo regolamento.

Pertanto, fra le conseguenze maggiori di detta interpretazione vi fu anzitutto l'inquadramento della fase di scelta del contraente nell'alveo delle trattative di diritto privato,

³⁰ M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, II, cit., 351 ss. Ma sul punto si v. la posizione critica di F. Merusi, *La legalità amministrativa*, cit., 58, secondo cui «la capacità di diritto privato, quando esiste, è limitata dal fine da perseguire, con la conseguenza che l'attività di diritto privato delle pubbliche amministrazioni non è regolata dal principio della generale capacità di diritto privato, bensì dall'opposto principio dell'*ultra vires*».

³¹ Nello stesso senso, cfr. F. Ledda, *Il problema del contratto nel diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 1965, 111 ss.

³² G. Greco, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato*, cit., 25.

³³ Cfr. S.A. Romano, *L'attività privata degli enti pubblici*, Milano, Giuffrè, 1979, 150 ss.

³⁴ M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, II, cit., 363.

fatti salvi i ricordati episodi di verifica e controllo delle autorità a ciò preposte (la vera evidenza pubblica).

Mutavano quindi anche le qualificazioni giuridiche. Il bando di gara non era atto amministrativo generale, ma offerta al pubblico (art. 1336 c.c.), rispetto alla quale la partecipazione del concorrente costituiva, al medesimo tempo, accettazione (dello schema di contratto e delle regole procedurali) e «offerta di corrispettivo»; offerta quest'ultima la cui scelta dipendeva esclusivamente «dall'automatismo della regola procedimentale» e rispetto alla quale l'aggiudicazione non si poneva come provvedimento «costitutivo», ma come «provvedimento amministrativo di accertamento» che riposava «su un giudizio meccanico di identificazione dell'offerta che, per le sue espressioni matematiche di determinazione del corrispettivo, è già qualificata dalla regola procedimentale come idonea»³⁵.

Insomma, con esclusione degli atti di controllo e del provvedimento di accertamento costituito dall'aggiudicazione, la sequela di atti di formazione del contratto ad evidenza pubblica veniva spiegata in termini di diritto privato.

In Giannini e, come si vedrà, ancor di più in Greco (la cui tesi, per alcuni, è per l'appunto volta a armonizzare gli orientamenti pubblicistici del passato con la lettura gianniniana del fenomeno³⁶), emergeva già una rottura della scansione dicotomica fra la fase di scelta del contraente e quella esecutiva. Privato e pubblico convivevano infatti nella stessa fase (quella antecedente alla stipula) però assolvendo a ruoli diversi: rispettivamente, di disciplina della formazione della volontà contrattuale e di evidenza delle ragioni pubbliche delle scelte amministrative.

2. L'interpretazione più recente. Verso il superamento della dicotomia?

Come si è cercato di evidenziare, la configurazione pubblicistica o privatistica della fase di scelta del contraente non rappresenta un a priori, ma è un problema che è stato originato da alcune criticità pratiche e che poi è stato risolto per opzione interpretativa nell'un senso o nell'altro e talvolta, come in Giannini, in un senso e nell'altro.

Per quanto riguarda la più recente qualificazione in senso pubblicistico della fase di scelta del contraente non vi è modo preferibile per spiegarla che facendo riferimento ad una semplice ma efficace affermazione di Cerulli Irelli: «il diritto civile, invero, pur in

³⁵ *Ivi*, 385-387.

³⁶ M. Lunardelli, *Il procedimento a evidenza pubblica come strumento di prevenzione della corruzione*, in *La prevenzione della corruzione. Quadro normativo e strumenti di un sistema in evoluzione. Atti del Convegno, Pisa, 5 ottobre 2018*, a cura di A. Pertici e M. Trapani, Torino, Giappichelli, 2019, 165 ss., spec. 168.

questo ambito in cui si esplica la capacità negoziale delle pubbliche amministrazioni (che in principio al diritto civile dovrebbe chiamarsi) svolge un ruolo del tutto marginale»³⁷.

Sul piano del diritto vivente, invece, per spiegare la qualificazione pubblicistica della fase di scelta del contraente si crede sufficiente svolgere due richiami. Come sarà presto chiaro, l'uno non abbinerà di spiegazioni; l'altro, invece, avrà proprio il compito di introdurre un tema che fissa un nuovo punto di rottura rispetto alla tradizione più recente.

Quanto al primo dato, ebbene, si è già in parte anticipato del perché della attuale affermazione della natura pubblica della fase di scelta del contraente: è la stessa legge (all'art. 30, comma 8, del d.lgs. n. 50/2016) a dichiararne la natura di procedimento amministrativo a cui si applicano le regole (pubblicistiche) della legge generale sul procedimento.

Come secondo aspetto si deve invece considerare la disciplina della responsabilità precontrattuale. Ma perché essa avvalorava l'idea della dimensione esclusivamente pubblicistica del momento di scelta del contraente? La risposta, di seguito sviluppata, è semplice: perché l'applicazione della disciplina della responsabilità *per culpa in contrahendo* derivante dall'esercizio di poteri di autotutela è stata a lungo (ovvero fino al 2018) esclusa nella fase dell'evidenza pubblica proprio in ragione della natura pubblicistica del procedimento, come tale incompatibile con la qualificazione di trattativa contrattuale³⁸.

Ebbene, come si anticipava a chiusura dell'ultimo paragrafo del primo capitolo, è proprio sul campo dell'esercizio dei poteri di autotutela che si snoda per buona parte il problema del rapporto dicotomico diritto pubblico-diritto privato. Il terreno elettivo per dimostrare questa connessione corrisponde a quello, altrove definito «illuminante»³⁹, della responsabilità precontrattuale (v. *infra* §4 ss.), il quale svela già in via di prima approssimazione la sussistenza di una «interferenza [...] tra momenti di diritto comune e di esplicazione del potere»⁴⁰.

³⁷ V. Cerulli Irelli, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, cit., 116.

³⁸ Solo raramente infatti è stato affermato che se nella fase che precede la stipula del contratto l'amministrazione ha "piena" facoltà di recedere dalle trattative tramite l'uso del suo potere discrezionale di autotutela, ciò significa solo che non è configurabile, quale che sia lo sviluppo della negoziazione, l'obbligo a contrarre recato dall'art. 2932 c.c., ma non anche che il soggetto pubblico possa essere chiamato a rispondere ex art. 1337 c.c. per responsabilità precontrattuale (così, Cons. St., sez. VI, 1 marzo 2005, n. 816). Si consideri però che la pronuncia richiamata risulta anacronistica per due ragioni. Innanzitutto perché la "libertà" di recedere è professata per tutte le parti e quindi anche per il privato, mentre oggi l'art. 32, comma 6, del d.lgs. n. 50/2016 stabilisce che l'offerta dell'aggiudicatario è irrevocabile fino allo spirare dei sessanta giorni successivi entro cui deve essere stipulato il contratto; in secondo luogo, perché il Consiglio di Stato ritiene applicabile la disciplina di cui all'art. 1337 c.c. solo ai casi di trattativa privata, mentre oggi, come si dirà, la responsabilità precontrattuale della p.a. prescinde dal tipo di procedura prescelta.

³⁹ F. Ledda, *Per una nuova normativa sulla contrattazione pubblica*, cit., 340.

⁴⁰ Cons. St., ad. plen., 5 settembre 2005, n. 6.

3. Digressione sui poteri di autotutela esercitabili nella fase di evidenza pubblica

Vi è un primo dato che può apparire scontato, ma che si rivelerà comunque utile quantomeno per porre alcuni punti fermi nello studio che si sta svolgendo. Si tratta cioè di spiegare quali siano i poteri che la stazione appaltante è legittimata ad esercitare nella fase dell'evidenza pubblica.

In relazione ai poteri di autotutela, non può che essere fatto riferimento a quelli di revoca e di annullamento d'ufficio di cui agli artt. 21-*quinqües* e 21-*nonies* della l. n. 241/90. Vero è che la normativa di riferimento non abbonda di riferimenti in tal senso – ad esclusione dell'art. 32, comma 8, d.lgs. n. 50/2016 ove si fa rinvio ai “poteri di autotutela nei casi consentiti dalle norme vigenti” – ma è altresì certo che essi sarebbero del tutto superflui, tenuto conto che, come si è detto, il comma 8 dell'art. 30 contiene un rinvio generale alle disposizioni della l. n. 241/90. È la stessa natura pubblicistica (*id est*, di procedimento amministrativo) della fase di scelta del contraente a consentire all'amministrazione di agire in autotutela sugli atti di gara.

In via di prima approssimazione, facendo eco alle affermazioni del giudice amministrativo, può dirsi che «fino a quando non sia intervenuta l'aggiudicazione definitiva rientra, dunque, nel potere discrezionale dell'Amministrazione disporre la revoca [*e l'annullamento d'ufficio*] del bando di gara e degli atti successivi» e «che pure dopo l'aggiudicazione definitiva non è precluso all'Amministrazione appaltante di revocarla [*e annullarla*], in presenza di un interesse pubblico concreto specificamente indicato nella motivazione del provvedimento di autotutela»⁴¹.

È poi opportuno evidenziare che la giurisprudenza esclude che l'amministrazione possa agire in autotutela sull'aggiudicazione provvisoria (proposta di aggiudicazione⁴²), stante la sua natura di atto endoprocedimentale e non di atto conclusivo della procedura⁴³. La revoca di questo atto, pertanto, non è qualificata alla stregua dell'istituto di cui all'art. 21-*quinqües* della l. n. 241/90, ma come «mancata conferma»⁴⁴. Si tratta di una

⁴¹ Cons. St., sez. V, 23 ottobre 2014, n. 5266. Cfr. altresì, Cons. St., sez. VI, 6 maggio 2013, n. 2418; sez. III, 26 settembre 2013, n. 4809; 11 luglio 2012, n. 4116. Quanto ai limiti all'esercizio della revoca a seguito della stipula del contratto si v. *infra* cap. II, sez. II, §3 ss.).

⁴² Si consideri che nel d.lgs. n. 50/2016 non compaiono più le formule, in precedenza recate dagli artt. 11 e 12 del d.lgs. n. 163/2006, “aggiudicazione definitiva” e “aggiudicazione provvisoria”, oggi sostituite, agli artt. 32 e 33, da quelle di “aggiudicazione” e di “proposta di aggiudicazione” (cfr. Tar Campania, Napoli, sez. V, 28 dicembre 2018, n.7426). Si tenga conto però che il d.lgs. n. 104/2010 fa tuttora uso della vecchia terminologia (cfr. art. 120, comma 2, nonché l'abrogato comma 2-*bis*).

⁴³ In tema si considerino le affermazioni di G.D. Compolti, *La flessibilità*, cit., 187-192, il quale descrive il susseguirsi di atti e controlli nella fase conclusiva dell'evidenza pubblica come una «artificiosa gemmazione per distinzione di un momento giuridicamente unitario di perfezionamento del processo negoziale» che «sembra riflettere in pieno l'ideale liberale dell'importanza, ai fini tutori, della segmentazione di attività e fasi» (pp. 118-189).

⁴⁴ Cons. St., sez. V, 9 novembre 2018, n. 6323. Cfr. altresì Cons. St., sez. V, 7 novembre 2018, n. 6294, laddove i giudici di Palazzo Spada affermano che «la possibilità che all'aggiudicazione provvisoria

specificazione necessaria non solo perché da essa derivano alcune ricadute pratiche⁴⁵, ma anche perché essa porta con sé l'affermazione, fondamentale ai fini della responsabilità precontrattuale ma oggi, come si vedrà, non più accettabile, dell'esclusione di qualsivoglia affidamento in capo all'aggiudicatario provvisorio.

Può essere comunque utile evidenziare sin d'ora i casi che tradizionalmente sono stati elevati a ipotesi di scuola del collegamento fra l'esercizio dei poteri di autotutela pubblicistica e la responsabilità per *culpa in contrahendo*.

La giurisprudenza è solita distinguere i casi di responsabilità precontrattuale a seconda della legittimità o meno dell'atto rimosso (e ciò si badi è altro rispetto alla legittimità del provvedimento di riesame, *infra* §4)⁴⁶.

La responsabilità precontrattuale infatti può sussistere sia in presenza dell'annullamento d'ufficio degli atti di gara per vizi di cui l'amministrazione si sia avveduta solo a seguito dell'aggiudicazione definitiva o che avrebbe dovuto rilevare all'inizio della procedura, sia come conseguenza dell'adozione di provvedimenti di revoca, che come tali presuppongono la legittimità degli atti pregressi, e che sono identificati usualmente in tre ipotesi: i) revoca del bando e della aggiudicazione a causa di un'ampia modifica del progetto; ii) revoca per impossibilità di eseguire l'opera per mutamento delle condizioni dell'intervento; iii) revoca dell'aggiudicazione (così come la rinuncia alla stipulazione del contratto) per assenza di fondi⁴⁷.

della gara non faccia seguito quella definitiva è evento del tutto fisiologico, che esclude qualsivoglia affidamento tutelabile e che pertanto non richiede il rispetto delle forme proprie dell'autotutela amministrativa decisoria». Si consideri anche quanto affermato da Cons. St., sez. V, 11 ottobre 2018, n. 5863, e cioè che «qualora, nell'ambito di una gara d'appalto, non sia confermata l'aggiudicazione provvisoria, non è possibile esercitare alcun potere in via di autotutela, tale da richiedere il confronto tra l'interesse pubblico e quello privato e il conseguente puntuale obbligo di motivazione in capo all'amministrazione, ciò in quanto non è prospettabile un affidamento del destinatario dell'aggiudicazione provvisoria, trattandosi di un atto che non è conclusivo del procedimento di evidenza pubblica».

⁴⁵ Quali la non necessità del raffronto fra interesse pubblico e privato, l'irrelevanza della motivazione e la non obbligatorietà della comunicazione di avvio del procedimento (così Tar Lazio, Roma, sez. I, 13 settembre 2018, n. 9333).

⁴⁶ Una anticipazione è d'obbligo e attiene al fatto che tutti i casi che seguono si riferiscono al ritiro dell'aggiudicazione. Ciò è spiegabile in quanto fino al recentissimo approdo della Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, la responsabilità precontrattuale della stazione appaltante era identificabile solo al primo termine della fase pubblicistica, corrispondente per l'appunto all'adozione del provvedimento di aggiudicazione definitiva.

⁴⁷ Cfr. Tar Campania, Salerno, sez. I, 12 aprile 2016, nn. 1017 e 1016; Tar Puglia, Lecce, sez. I, 13 febbraio 2015, n. 579; Cons. St., sez. IV, 20 febbraio 2014, n. 790. In particolare, sulla responsabilità precontrattuale per revoca dell'aggiudicazione a causa della mancanza delle risorse finanziarie si v. Cons. St., ad. plen., 5 settembre 2005, n. 6, secondo cui se è pur vero che siffatto provvedimento vale «a porre al riparo l'interesse pubblico dalla stipula di un contratto che l'amministrazione non avrebbe potuto fronteggiare», ciò non esclude la possibilità che sussista una lesione dell'affidamento suscitato dagli atti di gara prodromici: «invero l'impresa non poteva non confidare, durante il procedimento di evidenza pubblica, dapprima sulla "possibilità" di diventare affidataria del contratto e più tardi - ad aggiudicazione intervenuta - sulla disponibilità di un titolo che l'abilitava ad accedere alla stipula del contratto stesso» (in tema si v. M. Corradino, *Contenzioso e responsabilità nel settore degli appalti pubblici: elementi di continuità e di novità nel recente codice dei contratti pubblici*, in *Responsabilità e concorrenza nel codice dei contratti*

4. La responsabilità precontrattuale nella fase dell'evidenza pubblica. Considerazioni sulla disciplina e sull'interpretazione dell'art. 1337 c.c.

Riferirsi alla responsabilità precontrattuale delle stazioni appaltanti nelle procedure ad evidenza pubblica richiede alcune preliminari e più generali annotazioni sul tema della responsabilità per *culpa in contrahendo*.

Innanzitutto, un dato apparentemente inatteso e che anticipa alcune delle criticità di seguito analizzate. Come si è detto in apertura del primo capitolo, se per le trattative fra privati è a lungo mancata una disciplina atta a regolare la (e a fornire una qualche garanzia nella) fase che precede la stipula del contratto, al contrario nell'Italia post-unitaria, a far data dal 1865, la contrattazione con la pubblica amministrazione ha conosciuto una, seppur embrionale, normativa per la formazione dei relativi contratti.

Senonché, una volta introdotta nel 1942 una normativa *ad hoc* finalizzata non già a proceduralizzare puntualmente le trattative private – altro è la tipizzazione dell'*iter* delle negoziazioni, altro è la natura aperta e atipica del precetto della buona fede oggettiva⁴⁸ – ma a sanzionare con la responsabilità precontrattuale il momento patologico del discostamento dal dovere di correttezza⁴⁹, siffatta previsione è stata a lungo inapplicata, salvo progressive e lente estensioni, proprio nei procedimenti di evidenza pubblica⁵⁰.

Altre sono però le note che devono essere appuntate in via logicamente prioritaria rispetto allo studio delle ragioni di una siffatta resistenza.

Le previsioni recate dal codice civile e la portata dell'attuale estensione delle ipotesi di responsabilità per *culpa in contrahendo* non sono percepibili nella loro innovatività se non si considera che all'inizio del Novecento nel nostro ordinamento era possibile imbat-
tersi nell'affermazione secondo la quale solo a fronte di un contratto stipulato ma invalido

pubblici, a cura di G.F. Cartei, Napoli, Editoriale scientifica, 2008, 428 ss.). Ampio è lo studio delle ipotesi di esercizio del potere di autotutela nella fase dell'evidenza pubblica condotto da M. Reggio d'Acì, *Responsabilità pre-contrattuale negli appalti pubblici e casistica giurisprudenziale*, in *Responsabilità pre-contrattuale nei contratti pubblici. Danni patrimoniali e danni non patrimoniali*, Torino, Utet, 2009, 265 ss., spec. 275-303.

⁴⁸ P. Maninetti, *Responsabilità precontrattuale e risarcimento dei danni: verso una concezione sempre più estensiva*, in *Danno e resp.*, 2000, 10, 985 ss. Cfr. altresì Commissione Europea, *Acquistare verde! Un manuale sugli appalti pubblici ecocompatibili*, 2005, 12: «gli acquirenti pubblici hanno maggiori obblighi rispetto agli acquirenti privati perché devono mirare ad ottenere il miglior rapporto qualità/prezzo ed essere imparziali nelle procedure di appalto. Quando si parla di miglior rapporto qualità/prezzo ci si riferisce anche alle considerazioni di carattere ambientale. Essere imparziali significa offrire pari opportunità e garantire la trasparenza».

⁴⁹ Si consideri che prima dell'entrata in vigore del codice civile del 1942, la dottrina e la giurisprudenza maggioritarie riferivano la questione della responsabilità per fatti collocati nella fase precontrattuale all'art. 1151 del codice civile del 1865 («ogni fatto dell'uomo che arreca danno ad altri, obbliga quello per colpa del quale è avvenuto, a risarcire il danno») e pertanto la risolvevano nel generico dovere del *neminem laedere* (cfr. A. Verga, *Errore e responsabilità nei contratti*, Padova, Cedam, 1941, 100).

⁵⁰ Cfr. G.M. Racca, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Napoli, Jovene, 2000, 3.

«si può parlare di legittime aspettative risarcibili», ciò essendo invece precluso nella ipotesi delle negoziazioni interrotte, perché «nel corso delle trattative se uno agisce confidando nella futura conclusione, agisce tutto a suo rischio e pericolo»⁵¹.

Seppure è vero che agli albori del Novecento, altra parte della dottrina facendo seguito allo studio di Jhering⁵², delineò una prima elaborazione della responsabilità precontrattuale per rottura delle trattative, è altrettanto vero che la dottrina coeva mostrava per questa ipotesi una certa contrarietà⁵³, talvolta finanche ricordando, per rincuorare quanti temessero per la serietà delle trattative finanziarie ed economiche, che «nulla si distrugge e nulla è vano nella vita economica: ciò che non serve oggi [ovvero, ciò che è servito per trattare] può utilizzarsi il giorno dopo»⁵⁴.

Insomma, prima dell'entrata in vigore del codice del 1942, ferma la responsabilità precontrattuale da contratto invalido – in relazione alla quale parte della dottrina valorizzava il concetto di “fiducia” nell'acquisto del diritto di credito derivante dal contratto stipulato o di “affidamento” nella validità del contratto – forte era l'avversione all'ammissibilità della responsabilità per rottura delle trattative, in relazione alla quale rilevava il diverso (e qualitativamente minore) stato di “speranza” di concludere il contratto⁵⁵.

Quanto precede è rilevante perché, a margine del suo valore “storico”, è sulla base di simili premesse che, per parte della dottrina, è andato maturando l'orientamento giurisprudenziale che ha preteso di estendere il binomio affidamento-contratto dall'ipotesi principale dell'invalidità del negozio a quella del recesso dalle trattative; con la conseguenza che si è finito così per credere che la responsabilità precontrattuale per rottura delle negoziazioni dipendesse dalla sussistenza di un legittimo affidamento alla conclusione del contratto e dal consequenziale dato temporale dell'avanzamento delle trattative (v. anche *infra* §4.4.)⁵⁶.

⁵¹ L. Coviello, *Della cosiddetta culpa in contrahendo*, cit., 727. Per un'ampia ricostruzione delle origini della responsabilità precontrattuale si v. V. Bellomia, *La responsabilità precontrattuale tra contrattazione civile, del consumatore e di impresa*, Milano, Giuffrè, 2012, 15-33.

⁵² Si v. cap. I, nota 12. Si consideri che la tesi di Jhering, differentemente da quanto talvolta è stato sostenuto (cfr. F. Benatti, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, Giuffrè, 1963, 2), non è affatto limitata ad affermare la responsabilità nel caso di contratto stipulato ma invalido, ma si estendeva, seppur in via residuale e non così determinante, anche sull'ipotesi dell'interruzione delle trattative (cfr. C. Turco, *L'interesse negativo nella culpa in contrahendo (verità e distorsioni della teoria di Jhering nel sistema tedesco e italiano)*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 2, 165 ss.).

⁵³ Cfr. G. Carrara, *La formazione dei contratti*, Milano, Vallardi, 1915, 14-15, per il quale le trattative sarebbero caratterizzate da una forte aleatorietà, tenuto conto della loro natura «incerta e irta di difficoltà e ostacoli».

⁵⁴ D. Borasio, *Attività precontrattuale, proposta e trattative*, in *Dir. pratica comm.*, 1928, 101 ss. (spec. 127, corsivo di chi scrive). Si consideri poi la posizione di V. Polacco, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, Roma, Athenaeum, 1915, 512, secondo il quale «il rischio di vedere troncate le trattative è reciproco ed il volerlo sempre compensato può tradursi in una remora alle iniziative contrattuali».

⁵⁵ Cfr. A. Verga, *Errore e responsabilità nei contratti*, cit., 96.

⁵⁶ Così, G.M. Racca, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, cit., 7 e 30-36.

Trattasi di un'interpretazione che è andata sviluppandosi non solo prima dell'adozione del codice del '42, ma anche successivamente. Difatti, se l'art. 1338 c.c. costituisce una riproposizione della forma tradizionale di responsabilità per invalidità del contratto⁵⁷ e al contempo una ipotesi speciale riconducibile al più ampio *genus* recato dal disposto dell'art. 1337 c.c.⁵⁸, è proprio quest'ultima previsione, in quanto clausola generale e aperta, che ha lasciato agli interpreti il dovere di individuare quali comportamenti fossero rilevanti al fine della contestazione della violazione del dovere di buona fede nelle trattative e nella formazione del contratto⁵⁹.

Rispetto a questa delega "implicita", non è qui necessario tenere conto dell'atipicità, oramai pacificamente ammessa, delle ipotesi di responsabilità precontrattuale ricadenti nell'alveo dell'art. 1337 c.c.⁶⁰. Ciò che invece importa maggiormente è individuare le coordinate generali dell'ipotesi "classica" della responsabilità precontrattuale recata dall'art. 1337 c.c.: ipotesi che tradizionalmente è stata identificata nel recesso dalle trattative e che, guardando al procedimento di evidenza pubblica, è riconducibile proprio all'annullamento e alla revoca degli atti di gara in un momento antecedente (il termine è volutamente generico) alla stipula del contratto di appalto.

⁵⁷ Si consideri però quanto affermato da G. Patti e S. Patti, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard. Artt. 1337-1342*, in *Il Codice Civile Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano, Giuffrè, 1993, 162-163, e cioè che vi è una determinante differenza fra la logica dell'art. 1338 c.c. e l'ipotesi di responsabilità per invalidità individuata da Jhering sussistente nel fatto che per la disposizione del codice civile la responsabilità non deriva dall'aver posto in essere una causa di invalidità del contratto, ma dal fatto di aver disatteso l'obbligo, anch'esso discendente dal dovere di buona fede, di darne comunicazione all'altra parte.

⁵⁸ In tal senso, si v. F. Benatti, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 57 e M.L. Loi e F. Tessitore, *Buona fede e responsabilità precontrattuale*, Milano, Giuffrè, 1975, 51. Si v. però C.M. Bianca, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, Giuffrè, 2014, 401, secondo cui «la norma è spesso intesa come una specificazione del precetto di buona fede nelle trattative. Tuttavia, qui la responsabilità si fonda pur sempre sul comportamento doloso o colposo del soggetto».

⁵⁹ Così, R. Sacco e G. De Nova, *Il contratto*, II, in *Trattato di Diritto Civile*, diretto da R. Sacco, Torino, Utet, 2004, 235.

⁶⁰ Si v. A. Torrente e P. Schlesinger, *Manuale di diritto privato*, a cura di F. Anelli e C. Granelli, Milano, Giuffrè, 2017, 551 ss., nonché l'ampia casistica riportata in G. Chinè, M. Fratini e A. Zoppini, *Manuale di diritto civile*, Molfetta, 2018, 1190 ss. Si consideri in particolare che, a margine delle ipotesi tradizionali di recesso dalle trattative e di mancata informazione sulle cause di invalidità del contratto, la giurisprudenza ha individuato ipotesi di responsabilità precontrattuale: a) nell'ipotesi di contratto valido ma svantaggioso (cfr. Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26725, in relazione alla violazione dei doveri d'informazione del cliente e di corretta esecuzione delle operazioni che la legge pone a carico dei soggetti autorizzati alla prestazione dei servizi d'investimento finanziario); b) in capo ai terzi per violazione del dovere di correttezza rispetto ad una trattativa instaurata fra altri soggetti, in ragione dello *status* professionale o per l'interesse che il terzo vanta rispetto alla conclusione positiva e a lui favorevole della trattativa (cfr. Cass., sez. un., 8 aprile 2011, n. 8034, in relazione al comportamento tenuto dagli intermediari finanziari, terzi rispetto alla trattativa per l'acquisto di azioni, che abbiano firmato il prospetto accreditandolo presso gli investitori; Cass., sez. III, 18 luglio 2012, n. 10403, in relazione ad un caso di rilascio da parte di una società di revisione di una errata certificazione dello stato patrimoniale di una società a danno degli acquirenti di società quotate, i quali non avrebbero siglato il contratto se avessero saputo del reale e inferiore valore dell'ente).

Ebbene, per giurisprudenza consolidata, perché sussista una responsabilità precontrattuale *ex art. 1337 c.c.* è necessario: che vi siano trattative in corso fra le parti; che quelle trattative abbiano raggiunto uno stadio idoneo a far sorgere nella parte che si assume lesa il ragionevole affidamento sulla conclusione del contratto; che la controparte, che si assume essere responsabile, abbia interrotto i negoziati senza un giustificato motivo; che in capo alla parte che invoca l'altrui responsabilità non siano contestabili fatti idonei a escludere il suo affidamento ragionevole alla conclusione del contratto⁶¹.

Come si anticipava, ma le considerazioni critiche saranno sviluppate in seguito, la giurisprudenza identifica l'oggetto dell'affidamento nella conclusione del contratto e, di tutta conseguenza, richiede (si direbbe, quasi logicamente) che le trattative abbiano raggiunto uno stadio avanzato, l'ipotesi contraria escludendo (sempre secondo la prospettiva giurisprudenziale) la possibilità che maturi un siffatto affidamento: merita però sin d'ora avvertire di quanti hanno sottolineato, in tono critico, che l'art. 1337 c.c. non si riferisca affatto ed esclusivamente alla fase finale delle trattative⁶².

4.1. *Profili generali della responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione. Dall'esclusione alle sue prime affermazioni*

Le note introduttive e generali sulla responsabilità precontrattuale fra soggetti privati sono logicamente prioritarie ad ogni considerazione relativa all'invocabilità di quella forma di responsabilità nei confronti della pubblica amministrazione.

Che oggi la pubblica amministrazione, quale che ne sia la natura dell'attività esercitata, sia assoggetta anche alle regole civilistiche di correttezza e buona fede è un dato pressoché pacifico⁶³. Pertanto, l'amministrazione anche nella fase dell'evidenza pubblica non è tenuta solo a rispettare le disposizioni puntuali poste a presidio della legittimità del suo agire – la cui violazione qualificherà il provvedimento (qualunque esso sia, esclusione, ammissione, aggiudicazione, etc.) come illegittimo – ma deve anche comportarsi in ossequio agli obblighi di correttezza e buona fede che la disciplina civilistica impone nell'ambito di ogni forma di negoziazione *iure privatorum*.

Una conclusione questa valevole, come si diceva, anche per l'attività autoritativa, perché, come osservato dalla giurisprudenza più recente, «nello svolgimento dell'attività

⁶¹ Così, *ex multis*, Cass., sez. II, 15 aprile 2016, n. 7545 e 10 marzo 2016, n. 4718; sez. I, 13 giugno 2014, n. 13507; Trib. Milano, sez. spec. Impresa, 4 maggio 2017, n. 4927; Tar Lazio, Roma, sez. II, 1 luglio 2016, n. 7592.

⁶² Così, G.M. Racca, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, cit., 34, nota 96.

⁶³ Cfr. F. Merusi, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico: dagli anni Trenta all'alternanza*, Milano, Giuffrè, 2001, *passim*.

autoritativa, la p.a. è tenuta a rispettare non soltanto le norme di diritto pubblico ma anche le norme generali dell'ordinamento civile che impongono di agire con lealtà e correttezza, la violazione delle quali può far nascere una responsabilità da comportamento scorretto, che incide sul diritto soggettivo di autodeterminarsi liberamente nei rapporti negoziali»⁶⁴.

D'altronde, l'ordinamento conosce plurime disposizioni che sottopongono anche l'amministrazione-autorità agli obblighi di correttezza. Il che avviene tramite una tecnica legislativa che tutela l'affidamento del privato talvolta direttamente (cfr. i vincoli temporali e "modali" all'esercizio del potere di annullamento e di revoca nel caso di provvedimenti autorizzatori o attributivi di vantaggi economici ex artt. 21-*quinquies* e 21-*nonies* della l. n. 241/90), talaltra indirettamente, conformando il comportamento dell'amministrazione (cfr. art 1 della l. n. 241/90⁶⁵), e talaltra ancora intervenendo con previsioni a carattere "sanzionatorio" (cfr. art. 2-*bis*, comma 1, della l. n. 241/90)⁶⁶.

Vi è, però, che l'addebito per *culpa in contrahendo* nel settore amministrativo richiede qualche ulteriore specificazione.

Discorrere della responsabilità precontrattuale nell'evidenza pubblica per i casi in cui l'amministrazione adotti provvedimenti di autotutela non deve indurre a credere che si faccia questione della legittimità degli atti. Semmai è vero il contrario: quella responsabilità «per molti versi, presuppone la legittimità dei provvedimenti che scandiscono la parabola procedurale»⁶⁷.

Nei casi di responsabilità precontrattuale, infatti, si fa questione di danni da comportamento illecito e non già da provvedimento illegittimo, nel qual caso si disquisirebbe invece della responsabilità precontrattuale "spuria" o anche detta «una volgarissima

⁶⁴ Cons. St., sez. IV, 8 aprile 2019, n. 2265. Nello stesso senso, cfr. Cons. St., sez. V, 10 agosto 2018, n. 4912; Tar Calabria, Reggio Calabria, sez. I, 15 aprile 2019, n. 236; Tar Lombardia, Milano, sez. I, 6 novembre 2018, n. 2501.

⁶⁵ L'art. 1 della l. n. 241/90 sottopone l'attività amministrativa ai "principi dell'ordinamento comunitario" e sebbene il principio della tutela dell'affidamento non sia esplicitamente contemplato nei Trattati, esso è stato più volte riconosciuto come principio comunitario dalla Corte di giustizia, quantomeno a far data dalla C-12/77, sentenza *Topfer* del 3 maggio 1978.

⁶⁶ In tal senso, cfr. Cons. St., ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5.

⁶⁷ Tar Lombardia, Brescia, sez. I, 24 gennaio 2019, n. 79; nello stesso senso Tar Lombardia, Milano, sez. II, 21 gennaio 2019, n. 118. Si consideri però che in dottrina è stato evidenziato che talvolta la giurisprudenza ha affermato l'invocabilità di una responsabilità precontrattuale anche a fronte di provvedimenti illegittimi: essa si configurerebbe laddove «il comportamento della p.a., oltre ad essere illegittimo, sia anche contrario ai principi di correttezza e buona fede e il danneggiato non chieda il risarcimento per lesione del bene della vita» (F. Manganaro e S. Gardini, *Annullamento in autotutela dell'aggiudicazione e sorte del contratto*, in *Urb. app.*, 2015, 4, 457 ss. (spec. 468, nota 34). Più in particolare si consideri quanto statuito da Cass., sez. I, 3 luglio 2014, n. 15260, ovvero che non è detto che in presenza di un provvedimento illegittimo si configuri solo una lesione dell'interesse legittimo e non anche una violazione dell'art. 1337 c.c., «dovendosi piuttosto ritenere che all'illegittimità del provvedimento amministrativo possa corrispondere una situazione di diritto tutelabile sotto l'uno o l'altro profilo a seconda della posizione assunta del privato nei confronti della p.a., e che, ove sia invocata la responsabilità precontrattuale dell'amministrazione, il vizio dell'atto assurga a circostanza rilevante ai fini della prova della ricorrenza della *culpa in contraendo* della stessa».

responsabilità da lesione di interessi legittimi solo ambientalmente connessa alle trattative precontrattuali»⁶⁸.

Più precisamente, come affermato a più riprese dalla giurisprudenza, l'art. 1337 c.c. individua una responsabilità da comportamento, che grava sul diritto soggettivo «ad autodeterminarsi liberamente nei rapporti negoziali ed a compiere le proprie scelte senza subire ingerenze illegittime, frutto dell'altrui scorrettezza»⁶⁹; e d'altronde, parte della dottrina ha ricordato che le regole di validità e di condotta dell'azione amministrativa giacciono su terreni differenti, poiché come la violazione delle prime non è funzionale all'invocabilità della responsabilità precontrattuale, così l'infrazione delle seconde non è capace di determinare l'invalidità del provvedimento di affidamento⁷⁰.

Senonché l'idea che un'amministrazione aggiudicatrice possa essere assoggettata alla responsabilità precontrattuale è un fatto, per l'appunto, solo oggi pacifico. Ed anzi si consideri che quella distinzione fra regole di condotta e di validità nel passato è stata disattesa proprio per escludere l'applicabilità dell'art. 1337 c.c. nell'azione negoziale della pubblica amministrazione.

È stato affermato, infatti, che diversa sarebbe la funzione svolta dall'art. 1337 c.c. nei rapporti tra privati, da un lato, e tra privato e pubblica amministrazione, dall'altro lato. Nel primo caso la disposizione avrebbe lo scopo di garantire nelle trattative l'equilibrio degli interessi contrapposti e di imporvi uno «spirito di collaborazione e di cooperazione»; nel secondo, invece, l'art. 1337 c.c. tenderebbe solo ad assicurare al privato che l'amministrazione «segua esattamente il procedimento di formazione della sua volontà negoziale»⁷¹.

Si tratta di una affermazione importantissima per il fine di questo studio, tenuto conto che essa si fonda su di quella dicotomia da più parti apprezzata e qui, al contrario, contestata. Benatti afferma, infatti, che il problema dell'applicabilità dell'art. 1337 c.c. ai contratti della pubblica amministrazione dipende in gran parte dalla circostanza che nella relativa disciplina (al tempo quella di contabilità) «coesiste una normativa pubblicistica e una privatistica: fin dove arrivi l'una e dove si arresti l'altra, non è dato ancora

⁶⁸ F. Caringella, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione: un istituto dal sesso incerto*, in www.giustizia-amministrativa.it. In tal senso, si v. anche F. Trimarchi Banfi, *L'aggiudicazione degli appalti pubblici e la responsabilità dell'amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 1, 1 ss. (spec. 3). In giurisprudenza, cfr. Cons. St., sez. IV, 20 febbraio 2014, n. 790 e 1 febbraio 2013, n. 633.

⁶⁹ Cons. St., ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5; si v. anche Tar Emilia-Romagna, Parma, sez. I, 19 novembre 2018, n. 304; Tar Lazio, Roma, sez. II, 2 settembre 2015, n. 11008; Tar Campania, Napoli, sez. V, 1 febbraio 2016, n. 607.

⁷⁰ Così, F. Manganaro e S. Gardini, *Annullamento in autotutela dell'aggiudicazione e sorte del contratto*, cit., 468.

⁷¹ F. Benatti, *La responsabilità precontrattuale*, Napoli, 2012 (riproduzione anastatica di F. Benatti, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963), 89 ss. e spec. 94.

scorgere»⁷².

Insomma, se, come si dirà, il problema più recente con riferimento alla responsabilità precontrattuale è stato quello della sua estensione sul piano temporale (*id est*, prima o dopo l'aggiudicazione definitiva), vi è stato un periodo in cui la questione è stata sollevata su di un piano ben più generale, la dottrina e la giurisprudenza avendo a lungo escluso finanche una generale configurabilità di una siffatta ipotesi di responsabilità in capo all'amministrazione aggiudicatrice⁷³.

Le ragioni della negazione si fondavano eminentemente sulla forte connotazione pubblicistica dell'evidenza pubblica e fra esse, in particolare, meritano di essere segnalate quelle relative: alla "presunta" impossibilità per l'amministrazione di porre in essere atti (non già illegittimi) ma illeciti; all'insindacabilità del comportamento dell'amministrazione nel corso delle trattative perché fondato sul presupposto di una valutazione (puraamente discrezionale) di pubblico interesse, come tale non controllabile dal giudice ordinario⁷⁴; all'inconfigurabilità di un affidamento del privato alla stipula del contratto sulla base della disparità delle parti contrattanti (giacché l'amministrazione esercita un potere discrezionale e autoritativo)⁷⁵; e, infine, alla sottoposizione della positiva conclusione della procedura al rigido regime dei controlli amministrativi⁷⁶.

L'inaugurazione di una nuova (e via via sempre più espansiva) interpretazione si ebbe solo a partire dagli anni Sessanta, quando la Corte di cassazione, superando il dogma dell'immunità amministrativa in sede di responsabilità precontrattuale⁷⁷, si adeguò alle

⁷² *Ibidem*.

⁷³ In tema si v. G. Patti e S. Patti, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, cit., 137-158.

⁷⁴ Emblematicamente in tal senso Trib. Potenza, 5 luglio 1962, in *Giust. civ.*, 1, 2280-2282, la cui argomentazione si ritiene di dover riportare per la sua chiarezza: «l'atto di volontà col quale l'ente pubblico decide di interrompere le trattative, non ravvisando la convenienza della stipulazione del contratto, implica la valutazione e l'apprezzamento di un pubblico interesse ed ha carattere squisitamente discrezionale. Da ciò consegue, in virtù dei principi che stabiliscono i limiti della giurisdizione ordinaria, che su di esso il giudice non può esercitare alcun controllo di merito per accertare se il comportamento della p.a. si sia conformato al dovere di diligenza e di prudenza posto dall'art. 1337 c.c. La ricerca della colpa presuppone infatti una indagine sulla correttezza del comportamento della p.a. e quindi sui motivi che determinarono l'interruzione delle trattative; ma essa, com'è palese, sostituendo l'apprezzamento del giudice a quello del competente organo amministrativo, oltre a tradursi in una inammissibile invadenza della sfera dei poteri riservati alla p.a., porrebbe un limite alla discrezionalità dell'atto, di fronte alla quale non possono sorgere diritti per il privato».

⁷⁵ Il privato al più poteva dirsi titolare di una aspettativa di mero fatto. In tal senso si v. Cass., sez. III, 13 luglio 1960, n. 1897, in *Giust. civ. rep.*, 1960, 2, 2460, secondo cui «la aspettativa del privato, in fase precontrattuale, rimane una mera aspettativa di fatto, con la conseguenza che non può essere attribuita alla pubblica amministrazione una responsabilità per *culpa in contrahendo* sul fondamento dell'art. 1337 c.c.».

⁷⁶ Cfr. in tal senso M.L. Chiarella, *La responsabilità precontrattuale della Pubblica Amministrazione tra buona fede, efficienza e tutela dell'affidamento*, in *federalismi.it*, 2016, 22, 4; A. Passarella, *Responsabilità precontrattuale della P.A. anche prima dell'aggiudicazione: un passo in avanti o una vittoria di Pirro?*, in *I contratti*, 2014, 2, 146 ss., spec. 151.

⁷⁷ La reticenza della giurisprudenza a riconoscere l'applicazione dell'art. 1337 c.c. nella formazione dei contratti ad evidenza pubblica ricorda quella della dottrina civilistica in relazione a quanto si è detto (*supra* §4) con riferimento all'ammissibilità di una responsabilità precontrattuale altra rispetto a quella derivante dalla stipula di un contratto invalido. Difatti, in tema di ai contratti pubblici, la stessa

conclusioni della migliore dottrina ritenendo che il compito del giudice non fosse quello di valutare se la parte pubblica fosse stata un corretto amministratore, ma un corretto contraente⁷⁸.

Vi è però che quell'orientamento "rivoluzionario" nei suoi presupposti fu di fatto "temperato" nelle conseguenze applicative, tenuto conto che l'assoggettamento della p.a. ai doveri di correttezza e buona fede venne circoscritto ai soli casi in cui l'amministrazione avesse avviato delle trattative private, ovvero «solo nei casi in cui la Pubblica amministrazione si spoglia dei propri poteri pubblicistici ed opera come un qualunque altro soggetto»⁷⁹. Con la conseguenza che il carattere innovativo della pronuncia si risolvette in una statuizione priva di reale innovatività, considerato che in quei casi l'amministrazione era ritenuta operare *iure privatorum* al pari di un qualunque soggetto privato.

La responsabilità per *culpa in contrahendo* veniva pertanto esclusa nelle ipotesi precontrattuali procedimentalizzate e non senza una certa contraddizione, tenuto conto che, come osservato in dottrina, la tipologia di scelta del contraente non avrebbe mutato la sostanza negoziale dell'attività svolta: difatti, sarebbe stato pur sempre possibile individuare una fase antecedente alla stipulazione del contratto⁸⁰.

Si confermava così l'orientamento in virtù del quale l'uso del potere autoritativo di scelta del contraente nelle procedure ad evidenza pubblica, in uno allo scopo pubblicistico delle norme recanti l'*iter* procedimentale, fosse di per sé incompatibile con l'applicazione

giurisprudenza che escludeva l'art. 1337 c.c. riteneva invece applicabile l'art. 1338 c.c. In tal senso, cfr. R. Alessi, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1955, 146-147. Si consideri però che per parte della dottrina (cfr. M.S. Giannini, *La responsabilità precontrattuale dell'amministrazione pubblica*, in *Raccolta di scritti in onore di Arturo Carlo Jemolo*, III, Milano, Giuffrè, 1963, 265 ss. (spec. 276) e della giurisprudenza (cfr. Cass., sez. un., 11 febbraio 1982, n. 835, in *Giust. civ.*, 1982, 1, 1238) la responsabilità precontrattuale dell'amministrazione era da escludersi laddove l'invalidità derivasse da una norma imperativa, poiché questa situazione avrebbe escluso in radice l'affidamento del privato nella validità del contratto.

⁷⁸ Cfr. M. Nigro, *L'amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato: a proposito di condizioni legali*, in *Foro it.*, 1961, 1, 462 ss. Il riferimento giurisprudenziale è fatto a Cass., sez. un., 12 luglio 1961, n. 1675, in *Foro it.*, 1962, 1, 96-100 e a Cass., sez. III, 8 maggio 1963, n. 1142, in *Foro it.*, 1963, 1, 1699-1704. Si consideri poi che la sentenza da ultimo citata, tradizionalmente ritenuta capostipite dell'evoluzione pretoria successiva, ha avuto in realtà un precedente in Cass., sez. un., 15 novembre 1960, n. 3042, in *Foro it.*, 1961, 1, 450.

⁷⁹ Cass., sez. un., 12 maggio 2008, n. 11656, ove si ricorda che la conseguenza fu quella «che nelle ipotesi successivamente sempre più ricorrenti - a seguito delle impostazioni di matrice comunitaria - di trattativa privata preceduta da gara informale non potevano applicarsi i principi civilistici della *culpa in contrahendo*».

⁸⁰ Così, G. Patti e S. Patti, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, cit., 147. Si consideri poi che parte minoritaria della giurisprudenza ha esteso la responsabilità precontrattuale dell'amministrazione anche al di fuori delle sole ipotesi di trattativa privata. In tal senso cfr. Cass., sez. un., 21 ottobre 1974, n. 2972, in *Giust. civ.*, 1975, 1, 16-18 e App. Bologna, 1 febbraio 1964, in *Foro it.*, 1964, 1, 853-857, ove rispettivamente la responsabilità *in contrahendo* era evocata nell'ambito di comportamenti tenuti in un appalto concorso e in una licitazione privata.

degli artt. 1337 e 1338 c.c.⁸¹ e con la configurabilità di vere e proprie trattative⁸². Il partecipante alla gara pertanto avrebbe potuto vantare nei confronti della stazione appaltante solo un interesse legittimo al corretto uso del potere di scelta e non già anche una posizione di diritto soggettivo al rispetto dei doveri di buona fede e correttezza⁸³.

In questa prospettiva, l'evoluzione giurisprudenziale successiva ha riconosciuto solo in capo all'aggiudicatario definitivo la titolarità di una posizione di legittimo affidamento alla stipula del contratto. Solo in tal caso infatti era identificabile quella (altrimenti assente) relazione bilaterale propria delle trattative, nell'ambito della quale i comportamenti illeciti di una delle parti avrebbero potuto essere sanzionati sotto il profilo della responsabilità precontrattuale⁸⁴.

4.2. *Un passo avanti e due indietro: responsabilità precontrattuale, un insegnamento tradito, ma oramai tradito*

Di quanto precede ciò che maggiormente rileva ai fini dello scritto sono due profili.

L'uno ha carattere più generale ed è stato oramai acquisito dall'interprete, nessuno dubitando più dell'assoggettabilità del comportamento della pubblica amministrazione alle clausole generali di buona fede e correttezza. Un aspetto questo importante, perché in un certo modo segna già una prima rottura della dicotomia fra i due rami del diritto, perché le clausole generali informano il comportamento (e quindi ne definiranno la liceità

⁸¹ In tal senso si v. Cass., sez. I, 29 luglio 1987, n. 6545, in Foro it., 1988, 1, 460; Cass., sez. un., 6 ottobre 1993, n. 9892, in Giur. it., 1995, 1, 95 ss.

⁸² Così E. Brugnoli, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione si configura solo dopo l'aggiudicazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 5, 499 ss., spec. 505.

⁸³ Si consideri inoltre che parte della dottrina ha cercato di identificare in astratto una disposizione che potesse comportare la derogabilità (o, meglio a dirsi, l'inapplicabilità) dell'art. 1337 c.c. ai procedimenti di evidenza pubblica. Quella disposizione è stata identificata nel ricordato art. 68 del regolamento sulla contabilità generale dello Stato a mente del quale l'amministrazione aveva "piena ed insindacabile facoltà di escludere dall'asta qualsiasi concorrente senza che l'escluso potesse reclamare indennità di sorta, né pretendere che gli fossero rese note le ragioni dell'esclusione". Ma si trattava di una mera provocazione perché è quella stessa dottrina a ricordare che: i) devono essere tenuti distinti i profili della legittimità da quelli della liceità; ii) la disposizione fu introdotta in un periodo in cui la tutela del privato nei confronti dell'amministrazione «non era così avvertita come oggi»; iii) già altra parte degli interpreti (cfr. G. Guarino, *Intorno alla responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, in *Rass. lav. pubbl.*, 1965, 2, 397 ss., spec. 408) aveva interpretato con spirito rinnovato la portata della disposizione che non avrebbe potuto consentire qualsivoglia condotta dell'amministrazione (sul punto, G. Patti e S. Patti, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, cit., 148).

⁸⁴ Il che è avvenuto, ad esempio, nel caso di mancata stipula del contratto senza che la decisione fosse sorretta da ragioni di interesse pubblico, o ancora per i casi di intralcio alla funzione di controllo dovuti per mancato invio del contratto alle competenti autorità. Cfr. Cass., sez. un., 26 maggio 1997, n. 4673, in *Urb. app.*, 1997, 11, 1213 e Cass., sez. I, 4 marzo 1987, n. 2253, in Foro it., 1988, 1, 897.

o l'illiceità) quale sia la natura del soggetto e dell'attività esercitata⁸⁵.

L'altro invece riguarda in maniera più determinante l'oggetto dell'indagine e attiene all'orientamento giurisprudenziale maggioritario che, fino all'intervento della Plenaria n. 5/2018, ha ritenuto che la fase dell'evidenza pubblica non potesse essere assimilata ad un momento di trattative di stampo privatistico. E qui si è dinanzi ad un dato ben più decisivo di quello precedente, perché esso – *a latere* di ogni considerazione sulla cesura solo “temporalmente” infranta all'atto dell'avvenuta aggiudicazione definitiva – motiva il senso di forte contrapposizione fra i due momenti della vicenda contrattuale. A tal fine, basti considerare la seguente affermazione giurisprudenziale: «è innegabile l'instaurazione di un “contatto sociale” tra l'aspirante appaltatore e l'amministrazione procedente, ma esso è unicamente governato da regole [*pubblicistiche*] di procedura che la legge e la *lex specialis* di gara impongono. Non da trattative»⁸⁶.

L'orientamento di cui si va trattando ha assunto per certi aspetti l'apparenza di un indirizzo insensibile all'accrescimento della tutela del privato nei confronti della p.a., all'aumento del *favor* legislativo per le forme di negoziazione in sede di gara e finanche agli sviluppi sempre più pressanti che si sono registrati sulla sottoposizione dell'azione amministrativa alle clausole generali del diritto privato⁸⁷.

Per farsi un esempio banale, si consideri che benché l'art. 2 del d.lgs. n. 163/2006 (oggi art. 30 del d.lgs. n. 50/2016) assoggettasse le procedure di affidamento al principio di correttezza, per la giurisprudenza aderente all'orientamento assolutamente maggioritario la responsabilità precontrattuale non poteva essere configurata nella fase anteriore alla scelta del contraente. La giustificazione impropriamente attinta da quella, che in realtà avrebbe dovuto essere una conseguenza, è che nella fase che precede l'aggiudicazione definitiva i partecipanti erano considerati essere titolari in via esclusiva di una posizione di interesse legittimo al corretto esercizio del potere amministrativo. Non vi è chi non veda come il presupposto fosse in realtà diverso e in parte frutto di un preconcetto: l'insussistenza di una relazione specifica di svolgimento delle trattative⁸⁸.

A margine di ogni ragione fondata sulla capacità preclusiva della natura esclusivamente pubblicistica del rapporto antecedente all'aggiudicazione, vi è poi che quell'orientamento si fondava, con buona probabilità, anche su di una regola di prudenza e precauzione, già altrove ampiamente sperimentata dal giudice amministrativo: il caso dell'immediata impugnabilità dei bandi di gara (*supra* cap. I, §4.2.) dimostra, infatti, come

⁸⁵ Sul punto, cfr. G.P. Cirillo, *Sistema istituzionale di diritto comune*, Milano, Wolters Kluwer-Cedam, 2018, 311 ss.

⁸⁶ Cons. St., sez. III, ordinanza, 24 novembre 2017, n. 515 (corsivo di chi scrive).

⁸⁷ Aspetti questi, che merita sottolineare sin d'ora, sono stati invece ampiamente valorizzati dall'Adunanza plenaria n. 5/2018.

⁸⁸ Così, Cons. St., sez. V, 8 settembre 2010, n. 6489 e 28 maggio del 2010, n. 3393.

talvolta i giudizi possono essere anche informati da considerazioni “altre” dettate dalla (comunque apprezzabile) necessità di garantire la deflazione del contenzioso e l’economicità (sul piano temporale, ma anche finanziario) dell’azione amministrativa⁸⁹. E d’altronde, a volersi restituire l’immagine della ciclicità dei problemi, già nel 1928, proprio per evitare l’estensione della responsabilità precontrattuale alla rottura delle trattative nei rapporti interprivati, Borasio ammoniva del fatto che «l’introdurre siffatta responsabilità sotto qualsiasi forma sia un vero inciampo ed una remora assai grave alla libertà delle trattazioni commerciali [...]: parassitismo di nuovo conio, litigiosità, turbamento generale del commercio, conseguenze tali da far invocare l’attuale stato di alea cioè di libertà»⁹⁰.

Prima di procedere ad analizzare le pronunce dell’orientamento minoritario è però opportuno specificare che, benché la responsabilità precontrattuale dell’amministrazione aggiudicatrice fosse invocabile solo a seguito dell’aggiudicazione definitiva, ciò però non ha significato che il comportamento “contraddittorio” contrario a buona fede e correttezza non potesse avere a presupposto anche fatti intervenuti nella fase antecedente: ed anzi questo era statisticamente l’ipotesi più ricorrente⁹¹.

Salvo poi ritornare su alcuni assunti fatti propri dalla giurisprudenza maggioritaria, è bene rilevare che (solo) nel 2013-2014 sono intervenuti due determinanti arresti giurisprudenziali. In quelle sedi, infatti, tanto il giudice amministrativo quanto quello ordinario hanno ammesso la configurabilità di una responsabilità precontrattuale – in senso bidirezionale⁹² – anche nella fase pubblicistica che precede l’aggiudicazione definitiva⁹³.

Trattasi di percorsi argomentativi affini che si fondavano, del tutto condivisibilmente, sull’idea che la natura pubblica della fase antecedente all’aggiudicazione non potesse precludere l’ammissibilità (in astratto) di una responsabilità per *culpa in contrahendo*. L’idea che ne era posta alla base è che se un atto è collocato nella fase

⁸⁹ Cfr. Cons. St., sez. VI, 18 gennaio 2011, n. 351, cit., secondo cui all’origine dell’orientamento contrario all’estensione dell’immediata impugnabilità dei bandi di gara «vi è una volontà deflattiva del contenzioso». Nello stesso senso, Cons. St., sez. VI, 1 febbraio 2013, n. 634.

⁹⁰ D. Borasio, *Attività precontrattuale, proposta e trattative*, cit., 126-127.

⁹¹ Cfr. Cons. St., sez. IV, 20 febbraio 2014, n. 790 e F. Trimarchi Banfi, *L’aggiudicazione degli appalti pubblici e la responsabilità dell’amministrazione*, cit., 3.

⁹² Chiara in tal senso è un’ordinanza di rimessione alla Plenaria del Consiglio di Stato sul tema dell’impugnabilità dei bandi di gara: «anche a non voler ricorrere a presunzioni di acquiescenza, sembra ovvio ritenere che quell’“affidamento”, così spesso invocato a danno della p.a., debba valere anche a favore di quest’ultima, nel momento in cui un soggetto chiede e sia ammesso a partecipare ad un procedimento sulla cui onerosità e complessità non è necessario ricordare» (Cons. St., sez. VI, 18 gennaio 2011, n. 351). Si consideri, però, che considerazioni di ampio respiro e a carattere ipotetico possono essere identificate anche nell’orientamento favorevole all’estensione della responsabilità precontrattuale. Ad esempio, si v. Cass., sez. I, 3 luglio 2014, n. 15260, cit., secondo cui l’interpretazione restrittiva potrebbe favorire e giustificare «possibili condotte elusive dell’amministrazione [...] fino al punto di sfavorire artatamente un concorrente per favorirne un altro, nella consapevolezza di non essere tenuta a risponderne».

⁹³ Il riferimento è fatto a Cons. St., sez. V, 15 luglio, 2013, n. 3831 e a Cass., sez. I, 3 luglio 2014, n. 15260, cit.

pubblicistica, ovvero all'interno di un procedimento regolato dalla l. n. 241/90, ma esso è prodromico alla conclusione di un contratto, allora esso ha anche un effetto negoziale, sicché al rapporto non può non applicarsi il relativo statuto giuridico.

In tal senso, si consideri quanto affermato dal Consiglio di Stato nella sentenza n. 3831/2013, e cioè che «gli atti del procedimento dell'evidenza pubblica, in quanto preordinati alla conclusione del contratto, sono al tempo stesso configurabili anche quali atti di trattativa e di formazione progressiva del contratto stesso, e come tali rilevanti anche ai sensi dell'art. 1337 c.c.». Più in particolare, richiamando alcuni precedenti⁹⁴, il Consiglio di Stato ha rimarcato la compresenza di due procedimenti, l'uno pubblicistico e l'altro privatistico, regolati rispettivamente da norme di diritto pubblico finalizzate a garantire il perseguimento dell'interesse pubblico e da regole di diritto privato dirette a disciplinare la formazione della volontà contrattuale. Ma ciò che più rileva è che il giudice amministrativo non potendo negare la connotazione pubblicistica della disciplina di base, non giunge per questa via a escludere lo statuto privatistico, ma ne riconosce, così applicandolo, il valore complementare⁹⁵.

Per quanto riguarda le conclusioni della sentenza n. 15260/2014 della Corte di cassazione valgono le medesime considerazioni, tenuto conto che anche in quella sede, dal presupposto dell'unitarietà della «serie di atti operanti in una duplice dimensione, pubblicistica e privatistica», si è poi affermato che «la fase dell'evidenza pubblica non si colloca al di fuori delle trattative, ma ne costituisce parte integrante».

Insomma, per quell'orientamento, la natura pubblicistica della procedura ad evidenza pubblica – imposta dal rinvio alla l. n. 241/90 e caratterizzata dalla possibilità per l'amministrazione di esercitare i suoi poteri di autotutela funzionalmente all'interesse pubblico perseguito – non avrebbe dovuto implicare l'isolamento della fase antecedente all'aggiudicazione definitiva rispetto alla più complessiva vicenda negoziale: il che equivaleva ad escludere che il particolare statuto giuridico dell'attività amministrativa potesse da solo precludere l'operatività di ulteriori istituti appartenenti ad altri rami del diritto⁹⁶.

⁹⁴ Cons. St., sez. VI, 7 novembre 2012, n. 5638 e 25 luglio 2012, n. 4236.

⁹⁵ Già in precedenza l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (sentenza del 5 settembre 2005, n. 6) aveva affermato che «nello svolgimento della sua attività di ricerca del contraente l'amministrazione è tenuta non soltanto a rispettare le regole dettate nell'interesse pubblico (la cui violazione implica l'annullamento o la revoca dell'attività autoritativa) ma anche le norme di correttezza di cui all'art. 1337 c.c. prescritte dal diritto comune». Vero è che la plenaria non ha ammesso espressamente l'estensione temporale della *culpa in contrahendo*, ma, se le parole hanno un significato, è utile osservare che il massimo consenso amministrativo si riferiva proprio alla «attività di ricerca del contraente», ovvero a tutta la sequela procedimentale dell'evidenza pubblica.

⁹⁶ Si veda Tar Calabria, Catanzaro, sez. II, 9 giugno 2009, n. 627, secondo cui «l'esistenza di un procedimento amministrativo che doppia quello negoziale, la predefinizione di regole formative caratterizzate, tra l'altro, dalla normale pluralità delle parti, la possibile incidenza di valutazioni di interesse pubblico nell'esercizio del potere di recesso, se certamente determinano una deviazione dagli schemi ordinari in ragione del particolare *status* di uno dei contraenti e la conseguenziale necessità di adattamento delle regole

La conseguenza è che, come osservato da alcuni interpreti consci della tesi già formulata da Guido Greco⁹⁷, l'evidenza pubblica rappresenta un unico procedimento ibrido «cui appartengono atti a valenza al contempo pubblicistica e negoziale, integranti i cd. atti amministrativi negoziali»⁹⁸. E lasciando al prosieguo ogni argomentazione circa la qualifica dell'atto in senso (anche) privatistico (v. *infra*, cap. II, sez. II, §4), può qui essere anticipato che, secondo quella giurisprudenza minoritaria, si era dinanzi ad una formazione necessariamente progressiva del contratto, inderogabile dalle parti e sviluppata secondo lo «schema dell'offerta al pubblico»⁹⁹.

Si tratta di pronunce fondamentali per l'ordinanza di rimessione all'Adunanza plenaria che da lì a quattro anni sarebbe stata presentata dal Consiglio di Stato alla luce della, *medio tempore* maturata, riaffermazione della tesi tradizionale.

Difatti, per quanto quelle statuizioni giurisprudenziali segnarono un momento di rottura della univocità del tradizionale orientamento pretorio, esse furono comunque seguite da una moltitudine di arresti di segno assolutamente contrario. Con la conseguenza che si ripeté il costante *refrain* del passato (solo apparentemente abbandonato) secondo cui la responsabilità precontrattuale non era configurabile anteriormente alla scelta del contraente, ma «solo dopo che la fase pubblicistica abbia attribuito al ricorrente effetti concretamente vantaggiosi» perché prima dell'aggiudicazione «gli interessati non hanno ancora la qualità di futuri contraenti, ma soltanto quella di partecipanti alla gara e vantano esclusivamente una posizione di interesse legittimo al corretto esercizio dei poteri della pubblica amministrazione»¹⁰⁰: nuovamente, il dato centrale, ovvero quello della sussistenza-insussistenza delle trattative, viene menzionato, ma rimane immotivato.

Anche laddove la giurisprudenza sembrava aprire a conclusioni differenti e più estensive, essa finiva poi per riconfermare l'orientamento tradizionale. Emblematica in tal senso è una sentenza del Consiglio di Stato in cui il giudice nel porre i presupposti della responsabilità precontrattuale non menzionava (espressamente) il provvedimento aggiudicatorio, ma si riferiva (formalmente, ma solo apparentemente) al fatto che «le trattative siano giunte ad uno stadio avanzato ed idoneo a far sorgere nella parte che invoca l'altrui responsabilità il ragionevole affidamento sulla conclusione del contratto»; nonché se nella parte ricostruttiva in diritto il Consiglio di Stato pareva poter giungere ad

civilistiche, non sono, ad avviso di questo Collegio, idonei ad escludere la generale operatività delle regole di condotta in relazione a tutto il procedimento negoziale antecedente la stipulazione del contratto».

⁹⁷ Cfr. G. Greco, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato*, cit.

⁹⁸ A. Passarella, *Responsabilità precontrattuale della P.A. anche prima dell'aggiudicazione: un passo in avanti o una vittoria di Pirro?*, cit., 153. In termini simili, si v. I. Franco, *La responsabilità precontrattuale della p.a. nei "lavori in corso" per l'assestamento dei criteri di riparto della giurisdizione*, in *Urb. app.*, 2006, 1, 72 ss., spec. 75.

⁹⁹ Così, Cons. St., sez. V, 15 luglio, 2013, n. 3831 e Cass., sez. I, 3 luglio 2014, n. 15260.

¹⁰⁰ Cons. St., sez. III, 29 luglio 2015, n. 3748; nello stesso senso si v. Tar Lazio, Roma, sez. II, 1 luglio 2016, n. 7592 e Tar Puglia, Lecce, sez. III, 31 maggio 2016, n. 908.

affermazioni aderenti all'orientamento minoritario, nella parte motiva, considerando il fatto concreto, il giudice poi negava la responsabilità precontrattuale sul presupposto che l'aggiudicazione intervenuta fosse ancora provvisoria¹⁰¹.

Alla luce del contrasto emerso in giurisprudenza, la terza sezione del Consiglio di Stato, con ordinanza del 24 novembre 2017, n. 515, ha rimesso alla plenaria due quesiti: se la responsabilità precontrattuale fosse o meno configurabile anteriormente all'aggiudicazione (definitiva) e, in caso di risposta affermativa, se essa dovesse riguardare solo il comportamento tenuto dall'amministrazione anteriormente alla pubblicazione al bando, ovvero se dovesse estendersi a qualsiasi comportamento successivo collocato temporalmente e causalmente nella procedura di evidenza pubblica.

4.3. La sentenza dell'Adunanza plenaria n. 5/2018. Alcune considerazioni a margine dell'estensione dell'area della responsabilità precontrattuale

Anteriormente ai chiarimenti della plenaria, l'inquadramento dogmatico della vicenda precontrattuale dell'appalto pubblico appariva alquanto confuso. Cercando di sintetizzare quanto sino ad ora analizzato può dirsi che ad una connotazione eminentemente pubblicistica della procedura di selezione del contraente, fondata sull'esigenza di garantire una tutela giurisdizionale ai partecipanti (*supra* §1 e 1.1.), è seguita la teoria gianniniana della natura bifasica, secondo cui la fase antecedente alla stipula del contratto si componeva di due sottofasi, l'una privatistica (il procedimento di evidenza vero e proprio) e l'altra pubblicistica (inerente solo alle procedure di controllo, *supra* §1.2). Una conclusione questa sconfessata dal legislatore che ha applicato a tutta la fase di scelta del contraente le regole (non privatistiche) della l. n. 241/90.

Ma è tutto? No, perché dall'ordinanza di rimessione emerge chiaramente un'altra (ma affatto nuova) connotazione che può essere accomunata a quella gianniniana per la scomposizione interna della fase dell'evidenza, ma che, al contrario di quella, qualifica in termini pubblicistici la fase di "ricerca" del contraente, rilegando la connotazione (anche) privatistica al solo momento collocato fra l'aggiudicazione e stipula. Il che pare chiaro nell'affermazione secondo cui «se progressione v'è, non è dato registrarla nell'ambito del procedimento negoziale, quanto, piuttosto, nell'avvicinarsi di una fase (pubblicistica) in cui dapprima si individua il contraente, ad una fase di formazione del contratto

¹⁰¹ Così, Cons. St., sez. V, 8 novembre 2017, n. 5146. Merita di essere evidenziato, quanto già ricordato dal Consiglio di Stato nella pronuncia citata, e cioè che nel caso di specie l'amministrazione in sede di aggiudicazione (provvisoria) «aveva prudentemente subordinato la stipula dell'atto di concessione "all'acquisizione di tutti i pareri favorevoli previsti dalla vigente normativa, sulla soluzione presentata dall'aggiudicatario in sede di gara, all'esito della conferenza di servizi"».

in cui si addivene alla stipula con l'aggiudicatario».

Sulla base di simili premesse, pare superfluo ricordare che è proprio a partire da queste affermazioni che il giudice rimettente ha sconfessato l'opzione giurisprudenziale minoritaria favorevole all'estensione della responsabilità precontrattuale anche prima dell'aggiudicazione definitiva¹⁰².

Ora, prima di considerare quanto statuito dalla plenaria nella sentenza n. 5/2018 è bene anticipare un dato metodologico e premettere ciò che non si dirà: esclusa la "narrazione" della sentenza, si fornirà al lettore un'esposizione dei passaggi salienti, peraltro non (o meglio non sempre) nell'ordine proprio della pronuncia, ma seguendo piuttosto l'ordine delle esigenze sottese allo studio.

Ciò posto è bene allora porre qualche interrogativo utile a comprendere meglio i passaggi più critici della pronuncia, anche se può essere anticipata sin da subito un'impressione e cioè che con la pronuncia in oggetto sia stato posto un ulteriore "tassello" verso l'abbandono della frammentazione e a favore dell'unitarietà (e non già dell'unicità) della disciplina applicabile nella vicenda contrattuale.

Ebbene, in primo luogo vi è da chiedersi se la plenaria si sia pronunciata a favore dell'interpretazione fornita dal Consiglio di Stato e dalla Corte di cassazione negli anni 2013-2014 o se al contrario abbia seguito una via diversa, per giungere però al medesimo risultato (l'invocabilità di una responsabilità precontrattuale sin dal principio dell'avvio della gara), o ancora se abbia confermato l'interpretazione tradizionale sposata dal giudice rimettente.

Si può agilmente e immediatamente rispondere in senso negativo all'ultimo interrogativo, perché, al primo punto della parte in diritto, la plenaria afferma recisamente che «il dovere di correttezza e di buona fede oggettiva (e la conseguente responsabilità precontrattuale derivante dalla loro violazione) sia configurabile in capo all'Amministrazione anche prima e a prescindere dall'adozione del provvedimento di aggiudicazione definitiva» e che «tale responsabilità sia configurabile senza che possa riconoscersi rilevanza alla circostanza che la scorrettezza maturi anteriormente alla pubblicazione del bando oppure intervenga nel corso della procedura di gara».

I restanti due interrogativi sopra accennati attengono entrambi alla motivazione fornita a supporto della prima statuizione.

L'esigenza di sciogliere il quesito relativo alla innovatività della sentenza – ovvero

¹⁰² Non pare irrilevante sottolineare come poi anche la medesima ordinanza affermi la sussistenza di un'ipotesi di responsabilità precontrattuale, laddove sia provato che già al momento della pubblicazione della *lex specialis*, la stazione appaltante fosse già cosciente di non poter concludere la procedura. Sennonché, ammettere tale evenienza sul presupposto che il comportamento sarebbe rilevante ai sensi dell'art. 1337 c.c. «in quanto afferente ad un elemento prenegoziale qual è la proposta, e quindi in ultima analisi alle trattative» pare contraddire la tesi di cui la Sezione stessa si fa portatrice.

se essa aderisca o meno alle giustificazioni presentate nell'elaborazione pretoria precedente – si pone in ragione della scarsa chiarezza della pronuncia sul punto. Un dato questo che pare evidente dal confronto di due dei primi commenti alla sentenza.

Da un lato, infatti, vi è chi ha posto l'accento sul fatto che l'Adunanza abbia in realtà fornito una “rilettura” del disposto dell'art. 1337 c.c.¹⁰³; dall'altro lato, invece, chi ha ritenuto che il giudice al contempo abbia aderito all'orientamento minoritario e abbia voluto altresì fornire spunti ricostruttivi per una riflessione più ampia sulla possibilità di configurare una responsabilità per lesione dell'affidamento incolpevole al di là delle procedure ad evidenza pubblica¹⁰⁴. Il dubbio, come si diceva, è lecito.

Effettivamente la plenaria non afferma mai espressamente quanto statuito nei precedenti nn. 3831/2013 e 15260/2014 del Consiglio di Stato e della Corte di cassazione – ovvero che nella fase di scelta del contraente si possono rinvenire delle vere e proprie trattative o una formazione progressiva del contratto – limitandosi piuttosto ad un isolato e intempestivo richiamo (*infra*, §4.4.).

Anzi la plenaria talvolta pare sottrarsi al contrasto capitale emerso sul punto e talaltra sembra finanche escludere la duplice natura pubblicistico-negoziale della fase di scelta del contraente.

Nel primo senso, perché al punto 20 della sentenza, pur dando atto (con una apparente condivisione) delle ragioni contrarie espresse dal giudice rimettente¹⁰⁵, l'Adunanza giunge poi alla conclusione estensiva circa la configurabilità di una responsabilità precontrattuale, ma lo fa senza prodigarsi in una estesa e accurata motivazione.

Nel secondo senso, perché la plenaria, interrogandosi sulla portata del dovere di correttezza, afferma che quest'ultimo «è oggi tale da prescindere dall'esistenza di una formale “trattativa” e, a maggior ragione, dall'ulteriore requisito che tale trattativa abbia raggiunto un livello così avanzato da generare una fondata aspettativa in ordine alla conclusione del contratto».

In effetti, secondo il primo commento considerato, la sentenza supererebbe l'orientamento tradizionale «senza tentare una sussunzione della peculiare fase pubblicistica della formazione del contratto all'interno delle categorie tipiche della fattispecie astratta»¹⁰⁶. Non senza ragione, quella dottrina afferma che la plenaria avrebbe fondato la propria statuizione sulla base di una rilettura dei principi di buona fede e di correttezza.

¹⁰³ In tal senso, cfr. L. Giagnoni, *Responsabilità precontrattuale della P.A. anche prima dell'aggiudicazione*, in *Urb. app.*, 2018, 5, 645 ss.

¹⁰⁴ Così, F. Trimarchi Banfi, *La responsabilità dell'amministrazione per il danno da affidamento nella sentenza dell'adunanza plenaria n. 5 del 2018*, in *Corr. giur.*, 2018, 12, 1555 ss.

¹⁰⁵ Laddove si afferma che l'interpretazione testuale dell'art. 1337 c.c. e in particolare dei termini “parti”, “trattative” e “formazione del contratto”, anche alla luce dell'intenzione del legislatore storico, fornisce «un supporto» alla tesi tradizionale e maggioritaria.

¹⁰⁶ L. Giagnoni, *Responsabilità precontrattuale della P.A. anche prima dell'aggiudicazione*, cit., 651.

La progressione della sentenza pare effettivamente confermare l'assunto, tenuto conto che, esposta e superata la teoria della "solidarietà corporativa", la plenaria si sofferma sul ruolo rivestito dall'avvento della Costituzione repubblicana sull'interpretazione delle disposizioni codicistiche che impiegano le clausole generali. E qui vi è uno dei passaggi più interessanti e delicati (ma forse non dirimenti) della pronuncia.

I doveri di correttezza e buona fede non vengono solo collegati, in accordo con la recente giurisprudenza della Cassazione, con il più generale dovere di solidarietà sociale riconducibile all'art. 2 Cost.¹⁰⁷, ma sono ritenuti rafforzati dalla "qualità" del contatto sociale o del momento relazionale. Una qualità che, nell'economia della pronuncia e per naturale pulsione del giudice amministrativo, è connessa allo «*status* [...] pubblicistico rivestito dai protagonisti della vicenda "relazionale"»¹⁰⁸.

Senonché, da queste premesse la plenaria avrebbe potuto argomentare in ordine alla "quantità" del dovere solidaristico imputato all'amministrazione e avrebbe potuto (o dovuto?) calare quelle conclusioni nell'ambito della peculiare fase della scelta del contrente identificando nella fattispecie pubblicistica anche una dimensione negoziale. Come si è detto, invece, la plenaria non ha percorso questa via, preferendo percorrerne un'altra, ove il salto logico è evidente ai più.

Difatti, ai punti 25-27 della pronuncia, attraverso un'argomentazione che principia dalla nuova funzione del dovere di correttezza, si consuma il passaggio dalle "trattative" al "contatto sociale", così peraltro attribuendo all'art. 1337 c.c. un significato per alcuni incompatibile con il dato letterale¹⁰⁹.

Preso atto che il fine del dovere di correttezza non è più quello di favorire (solo) la stipula di un contratto valido e socialmente utile, la plenaria afferma che «nel disegno costituzionale, che pone al centro l'individuo (art. 2 Cost.), l'attenzione si sposta dal perseguimento dell'utilità sociale alla tutela della persona e delle sue libertà»; con la conseguenza che quel dovere si risolverebbe nella maggior parte dei casi in un compito il cui adempimento si pone a tutela della «libertà di autodeterminazione negoziale». Ed è qui che si consuma il salto logico. Poiché il dovere di correttezza non è più solo funzionale alla stipula del contratto, ciò «impedisce allora di restringerne lo spazio applicativo» ai soli casi in cui sia stato avviato un procedimento di formazione del contratto o comunque

¹⁰⁷ Sul punto, cfr. Cass., sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188; sez. III, 24 aprile 2015, n. 8412.

¹⁰⁸ Al punto 24, la Plenaria afferma infatti che «da chi esercita, ad esempio, un'attività professionale "protetta" (ancor di più se essa costituisce anche un servizio pubblico o un servizio di pubblica necessità) e, a maggior ragione, da chi esercita una funzione amministrativa, costituzionalmente sottoposta ai principi di imparzialità e di buon andamento (art. 97 Cost.), il cittadino si aspetta uno sforzo maggiore, in termini di correttezza, lealtà, protezione e tutela dell'affidamento, rispetto a quello che si attenderebbe dal *quisque de populo*».

¹⁰⁹ Così, L. Giagnoni, *Responsabilità precontrattuale della P.A. anche prima dell'aggiudicazione*, cit., 655.

alle ipotesi in cui sussistano trattative che abbiano raggiunto uno stadio molto avanzato e tale da ingenerare un ragionevole affidamento alla stipula del contratto¹¹⁰.

Non vi è chi non veda come la plenaria abbia voluto provare troppo se (e si badi, se) il fine sotteso a quelle enunciazioni di principio era solo quello di allargare le maglie dell'applicabilità dell'art. 1337 c.c. alle procedure “pubblicistiche” di scelta del contraente.

In realtà, vi è la possibilità di fornire un'altra interpretazione alla sentenza in commento ed è quella che, se non si va errando, è fatta propria dalla seconda dottrina citata nell'*incipit* del paragrafo.

L'impressione è cioè che la plenaria abbia affermato – quella dottrina dice “recisamente”, ma forse l'avverbio è iperbolico – «la qualificazione dell'intera procedura come trattativa agli effetti dell'art.1337 c.c.»¹¹¹ e che abbia fatto ricorso ad una motivazione del tutto imprevedibile per sostenere (*rectius*, confermare) qualcosa di più e cioè l'applicazione del principio di buona fede a tutti i rapporti (anche non negoziali) che intercorrono fra l'autorità amministrativa e i privati, quantomeno tutte le volte in cui da quella relazione emergano esigenze di tutela della più volte citata libertà di autodeterminazione negoziale¹¹².

Questa conclusione pare poter essere dimostrata osservando il tenore degli esempi riportati a supporto dell'argomentazione della sentenza.

Possono essere identificati due gruppi di “campioni” a cui fa ricorso l'Adunanza: alcuni si riferiscono all'attività negoziale, altri all'attività autoritativa.

I primi presuppongono la sussistenza di trattative, per cui si deve trarre la conclusione che nell'ambito dei rapporti precontrattuali non si possa prescindere dalla sussistenza delle medesime (altro è a dirsi invece per la presenza della negoziazione, che è invero assente nelle procedure aperte e ristrette). Appartengono a questo gruppo i formanti giurisprudenziali che ampliano sì l'ambito di applicazione dell'art. 1337 c.c., talvolta in senso oggettivo talaltra soggettivo, ma pur sempre ponendo come presupposto la

¹¹⁰ Cfr. *ibidem*. Si consideri che secondo l'A. «la buona fede e correttezza entrano nella fattispecie astratta di cui all'art. 1337 c.c. quali elementi caratterizzanti esclusivamente la condotta e non anche gli altri presupposti costitutivi della responsabilità, presupposti che mirano invece a circoscrivere la predetta responsabilità a ipotesi ben delineate (le trattative e la fase di formazione del contratto) alle quali difficilmente potrebbe attribuirsi il significato di “contatto sociale” senza passare per una riscrittura dell'enunciato».

¹¹¹ Cit., F. Trimarchi Banfi, *La responsabilità dell'amministrazione per il danno da affidamento nella sentenza dell'adunanza plenaria n. 5 del 2018*, cit., 1556.

¹¹² *Ivi*, 1557-1560. Correttamente l'A., rilevando che la conclusione dell'articolata riflessione svolta sul punto non figura poi nei principi di diritto, afferma che «questo si comprende, poiché essa è estranea ai quesiti posti dalla sezione rimettente; se ne avverte tuttavia l'eco nel primo principio di diritto, il quale afferma: “Anche nello svolgimento dell'attività autoritativa, l'amministrazione è tenuta a rispettare le norme generali dell'ordinamento civile [...]”».

sussistenza di trattative¹¹³. È il caso i) della responsabilità da contratto valido, ma svantaggioso; ii) della responsabilità del terzo che non è parte delle trattative, ma è comunque interessato alle stesse; iii) della responsabilità per violazione dei doveri di riservatezza o di custodia da adempiere nell'ambito di trattative.

I secondi invece, poiché riferiti all'attività autoritativa, vengono necessariamente sganciati dalla sussistenza di un rapporto precontrattuale¹¹⁴ – il caso è quello della responsabilità dell'amministrazione per inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento (art. 2-*bis*, comma 1, della l. n. 241/90) – con la conseguenza che la libertà di autodeterminazione negoziale assume rilievo al di fuori di vere e proprie trattative.

Sicché, pare potersi sostenere che la plenaria non abbia inteso escludere che la responsabilità precontrattuale nell'ambito dei procedimenti ad evidenza pubblica non presupponga la sussistenza di trattative o di una fase di formazione del contratto.

L'argomentazione a favore dell'estensione del concetto di trattativa tale da comprendere ogni contatto sociale qualificato risulterebbe pertanto funzionale ad un duplice scopo. Da un lato, per affermare l'invocabilità dei doveri di buona fede e correttezza anche al di fuori delle fattispecie negoziali; dall'altro lato, per evitare di scendere sul campo della giustificazione della qualificazione giuridica della vicenda dell'evidenza pubblica. Insomma, la plenaria avrebbe conseguito il risultato dell'estensione della responsabilità precontrattuale a tutta la fase dell'evidenza pubblica ragionando *a fortiori*: se la *responsabilità* da violazione del dovere di correttezza è valevole per le normali vicende di esercizio esclusivamente autoritativo del potere, essa non può essere esclusa e diviene *responsabilità precontrattuale* se riferita ad un procedimento funzionalmente inserito in una sequela che termina con la stipula di un contratto. Il che equivale a confermare – ma, si badi, non a provare – che la sussistenza di un modulo procedimentale pubblicistico, ma che risulti inserito in una vicenda negoziale, non escluda la configurabilità di trattative di diritto privato.

4.4. *La duplice natura pubblico-privata della fase di scelta del contraente. Dalla critica alla ricomposizione dell'argomentazione della plenaria, ripartendo dalle sentenze nn. 3831/2013 e 15260/2014 del Consiglio di Stato e della Corte di cassazione*

Il paragrafo precedente si concludeva rilevando l'insoddisfazione per

¹¹³ In questo senso, cfr. L. Giagnoni, *Responsabilità precontrattuale della P.A. anche prima dell'aggiudicazione*, cit., 655-656.

¹¹⁴ La Plenaria, infatti, al punto 35 si riferisce a casi la cui configurabilità è predicabile «al di fuori dell'ambito dei procedimenti amministrativi finalizzati alla conclusione di un contratto».

l'argomentazione impiegata dall'Adunanza plenaria nella sentenza n. 5/2018, laddove essa ha esteso, sulla base di un'argomentazione *a fortiori*, l'ammissibilità di una responsabilità precontrattuale anche alla fase che precede l'aggiudicazione definitiva. Insomma, la plenaria non avrebbe esplicitato un dato e cioè che l'evidenza pubblica si caratterizzerebbe anche per essere luogo di trattative privatistiche: il massimo consesso amministrativo ha solo affermato la configurabilità della responsabilità per *culpa in contrahendo*, ne ha definito i limiti (specie sul piano della valutazione dell'affidamento del privato, v. *infra*), ma non ha anche riflettuto sul presupposto di quella, ovvero sulla sussistenza delle trattative.

Ciò è vero, ma potrebbe dirsi che la considerazione che precede sia frutto più di un giudizio sul metodo che sul merito. Non che da una pronuncia tanto attesa non fosse auspicabile un maggiore indugio sul punto, ma almeno uno spunto, un indice sintomatico della riconducibilità del procedimento di scelta del contraente all'alveo delle trattative, sarebbe infatti rinvenibile in quello che nel paragrafo precedente è stato definito come un richiamo intempestivo. In effetti, come si è anticipato, la plenaria ha effettivamente rievocato i precedenti del 2013 e del 2014 del Consiglio di Stato.

Senonché quelle pronunce – che si ricordano aver identificato delle vere e proprie trattative nella fase dell'evidenza pubblica – sono state rievocate nell'ambito di una esposizione atta a provare, se non il contrario, almeno qualcosa di molto differente, e cioè che la sussistenza dei doveri di correttezza prescindono dalla sussistenza di trattative. Ed anzi, sorprendentemente, l'Adunanza afferma addirittura che è in quella «prospettiva» che devono essere lette le richiamate sentenze: dichiarazione peculiare se si considera che in quelle pronunce, come si dirà a breve, si elabora il concetto di trattative multiple, ai fini dell'applicazione dell'art. 1337 c.c.

Ancora una volta si ha allora l'impressione che la plenaria abbia colto l'occasione non tanto per sciogliere l'interrogativo sull'oggetto della remissione, quanto piuttosto per dilatare su di un piano più generale i confini di applicazione della buona fede e della correttezza all'attività amministrativa.

Ma, si badi, l'Adunanza non ha inteso svincolare il tema della *culpa in contrahendo* nell'evidenza pubblica dal tema delle trattative perché, seppur nell'ambito di una argomentazione “serpentina” e talvolta “enigmatica”, al punto 52 ci si imbatte nel seguente periodo: «[...] chi entra in una trattativa precontrattuale specie se condotta nelle forme del procedimento di evidenza pubblica [...]».

Non rimane allora che ripartire proprio da quelle pronunce che la plenaria ha (implicitamente) assimilato per affermare l'estensione della responsabilità precontrattuale, ma che ha esplicitamente impiegato solo per indagare il tema su di una scala più ampia.

Ebbene, se in precedenza sono state illustrate le conclusioni a cui sono giunti tanto

il Consiglio di Stato quanto la Corte di cassazione con le pronunce nn. 3831/2013 e 15260/2014 (*supra* §4.2.), in questa sede si dirà delle relative argomentazioni, giacché i due giudici non si sono affatto limitati ad affermare l'ammissibilità dell'estensione della responsabilità precontrattuale e la (conseguente) bidimensionalità dell'evidenza pubblica.

Due sono stati tradizionalmente gli ostacoli opposti all'affermazione della sussistenza di vere e proprie trattative (altro, si ripete, è a dirsi per la sussistenza del diverso profilo delle negoziazioni) nella fase di scelta del contraente ed è sulla base di quegli argomenti che verranno riportati gli assunti giurisprudenziali fatti propri nelle sentenze del 2013-2014.

Anzitutto, per parte della giurisprudenza la sussistenza di trattative richiederebbe fra i futuri contraenti «una relazione specifica di contiguità, un rapporto personalizzato» che sarebbe ontologicamente irreperibile nella fase che precede l'aggiudicazione, giacché essa «esplica [...] la funzione di garantire meglio l'interesse della p.a. alla conclusione del contratto più conveniente, ma non circoscrive la gara tra i contraenti nel senso previsto dall'art. 1337 c.c.»¹¹⁵. Inoltre, come peraltro affermato dal giudice rimettente al punto 10.4., pur in presenza di un innegabile contatto sociale fra le parti, «nessuna "trattativa" si realizza durante la fase pubblicitica dell'evidenza pubblica», perché in quel procedimento si instaurerebbe una mera competizione fra le imprese partecipanti, che, sulla base di parametri preventivamente fissati dalla legge e dalla stazione appaltante, è finalizzata soltanto all'individuazione della migliore offerta. In sostanza, per l'organo remittente non possono riscontrarsi trattative nel procedimento di evidenza pubblica perché esse presupporrebbero un margine di discrezionalità che è altrimenti escluso dalla preventiva e compiuta regolamentazione della gara.

Le considerazioni non sono condivisibili perché esse paiono fondarsi su dati (compresenza di concorrenti e assenza di discrezionalità) che, se non si va errando, non sono né necessariamente esatti, né sono capaci di escludere la fattispecie "trattativa"¹¹⁶,

¹¹⁵ Cass., sez. I, 29 luglio 1987, n. 6545. Si v. anche Cass., sez. un., 26 giugno 1986, n. 4251. Più di recente si v. Tar Campania, Napoli, sez. I, 18 marzo 2013, n.1508, secondo cui «la responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione ai sensi dell'art. 1337 c.c. presuppone un rapporto personalizzato tra la stazione appaltante e l'aspirante a contrarre che non è configurabile finché la procedura è in corso. Infatti, prima della conclusione della fase procedimentale dell'evidenza pubblica e della scelta dell'aggiudicatario, i concorrenti non hanno ancora la qualità di futuri contraenti e non possono essere qualificati come parti di una trattativa negoziale». Nello stesso senso, si v. Tar Campania, Napoli, sez. I, 26 novembre 2012, n. 4810.

¹¹⁶ Quando la giurisprudenza si appunta sulla assenza di discrezionalità, essa pare fare improprio ricorso ad un'affermazione normalmente utilizzata per predicare l'onere di immediata impugnazione dei bandi di gara. Difatti, affermando che «mediante l'adozione del bando, l'amministrazione consuma il proprio potere discrezionale e la successiva attività procedimentale è vincolata all'attuazione delle prescrizioni inderogabili fissate dalla *lex specialis* di gara» (Cons. St., sez. V, 6 maggio 2002, n. 2406) la giurisprudenza e la dottrina erano solite voler evidenziare il diverso profilo della ammissibilità dell'immediata caducazione di una clausola che, seppur illegittima, non avrebbe potuto essere discrezionalmente ignorata o

potendo al più incidere sul grado di affidamento del singolo partecipante¹¹⁷.

Innanzitutto, non sono necessariamente esatti perché – fermo restando che tanto per il Consiglio di Stato quanto per la Corte di cassazione la inderogabilità del procedimento non è di ostacolo alla sussistenza di trattative¹¹⁸ – non è affatto vero che il procedimento così come gli elementi essenziali del contratto sono sempre prestabiliti. La considerazione valevole per tutte le procedure risulta *a fortiori* valida per le procedure speciali.

Si pensi alle procedure competitive con negoziazione o al dialogo competitivo e si ponga l'attenzione innanzitutto al disposto dell'art. 62, commi 6 e 7. Che nella procedura competitiva con negoziazione non sussistano trattative è considerazione più che dubbia laddove è previsto che l'offerta del partecipante “costituisce la base per la successiva negoziazione” e che “le amministrazioni aggiudicatrici negoziano con gli operatori economici le loro offerte iniziali e tutte le successive da essi presentate”. Simili considerazioni possono riferirsi anche al dialogo competitivo, laddove l'art. 64, comma 5, prevede che “le stazioni appaltanti avviano con i partecipanti selezionati un dialogo finalizzato all'individuazione e alla definizione dei mezzi più idonei a soddisfare le proprie necessità. Nella fase del dialogo possono discutere con i partecipanti selezionati tutti gli aspetti dell'appalto”. Il dato pare poi ancor più evidente considerando che, ai sensi degli artt. 62, comma 11, e 64, comma 8, dette procedure possono svolgersi in fasi successive che progrediscono fintanto che l'amministrazione non abbia individuato l'offerta o le offerte più adeguate a soddisfare le proprie esigenze¹¹⁹.

Vi è poi che il dato relativo alla fisiologica assenza di un rapporto personalizzato fra stazione appaltante e privato contraente è inesatto perché esso non dovrebbe incidere sulla possibilità di indentificare delle trattative. E questo è il dato che con maggiore forza e chiarezza viene evidenziato nella sentenza n. 15260/2014 della Corte di cassazione.

La pronuncia si rivela determinante perché in essa si consuma un cambio di paradigma che può esprimersi nel passaggio dalle trattative bilaterali a quelle multilaterali e simultanee. La Corte afferma, infatti, che «la disciplina in materia di *culpa in contrahendo* non necessita [...] di un “rapporto personalizzato”» e che nell'evidenza pubblica (o

reinterpretata dall'amministrazione. Ora, che il bando di gara delimiti definitivamente le regole del procedimento non vi è dubbio alcuno; ciò però non significa che non vi siano trattative.

¹¹⁷ Vero è che talvolta il *quantum* incide anche sull'*an* (sovvieni alla memoria quanto affermato da S. Cimini, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche: uno studio critico*, Napoli, Editoriale scientifica, 2017, 105, in riferimento ad un tema del tutto diverso, ma che sarà ripreso nell'ultimo capitolo).

¹¹⁸ Sia il Cons. St., sez. V, 15 luglio, 2013, n. 3831, cit., che la Cass., sez. I, 3 luglio 2014, n. 15260, cit., hanno infatti affermato che «si è in presenza di una formazione necessariamente progressiva del contratto, non derogabile dalle parti, che si sviluppa secondo lo schema dell'offerta al pubblico».

¹¹⁹ Il che pare essere stato, seppur sbrigativamente, ammesso anche dalla sentenza della plenaria n. 5/2018 laddove al punto n. 54 afferma che uno degli indizi sintomatici ai fini della sussistenza della responsabilità precontrattuale può essere ricondotto «al tipo di procedimento di evidenza pubblica che viene in rilievo (anche tenendo conto dei diversi margini di discrezionalità di cui la stazione appaltante dispone a seconda del criterio di aggiudicazione previsto dal bando)».

meglio, nella fase che va dalla ricezione delle offerte al momento immediatamente precedente all'aggiudicazione definitiva) «l'amministrazione entra in contatto con una pluralità di partecipanti al procedimento negoziale, con ciascuno dei quali instaura trattative (c.d. multiple o parallele) che determinano la costituzione di un rapporto giuridico».

Muovendo ora dal piano della (riconosciuta) sussistenza di trattative nell'ambito dell'evidenza pubblica a quello della qualificazione giuridica dell'atto che dà avvio alla gara è bene avvertire che anche su quest'ultimo aspetto la plenaria ha tergiversato. In soccorso viene parte della giurisprudenza e della dottrina, dalla cui analisi emerge una contrapposizione principale: talvolta il bando di gara è considerato alla stregua di un'offerta al pubblico *ex art. 1336 c.c.* talaltra è ricondotto ad un semplice invito ad offrire¹²⁰.

Vi sono in primo luogo alcuni elementi, a carattere meramente sintomatico, che inducono ad escludere che si tratti di un'offerta al pubblico¹²¹.

In primo luogo, perché l'affermazione giurisprudenziale secondo cui l'evidenza pubblica, siccome fattispecie a formazione progressiva del contratto, «si sviluppa secondo lo schema dell'offerta al pubblico», è in realtà un'asserzione inserita nell'ambito di una argomentazione contraddittoria. Il contrasto è particolarmente evidente nella più volte citata sentenza del Consiglio di Stato n. 3831/2013¹²², ove il giudice amministrativo afferma anche che il procedimento negoziale contempla «normalmente un invito ad offrire della p.a. cui segue la proposta della controparte e l'accettazione finale della stessa p.a.». Con la conseguenza che la prima affermazione – lo svolgimento secondo lo “schema dell'offerta al pubblico” – rimane accidentale e contraddetta dalla ben più ponderata e analitica descrizione dello “schema dell'invito ad offrire”.

Il secondo luogo, vi è da rilevare che, a ben vedere, il riferimento all'offerta al pubblico nella giurisprudenza è servito anzitutto a svincolare il concetto di trattative dalla sussistenza del rapporto personalizzato, ovvero bilaterale: «del resto, anche nel diritto

¹²⁰ Utile segnalare che il giudice rimettente (Cons. St., sez. III, ord., 24 novembre 2017, n. 515, cit.) ipotizzava una “terza via”, ritenendo più corretto inquadrare la gara, nel suo avvio procedimentale, quale proposta di contratto *in incertam personam*, stante il fatto che «l'offerta di contratto è subordinata al superamento di una procedura di evidenza pubblica, all'esito della quale, non tutti, ma solo un soggetto potrà addivenire alla stipula del contratto». Si consideri che nell'offerta *in incertam personam* l'individuazione del destinatario è rimessa «all'iniziativa di un terzo [...] o comunque ad un meccanismo di determinazione *per relationem*» (A. Di Majo, *Offerta al pubblico (dir. priv.)*, *ad vocem*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, Giuffrè, 1979, 762. Cfr. anche R. Sacco e G. De Nova, *Il contratto*, I, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 2004, 115 ss.; G. Oberto, *Offerta al pubblico*, in *Dig. disc. priv. (sez. civ.)*, *ad vocem*, XIII, Torino, 1997, 10; G. Gorla, *Offerta «ad incertam personam» (Saggi per un nuovo tipo di nota a sentenza)*, in *Foro it.*, 1965, 1, 434 ss.).

¹²¹ La tesi in dottrina è stata sostenuta in particolare da M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, II, cit., 385.

¹²² Vero è che quest'ultima affermazione è contenuta nella sentenza del n. 3831/2013 del Consiglio di Stato e non anche in quella della Corte di cassazione, ma si deve pur sempre considerare che l'argomentazione di quest'ultima è stata articolata, per stessa ammissione del giudice civile, sulla base delle statuizioni del giudice amministrativo.

civile il modello formativo dell'offerta al pubblico presuppone normalmente il "contatto" con una pluralità di "partecipanti" al procedimento negoziale»¹²³.

A margine di queste considerazioni, vi sono altri elementi a supporto della negazione della qualifica del bando di gara siccome offerta al pubblico.

Il primo è logico prima ancora che giuridico. Se è vero quanto afferma l'ordinanza di rimessione (al pt. 11.1.) e cioè che l'evidenza pubblica sarebbe instaurata da un'offerta *ad incertam personam*, che, essendo completa di tutti gli elementi essenziali, impedirebbe la possibilità di identificare delle trattative, allora una volta che è stata riconosciuta la sussistenza di trattative viene necessariamente meno anche la riconducibilità della fattispecie allo schema dell'art. 1336 c.c.

Più in particolare, come osservato da una parte della dottrina, il bando di gara non potrebbe essere considerato al pari della proposta al pubblico di cui all'art. 1336 c.c., perché in quel caso l'offerta dovrebbe contenere gli "estremi essenziali del contratto", mentre la *lex specialis* definisce il prezzo a base d'asta, la cui determinazione è però rimessa alla proposta del partecipante¹²⁴. Vi è poi da rilevare che la proposta del privato non stabilisce solo il prezzo, ma può contribuire anche a definirne gli aspetti qualitativi e talvolta persino a modificarla tramite la presentazione di varianti¹²⁵. Il che suggerisce peraltro di ricordare che le procedure di scelta del contraente sono diverse e che per alcune di esse le considerazioni appena svolte valgono *a fortiori*, risultando per converso singolare l'affermazione del giudice rimettente, secondo cui in ogni caso l'offerta fatta dall'amministrazione sarebbe «sin dall'inizio completa degli elementi essenziali del futuro contratto (art. 1366 cc)», così da essere «esposta alla sola accettazione dell'oblato rivelatosi tale all'esito della selezione».

Si pensi alla seguente ipotesi. Un'amministrazione comunale è interessata alla riqualificazione e alla valorizzazione di un complesso di beni immobili di sua proprietà; consapevole delle proprie esigenze, ma non del come realizzarle, l'amministrazione avvia una procedura finalizzata all'individuazione e alla definizione dei mezzi più idonei a soddisfare le proprie necessità. Che tale procedura – riconducibile rispettivamente a quella competitiva con negoziazione o al dialogo competitivo a seconda del grado di

¹²³ Tar Calabria, Catanzaro, sez. II, 9 giugno 2009, n. 627, cit.

¹²⁴ Così, A. Quartulli, *Bandi di gara e inviti a licitazioni private*, in AA.VV., *Appalto di opere pubbliche*, a cura di A. Marzano, Roma, ESAC, 1987, 99 ss., spec. 112. Nello stesso senso, G. Greco, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato*, cit., 33. Vero è però che, oggi, l'art. 95, comma 7, d.lgs. n. 50/2016 prevede che laddove si faccia ricorso al criterio del miglior rapporto qualità-prezzo/costo (comma 2), l'elemento economico può assumere anche la "forma di un prezzo o costo fisso", che come tale si presta solo ad essere accettato dal privato. È però lo stesso comma 7 a ricordare che in tal caso, stante l'impiego del criterio di cui al comma 2, permarrà comunque la competizione sul criterio qualitativo.

¹²⁵ Ai sensi dell'art. 95, comma 14, del d.lgs. n. 50/2016, nei casi di uso del criterio del miglior rapporto qualità-prezzo/costo, l'amministrazione può esigere o anche solo autorizzare la presentazione di varianti (che devono comunque essere collegate all'oggetto contrattuale).

consapevolezza che l'amministrazione ha delle proprie esigenze – sia avviata sulla base di una proposta piuttosto che sulla base di un mero invito ad offrire, è considerazione alquanto dubbia¹²⁶. I bandi di gara che danno inizio a quegli *iter* procedurali paiono essere più propriamente idonei ad instaurare trattative, piuttosto che a costituire proposte suscettibili di «accettazioni sospensivamente condizionate al non sopravvenire [...] di dichiarazioni più vantaggiose di altri concorrenti»¹²⁷.

Ora, pare evidente che se lo schema dell'offerta al pubblico prevede che la conclusione del contratto derivi dalla sola “accettazione” dell'interessato¹²⁸, nell'ipotesi della contrattazione pubblicistica si realizza una fattispecie diversa, ove il privato, più che accettare, propone. Considerazione questa che pare sufficiente per aderire all'idea di quanti hanno affermato che il bando di gara andrebbe più correttamente qualificato come invito ad offrire¹²⁹. Si assisterebbe pertanto ad una doppia inversione delle parti: a monte della procedura «la proposta si trasforma in invito ad offrire e i possibili aggiudicatari divengono offerenti»¹³⁰, mentre a valle della procedura – ovvero a seguito dell'aggiudicazione, che ai sensi dell'art. 32, comma 6, d.lgs. 50/2016 non costituisce accettazione dell'offerta – la stazione appaltante torna soggetto proponente, seppur di una proposta il cui contenuto è recepito per intero dall'offerta dell'impresa aggiudicataria¹³¹.

A supporto di questa tesi si muove anche un dato letterale. Da un lato, la proposta del privato è qualificata dal d.lgs. n. 50/2016 come offerta¹³²; dall'altro lato, per le procedure ristrette, per il dialogo competitivo, per il partenariato per l'innovazione e per le procedure competitive con negoziazione, nelle quali l'offerta non può essere inoltrata

¹²⁶ In parziale deroga all'interpretazione letterale, una diversa considerazione potrebbe essere riferita tutt'al più all'ipotesi di ricorso al partenariato per l'innovazione. In tal caso, infatti, la procedura può dirsi instaurata sulla base di una vera e propria offerta al pubblico, in quanto l'oggetto dell'appalto è costituito anche dalle singole progettazioni innovative demandate alle imprese partecipanti e congruamente remunerate ex art. 65, comma 5 dal proponente medesimo.

¹²⁷ G. Oberto, *Offerta al pubblico*, cit., 10. Sembra aderire a detta tesi anche il giudice remittente, laddove al punto 11.1 afferma che la proposta iniziale della stazione appaltante è «esposta alla sola accettazione dell'oblato rivelatosi tale all'esito della selezione».

¹²⁸ Cfr. A. Torrente e P. Schlesinger, *Manuale di diritto privato*, cit., 528.

¹²⁹ Così, F. Messineo, *Il contratto in genere*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, Giuffrè, 1973, XXI, 324 ss. Si v. A. Tabarrini, *Il bando di gara*, in *Riv. trim. app.*, 1991, 2, 507 e E. Picozza, M. A. Sandulli e M. Salinas, *I lavori pubblici*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da G. Santaniello, X, Padova, Cedam, 1990, 280 ss.

¹³⁰ F. Messineo, *Il contratto in genere*, cit., 324.

¹³¹ *Contra*, R. Scognamiglio, *Art. 1336*, in *Dei contratti in generale*, in *Commentario del Codice Civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, Zanichelli, 1970, 198-199, secondo cui «che un'offerta possa successivamente scadere ad un mero invito ad offrire, ci pare tale da suscitare le più gravi perplessità». L'A. peraltro propone una lettura affatto scontata del fenomeno, ritenendo che l'offerta al pubblico dell'amministrazione si salderà solo con l'accettazione dell'oblato che risulti la più favorevole di tutte. Il contrasto fra la tesi di Messineo e di Scognamiglio è ben sintetizzato da G. Oberto, *Offerta al pubblico*, cit., 15.

¹³² Il rilievo era già mosso da G. Greco, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato*, cit., 120.

immediatamente ma solo a seguito della fase di prequalifica, il d.lgs. n. 50/2016 designa l'atto endoprocedimentale successivo al bando di gara come "invito a presentare un'offerta" o "invito ad offrire".

Vi è poi un'ultima critica mossa dalla dottrina favorevole all'inquadramento del bando di gara fra gli inviti ad offrire. Se la revoca della proposta non è più esercitabile da parte del proponente una volta che questi abbia preso conoscenza dell'accettazione altrui; se, per la dottrina favorevole alla qualificazione della fattispecie entro le maglie dell'art. 1336 c.c., l'accettazione si risolve nella mera partecipazione alla gara¹³³; allora pare arduo potersi giustificare la permanenza del potere di revoca (*id est*, di autotutela) in capo all'amministrazione proponente lungo tutta la procedura ad evidenza pubblica¹³⁴.

In definitiva, il bando di gara pare rappresentare chiaramente un atto amministrativo negoziale che in uno alla sua struttura di atto pubblicistico produce gli effetti privatistici propri dell'invito a trattare, sulla base del quale si vanno ad appuntare e a concorrere le offerte delle imprese partecipanti.

Detto che nella fase di scelta del contraente si rinvencono trattative parallele svolte nelle forme del procedimento amministrativo e che anche gli atti ivi inseriti si caratterizzano per la duplice natura pubblico-privata (come si è visto, il bando di gara è al contempo atto amministrativo generale e invito ad offrire), un ultimo accenno merita di essere svolto in relazione ai temi dell'affidamento del privato e delle ragioni sottese al recesso dalle trattative.

Si è ricordato che, ai fini della contestabilità della responsabilità precontrattuale, la giurisprudenza richiede, in particolare e per quanto qui rileva, due condizioni: che le trattative abbiano raggiunto uno "stadio avanzato", idoneo a far sorgere nella parte che si assume lesa "il ragionevole affidamento sulla conclusione del contratto"; che i negoziati siano stati interrotti senza un giustificato motivo (*supra* §4).

Quanto al primo dato, lo si è detto, vale un rapporto di presupposizione fra l'avanzamento delle trattative e la sussistenza di un legittimo affidamento: le trattative devono aver raggiunto uno stadio avanzato perché oggetto dell'affidamento è la conclusione del contratto.

Senonché, questo criterio di imputazione della responsabilità precontrattuale rischia di far sì che il cambio di paradigma registratosi sul campo dell'evidenza pubblica si traduca (in concreto) in quella che altrove è stata definita una vittoria di Pirro¹³⁵.

¹³³ Cfr. in tal senso, M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, II, cit., 386.

¹³⁴ Così, G. Greco, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato*, cit., 33. L'A. specifica a p. 120, in linea con quanto affermato da Messineo, che l'offerta in tali casi non è recata dal bando, ma «è certamente contenuta quanto meno nell'atto del concorrente privato, con il quale quest'ultimo chiede l'ammissione alla gara».

¹³⁵ Il riferimento è fatto a A. Passarella, *Responsabilità precontrattuale della p.a. anche prima dell'aggiudicazione: un passo in avanti o una vittoria di Pirro?*, cit.

Difatti, essendo il procedimento di evidenza pubblica assoggettabile al potere di autotutela preordinato al perseguimento dell'interesse pubblico, a rigore uno stadio avanzato – se inteso come «vicinanza oggettiva, secondo un criterio di normalità, delle trattative al perfezionamento dell'accordo»¹³⁶ – sarebbe identificabile, soprattutto nelle procedure ordinarie, nella sola fase che segue l'aggiudicazione definitiva.

Di ciò pare essersene avveduta l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, perché in quella sede l'affidamento viene effettivamente affrancato dalla conclusione del contratto.

In questo senso deve essere letta l'affermazione della plenaria, secondo cui affinché sorga una responsabilità precontrattuale è necessario che il privato dimostri di aver maturato «un affidamento incolpevole circa l'esistenza di un presupposto su cui ha fondato la scelta di compiere conseguenti attività economicamente onerose»¹³⁷. Se, come pare corretto, l'espressione sintetica “scelta di compiere attività economiche onerose” si traduce nella decisione di sostenere i costi per la predisposizione dell'offerta e nella rinuncia alla partecipazione in altre trattative, allora ciò significa che per la plenaria il presupposto su cui fondare la scelta del privato non può essere l'affidamento nella conclusione del contratto, ma qualcosa di più prossimo alla decisione di concorrere, ovvero la bontà e la serietà delle trattative¹³⁸.

La prospettiva non deve allarmare, perché essa muove dall'idea presupposta che l'affidamento e lo stadio di avanzamento delle trattative non interessino necessariamente l'*an* della responsabilità precontrattuale, ma solo il *quantum*.

D'altronde, come si è già ricordato (v. *supra* §4), in dottrina si è affermato che ai fini dell'*an* della responsabilità precontrattuale ciò che rileva è solo la coerenza e la non contraddittorietà del comportamento del recedente, mentre l'affidamento dell'altra parte non rileva perché «non incide sulla definizione della correttezza o non correttezza del recesso [...]»¹³⁹: in questa prospettiva, quella medesima dottrina si è domandata come si possa configurare un affidamento alla stipula del contratto ove permanga il diritto soggettivo al recesso dalle trattative¹⁴⁰.

¹³⁶ N. Sapone, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, Giuffrè, 2008, 224.

¹³⁷ Si v. il pt. 51 della sentenza n. 5/2018 dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (nella citazione, il corsivo è di chi scrive). Si consideri che già con la sentenza n. 6 del 2005 l'Adunanza plenaria aveva cercato di svincolare la responsabilità precontrattuale dall'affidamento alla stipula del contratto, scindendolo in due componenti: durante il procedimento, l'affidamento sulla possibilità di diventare affidataria; dopo l'aggiudicazione, l'affidamento sulla disponibilità del titolo abilitante alla stipulazione del contratto.

¹³⁸ Più in generale, sull'affidamento nella serietà delle trattative si v. in particolare D. Palmieri, *La responsabilità precontrattuale nella giurisprudenza*, Milano, Giuffrè, 1999, 350. Vero è che, a ricordarsi il doppio fine perseguito dalla sentenza n. 5/2018, potrebbe dirsi di essere dinanzi ad una formula compromissoria valevole tanto per l'attività precontrattuale quanto per quella autoritativa, ma questa affermazione non cambierebbe la sostanziale innovatività della statuizione giurisprudenziale.

¹³⁹ G.M. Racca, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, cit., 35.

¹⁴⁰ G.M. Racca, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, cit., 17. Si consideri sul punto quanto sostenuto da R. Sacco e G. De Nova, *Il contratto*, II, cit.,

Una conclusione questa che trova una conferma nella stessa sentenza della plenaria, poiché non solo il giudice amministrativo al punto 52 fa riferimento alla posizione di chi subisce il recesso dalle trattative «o, comunque, la lesione dell'affidamento sulla serietà delle stesse», ma anche perché al punto 54 lo “stadio avanzato delle trattative” non è inteso come presupposto (sull'*an*) della responsabilità, ma è piuttosto ricompreso fra i «sintomi in grado di condizionare il giudizio sull'esistenza dei [...] presupposti della responsabilità».

Ma come tutte le “rivoluzioni”, anche quella operata dall'Adunanza plenaria non è senza costi né senza malintesi, che nel qual caso muovono dalla incapacità di gestire la nuova convivenza del pubblico e del privato.

Vi è infatti che, una volta eliminato di fatto l'affidamento e ridotto il rilievo dello stadio di avanzamento delle trattative, l'amministrazione diviene soggetto facilmente aggredibile. Ed è qui che si consuma il fraintendimento.

Tenuto conto che – lo ricorda la plenaria stessa – nella vicenda contrattuale «è in gioco [...] l'interesse pubblico alla cui tutela è preordinato l'esercizio dei poteri di autotutela [...]» e che quindi l'autotutela risponde ai principi di funzionalizzazione e di doverosità, il giudice amministrativo, nella ricerca del «delicato punto di equilibrio», chiede uno sforzo al privato: stante la permanenza dei poteri di autotutela pubblicistica lungo tutta la fase che precede la stipula, egli deve sapere che «si assume un ineliminabile margine di rischio in ordine alla conclusione del contratto».

A margine della riemersione della formula “conclusione del contratto”, l'impressione è che la plenaria abbia avvertito i futuri contraenti del fatto che, essendo in gioco l'interesse pubblico, il recesso sarebbe tendenzialmente giustificato: e come è risaputo, perché sia fonte di responsabilità, il recesso deve essere ingiustificato.

Senonché, la plenaria pare fraintendere un elemento di base. La responsabilità precontrattuale dell'amministrazione non è responsabilità da provvedimento, ma da comportamento (*supra* §4.1.). Il che equivale a dire che la giustificazione connessa alla sussistenza di motivi di interesse pubblico è rilevante per valutare la legittimità del provvedimento – un provvedimento ingiustificato, ovvero non correttamente motivato da ragioni di interesse pubblico, è illegittimo perché viziato per eccesso di potere – e non già per vagliare la correttezza del comportamento: come ricordato da una parte della dottrina, un comportamento motivato da ragioni di interesse pubblico non è di per sé giustificato, perché il recesso ingiustificato non è quello non sorretto da giusta causa, ma quello

236-239. Per gli AA., infatti, l'affidamento nella stipula del contratto è «premature se la controparte non ha prestato il consenso» e questa situazione porterebbe ad un paradosso: la coincidenza fra il requisito per l'affidamento e quello per la conclusione del contratto.

scorretto, illogico o contraddittorio¹⁴¹.

5. L'unitarietà dei regimi applicabili nella fase dell'evidenza "pubblica". Le trattative e il futuro della negoziazione in sede di gara

L'analisi che precede ha evidenziato come gli ultimi approdi giurisprudenziali si muovano nel senso di riconoscere la bidimensionalità della fase di scelta del contraente.

Questa, infatti, lungi dal rappresentare soltanto un procedimento amministrativo sede di esercizio del potere autoritativo, rappresenta al contempo una fase di formazione progressiva del contratto in cui sono instaurate trattative informate ai canoni privatistici della buona fede e della correttezza. Sicché, può dirsi che si è assistito al passaggio dalla dicotomia alla unitarietà dei caratteri: la fase di scelta del contraente e quella antecedente alla stipula, nonché i rispettivi atti, non sono più o solo pubblici o solo privati, ma sono al contempo l'uno e l'altro.

Questo assunto nella sua absolutezza mera di essere chiarito, perché non si vuole affatto affermare che da questa evoluzione derivi l'uniformità o la coincidenza del pubblico e del privato, insomma che ne discenda un episodio di trasmigrazione verso un diritto comune. Si vuole solo sostenere che i due modelli possono essere compresenti, completando la fattispecie: il regime pubblicistico garantisce l'evidenza dell'azione amministrativa, attraverso un ancoraggio della attività ai canoni dell'art. 97 Cost. e dell'art. 1 della l. n. 241/90; il regime privatistico tutela i privati partecipanti alla gara, che risulterebbero altrimenti assoggettati all'autotutela pubblicistica senza possibilità alcuna di tutela, salvo che nei casi di atti di riesame illegittimi.

Si può allora definire un parallelismo con quanto affermato circa le ragioni della prima e più risalente connotazione in senso pubblicistico della fattispecie e cioè che le esigenze di tutela del privato partecipante sono state poste in entrambi i casi a presupposto del riconoscimento delle due nature: quella pubblicistica discende(va) infatti dall'esigenza di assicurare una garanzia nei confronti del partecipante escluso dalla gara o per quello non risultato aggiudicatario; quella privatistica, deriva invece dalla necessità di tutelare l'affidamento incolpevole di chi abbia contrattato invano con l'amministrazione.

Da ciò può farsi derivare una prima coordinata di sistema alla luce della quale indagare anche la fase esecutiva del contratto. Il caso della fase prodromica al contratto di

¹⁴¹ Così, G.M. Racca, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, cit., 31. Cfr. Cons. St., ad. plen., 5 settembre 2005, n. 6, secondo cui se è pur vero che siffatto provvedimento vale «a porre al riparo l'interesse pubblico dalla stipula di un contratto che l'amministrazione non avrebbe potuto fronteggiare», ciò non esclude la possibilità che sussista una lesione dell'affidamento suscitato dagli atti di gara prodromici.

appalto pubblico ha dimostrato che, nel diritto amministrativo, il regime pubblicistico e quello privatistico laddove necessario convivono e si completano.

Inoltre, nell'inverato superamento della concezione meramente pubblicistica della fase di scelta del contraente, laddove l'amministrazione dismettesse i panni del decisore unico convogliando i privati nel processo decisionale (*supra* cap. I, §4.1.) si potrebbe realmente concretizzare ciò che è stato affermato a seguito dell'adozione del d.lgs. n. 163/2006 e che trova oggi una solida conferma nell'astrattezza delle attuali regole codicistiche: il passaggio dell'evidenza pubblica dall'essere un "meccanismo" pensato per l'aggiudicazione di un progetto voluto e concepito esclusivamente dall'amministrazione a «una procedura volta alla scoperta della soluzione più adeguata al caso di specie mediante l'utilizzo di forme di dialogo e contraddittorio tra i soggetti interessati»¹⁴². Il che equivale ad affermare il compimento della logica negoziale nella sequela procedimental-pubblicistica: nelle trattative precontrattuali l'amministrazione (può) tratta(re). Con la conseguenza ulteriore (ma, si direbbe, meramente teorica) che si vedrebbe ridotta ulteriormente l'autoritatività della posizione dell'amministrazione contraente; ma, come si anticipava, si tratterebbe di un effetto dal risvolto eminentemente "speculativo" perché la dottrina ha già da tempo evidenziato che la smisurata precettività della normativa sulla gara non implica di per sé autoritatività, ma soltanto un'esaltazione della legalità-garanzia¹⁴³.

Ecco allora il vero (ma al momento solo auspicato) effetto delle trasformazioni in atto. Una volta canalizzata la fase dell'evidenza pubblica verso l'alveo delle trattative, l'unitarietà interna dei regimi applicabili dovrebbe implicare anche una maggiore presa d'atto sull'unitarietà dell'operazione economica che precede il momento attuativo del rapporto¹⁴⁴ e che per la dottrina più avveduta è adombrata dall'«ingombrante e deformante filtro» degli adempimenti burocratici¹⁴⁵. Altrimenti a dirsi, nell'ottica dell'amministrazione che contratta, sia pur nel rispetto del vincolo della funzione e quindi del seppur incompleto interesse pubblico in concreto definito a monte della gara (*supra* cap. I, §4.1.), la normativa dovrebbe superare l'«ipoteca contabile» che «nessun supporto può fornire a una verifica del risultato» e che «fa perdere di vista l'esigenza primaria o prioritaria, che è poi semplicemente quella di consentire la realizzazione del pubblico interesse attraverso

¹⁴² G.D. Comporti, *Lo Stato in gara*, cit., 277. A supporto della tesi l'A. evidenzia il disposto dell'art. 21-*quinquies*, comma 1-*bis*, l. 241/1990. La rideterminazione dell'indennizzo ivi previsto può essere compresa se e solo se si ammette che ad essa è presupposto «il riconoscimento di una possibile condivisione dei momenti di percezione della realtà, qualificazione-accertamento dei fatti e valutazione degli interessi che integrano le scelte di merito» (p. 279).

¹⁴³ Così, F. Ledda, *Per una nuova normativa sulla contrattazione pubblica*, cit., 323.

¹⁴⁴ M. Dugato, *Organizzazione delle amministrazioni aggiudicatrici*, cit., 674, secondo cui «il procedimento ad evidenza pubblica è un luogo in cui attività e organizzazione si fondono: la distinzione delle competenze tra organi si diluisce in un'azione omogenea ed unitaria».

¹⁴⁵ G.D. Comporti, *La flessibilità nelle negoziazioni pubbliche*, cit., 183.

la conclusione e la puntuale esecuzione di contratti vantaggiosi»¹⁴⁶.

In altre parole, il futuro delle contrattazioni pubbliche è segnato da due coordinate e da una direzione. Le prime sono quelle del dialogo fra le parti¹⁴⁷ e della ricomposizione delle frammentazioni procedimentali dell'evidenza pubblica, non più scissa in una fase antecedente all'aggiudicazione e una successiva, ma per l'appunto unitaria, protesa all'esecuzione¹⁴⁸ e da considerarsi nella sua globalità anche nell'ottica del superamento dei residui esempi di prevalenza del «valore ordinante dei tradizionali schemi procedimentali» che favoriscono (in negativo) «la difficile visione dell'unitarietà sostanziale dell'operazione economica»¹⁴⁹. La direzione è invece quella della valorizzazione del risultato: d'altronde, come è stato correttamente osservato, se è con gli appalti «che si compiono le attività di maggiore rilievo collettivo» ciò impone l'esigenza di un più deciso coordinamento fra la legalità, da un lato, e l'efficienza-efficacia, dall'altro¹⁵⁰.

¹⁴⁶ F. Ledda, *Per una nuova normativa sulla contrattazione pubblica*, cit., 320-321 e 347.

¹⁴⁷ Cfr. l'ampio studio di F. Gambardella, *Le regole del dialogo e la nuova disciplina dell'evidenza pubblica*, cit., 69-151.

¹⁴⁸ Si ricordi quanto si è detto in relazione alla considerazione che l'attuale regolazione riserva ai costi del ciclo di vita dell'appalto, alla valorizzazione della qualità dell'offerta sotto il profilo soggettivo dell'organizzazione, delle qualifiche e dell'esperienza del personale impiegato e alle condizioni di esecuzione (*supra* cap. I).

¹⁴⁹ G.D. Comporti, *La flessibilità nelle negoziazioni pubbliche*, cit., spec. 182-195.

¹⁵⁰ In tal senso, M. Dugato, *Organizzazione delle amministrazioni aggiudicatrici*, cit., 673, il quale avverte dell'attuale «ruolo meramente ancillare» che il risultato assume rispetto al «dominio» della concorrenza. Sul rapporto fra efficienza e corruzione, si v. in particolare G. Fidone, *Lotta alla corruzione e perseguimento dell'efficienza*, in *Riv. giur. mezz.*, 2016, 3, 753 ss., il quale sviluppa il ragionamento principiando dal condivisibile presupposto che corruzione e inefficienza siano problemi diversi «che vanno combattuti con gli opportuni diversi rimedi» (p. 760). Sulle potenzialità dell'attuale assetto regolatorio si v. G.D. Comporti, *La nuova sfida delle direttive europee*, cit., 27 ss. e M. Cafagno, *Analisi economica e procedure di gara per l'affidamento di contratti pubblici, alla luce delle nuove direttive europee*, in *Nuovo dir. soc.*, 2014, 21, 32 ss. Dello stesso A. da ultimo citato si v., seppur precedente alla direttiva 2014/24/UE, *Flessibilità e negoziazione. riflessioni sull'affidamento dei contratti complessi*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2013, 5-6, 991 ss., ove è svolta una approfondita analisi dei modelli di gara e si afferma che «la teoria insegna che per conseguire l'obiettivo dell'efficienza e della convenienza contrattuale la scelta dei modelli procedimentali deve duttilmente adattarsi alle proprietà delle sottostanti transazioni economiche, alle caratteristiche dei candidati, alle peculiarità del mercato in cui operano, alle specificità dell'ambiente competitivo [...] In breve, l'obiettivo di innalzare efficienza e convenienza impone soluzioni diversificate» (p. 1003).

CAPITOLO II

DALLA DICOTOMIA ALL'UNITARIETÀ DELLA VICENDA CONTRATTUALE

Sezione II

La riemersione del pubblico nella fase privatistica: l'estensione dello statuto pubblicistico e le ragioni di una "convivenza"

SOMMARIO: **1.** Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto. Ancora sul conflitto fra l'applicazione del regime privatistico e di quello pubblicistico; **1.1.** *La rilevanza dell'interesse pubblico a seguito della stipula del contratto. Riflessioni a margine dell'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione: dalla dicotomia alla commistione fisiologica (con effetti patologici).* **2.** Dall'unitarietà interna all'unitarietà esterna: dualità dei regimi applicabili e collegamento funzionale tra le due fasi della vicenda contrattuale. Alcune brevi riflessioni a partire da una lettura critica del regime delle varianti e della risoluzione del contratto. **3.** La qualificazione del potere esercitato nella fase esecutiva, muovendo dalla (incerta) tenuta del principio di funzionalizzazione a fronte del recesso dal contratto di appalto pubblico; **3.1.** *Gli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali relativi alla natura giuridica del recesso;* **3.2.** *Un rapporto di genere a specie?;* **3.3.** *Rilievi critici sulla sufficienza di un sindacato fondato sull'abuso del diritto;* **3.4.** *Precisazioni in ordine all'impiego dei concetti di potere pubblico, potere privato e diritto potestativo. Ripercussioni sistemiche sugli atti dell'esecuzione espressivi del potere unilaterale del committente pubblico;* **3.5.** *Considerazioni a margine: il dovere di motivazione e l'inammissibilità del recesso ad nutum;* **4.** Riflessioni conclusive sull'unitarietà della vicenda contrattuale: gli atti amministrativi negoziali e prime considerazioni in relazione alle ripercussioni sul riparto di giurisdizione in materia.

Sezione II

La riemersione del pubblico nella fase privatistica: l'estensione dello statuto pubblicistico e le ragioni di una "convivenza"

1. Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto. Ancòra sul conflitto fra l'applicazione del regime privatistico e di quello pubblicistico

Come si è più volte anticipato, con la stipula del contratto fa ingresso la fase privatistica, non fosse altro perché l'art. 30 del d.lgs. n. 50/2016 stabilisce che, salvo quanto previsto dal Codice medesimo e dagli atti attuativi, "alla stipula del contratto e alla fase di esecuzione si applicano le disposizioni del codice civile".

La scelta, operata a monte, di limitare l'analisi agli atti di intervento in autotutela esercitati dall'amministrazione consiglia da subito di evidenziare i profili su cui ci si soffermerà in questa Sezione.

Per farlo conviene anticipare un dato: dalla pretesa cesura fra la fase dell'evidenza pubblica e quella esecutiva, tanto la dottrina quanto la giurisprudenza hanno fatto conseguire una ben definita composizione dei poteri di autotutela pubblicistica e privatistica esercitabili dopo la stipula del contratto, laddove i primi sono limitati al solo annullamento d'ufficio, mentre i secondi corrispondono ai diritti potestativi di recesso e di risoluzione.

Ebbene, le problematiche relative ai due gruppi di poteri sono diverse, ma, come si vedrà, principiano da un presupposto comune (la natura privata della fase esecutiva) e saranno risolte sulla base di un medesimo approccio volto a superare la pretesa frammentazione delle discipline applicabili, non già per una aprioristica presa di posizione, ma in risposta a concrete esigenze di tutela dell'interesse pubblico in concreto perseguito con l'appalto e finanche, come si dirà a breve, del privato. Ma, come si diceva, i problemi sono differenti e in via di prima approssimazione possono essere così sintetizzati.

In relazione ai diritti potestativi, la questione riguarderà l'applicazione del regime privatistico (*id est*, dell'autonomia privata) ad atti (in particolare, a quello del recesso) che dovrebbero invece essere considerati i più funzionalizzati assieme a quelli di indizione della gara (*infra* §2 ss.). Con riferimento all'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione, tema che occuperà le prossime pagine, si pone invece il quesito relativo alla capacità di quel potere di incidere *ab externo* sul contratto. Questione che sorge non già per esigenze compilative, ma per risolvere la contraddizione esistente fra la incisiva pubblicizzazione dell'inefficacia (giudiziale) del contratto e l'applicazione della logica privatistica sottesa alla negazione dell'efficacia caducante dell'annullamento d'ufficio.

Ciò posto e principiando proprio da quest'ultimo tema, può dirsi che la sorte del

contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione definitiva ha posto ampie e complesse problematiche derivanti per buona parte dalla indubbia connessione fra le dinamiche pubblicistiche e quelle privatistiche. Vero è però che discorrere delle plurime teorie dottrinali e giurisprudenziali relative alla sorte del contratto a quasi dieci anni dall'intervento del legislatore potrebbe apparire un esercizio di stile ai limiti della storiografia e finanche superfluo ai limitati fini di quanto si intende qui dimostrare: si perdoni allora la scelta di fornire solo brevi e concise note sulle passate incertezze e sulle odierne previsioni legislative¹.

Ciò che qui rileva evidenziare è che la scelta del legislatore europeo (operata con la direttiva 2007/66/CE) e di quello nazionale (d.lgs. n. 53/2010) è stata quella di svincolare la vicenda della sorte del contratto sia dalla dimensione privatistica, che (per collocazione spazio-temporale) le sarebbe "logicamente" spettata, sia (ma in maniera meno netta) da quella pubblicistica, a sua volta altrettanto giustificabile (e giustificata) in ragione delle peculiarità della procedura che sta a monte del rapporto negoziale.

A dire il vero il travolgimento della lettura in chiave privatistica era già stato affermato in ragione dell'adozione dell'art. 14 del d.lgs n. 190/2002 e soprattutto a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 163/2006. I plurimi tentativi stratificatisi nel corso degli anni e che avevano cercato una soluzione aderente alla tassonomia civilistica – a) annullabilità per vizio del consenso o per incapacità di contrarre *ex art.* 1425 c.c. o per errore, violenza o dolo *ex art.* 1427 c.c.², con legittimazione talvolta riconosciuta *ex art.* 1441 c.c. alla sola amministrazione³; b) nullità virtuale per infrazione di norme inderogabili⁴; c) nullità a fronte dell'illiceità dell'oggetto⁵; d) nullità per assenza del consenso dell'amministrazione⁶ – furono infatti superati da accorta dottrina sulla base di un semplice, ma indubitabile, presupposto.

Prima l'art. 14 del d.lgs n. 190/2002 e poi l'art. 246 del d.lgs. n. 163/2006 avevano escluso, per le infrastrutture e gli insediamenti produttivi strategici, che la sospensione o l'annullamento dell'aggiudicazione comportassero la caducazione del contratto stipulato.

¹ La bibliografia in tema è amplissima. Senza alcuna pretesa di esaustività, oltre alle opere di seguito citate, in particolare per la dottrina antecedente alla riforma di cui alla l. n. 53/2010, si v. F. Goisis, *Ordinamento comunitario e sorte del contratto, una volta annullata l'aggiudicazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 1, 116 ss.; B. Marchetti, *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto: esperienze europee a confronto*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 1, 95 ss.; F.G. Scoca, *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2007, 2, 797 ss.; V. Cerulli Irelli, *L'annullamento dell'aggiudicazione e la sorte del contratto*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, 11, 1195 ss.

² Cfr. Cass., 17 novembre 2000, n. 14901; 8 maggio 1996, n. 4269; 28 marzo 1996, n. 2842; 26 luglio 1993, n. 8346.

³ Cfr. Cass., sez. II, 21 febbraio 1995, n. 1885.

⁴ Cfr. Cons. St., sez. V, 5 marzo 2003, n. 1218 e Tar Campania, Napoli, sez. I, 29 maggio 2002, n. 3177.

⁵ Cfr. Tar Lombardia, Milano, sez. III, 28 febbraio 2002, n. 857.

⁶ Si v. V. Lopilato, *Vizi della procedura di evidenza pubblica e patologie contrattuali*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2006, 1519 ss.

Senonché, trattandosi di una deroga riferita esplicitamente alle sole infrastrutture e agli insediamenti produttivi strategici, si è detto che «ciò significa che la disciplina normale, ordinaria è quella opposta, cioè che l'annullamento degli atti amministrativi che precedono e condizionano il contratto comporta anche la caducazione del contratto»⁷.

Posto che l'eccezione legislativa assolveva al contempo anche la funzione «di interpretazione autentica di quanto intende derogare»⁸ e dato che il termine di riferimento diveniva di tutta conseguenza quello della “caducazione”, la tradizionale concezione privatistica della vicenda era così ritenuta doppiata e sostituita dal meccanismo (tutto pubblicistico) dell'invalidità derivata⁹.

Senonché, se il movimento che si è descritto andava, ancora una volta, dal diritto privato al diritto pubblico, secondo il tradizionale e ben consolidato moto polarizzato proprio di un modello dicotomico, con la direttiva ricorsi 2007/66/CE e con il d.lgs. n. 53/2010 (la cui disciplina nella parte *de qua* verrà poi trasposta nel codice del processo amministrativo) il pendolo si è però fermato a “metà strada”. Come osservato in dottrina, infatti, dagli artt. 121-125 c.p.a. emerge la centralità di un termine «volutamente neutro» e «al contempo eventuale, flessibile, funzionale»¹⁰: ovvero quello di *inefficacia* del contratto.

Per chiarire il dato positivo e circoscrivere lo studio, merita di essere operata una prima distinzione.

Vi è tuttora una netta differenza di regime fra i contratti “ordinari” e quelli relativi alle infrastrutture strategiche di cui al comma 4 dell'art. 125 c.p.a. Per i primi, infatti, l'inefficacia è conseguenza (come si anticipava) eventuale e variabile (artt. 121-124 c.p.a.); per i secondi, invece, l'art. 125 c.p.a. vuole che la regola sia quella della persistente efficacia del contratto, fatte salve le ipotesi più gravi di violazione della normativa di riferimento¹¹. In linea con l'oggetto della trattazione, l'attenzione di seguito verrà concentrata solo sul primo tipo di contratti.

⁷ F. Merusi, *Annullamento dell'atto amministrativo e caducazione del contratto*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2004, 2, 569 ss. (spec. 570). Nello stesso senso si v. E. Sticchi Damiani, *La caducazione del contratto per annullamento dell'aggiudicazione alla luce del codice degli appalti*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2006, 11, 3719 ss., 3721-3723.

⁸ F. Merusi, *Annullamento dell'atto amministrativo e caducazione del contratto*, cit., 571.

⁹ Così, E. Sticchi Damiani, *La caducazione del contratto per annullamento dell'aggiudicazione alla luce del codice degli appalti*, cit., 3726. L'A. rileva che nel d.lgs. n. 163/2006 non solo non è mai impiegato il termine “annullabilità”, ma che la “nullità” è stata prevista in ipotesi tassative (non quindi per la sorte del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione). In particolare, per contrastare la tesi della nullità strutturale, l'A. rimarca il superamento, recato dall'art. 11, comma 7, della coincidenza fra aggiudicazione definitiva e accettazione dell'offerta (p. 3724).

¹⁰ E. Sticchi Damiani, *Annullamento dell'aggiudicazione e inefficacia funzionale del contratto*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 1, 240 ss., spec. 246.

¹¹ L'art. 125 c.p.a. prevede, infatti, che la sospensione o l'annullamento dell'affidamento non comportino la caducazione del contratto stipulato e che il risarcimento del danno eventualmente dovuto sia disposto solo per equivalente, ma fa comunque salva “l'applicazione degli articoli 121 e 123”.

Dal combinato disposto degli artt. 121-122 c.p.a. emergono due fattispecie di violazioni. Da un lato vi sono quelle più gravi e tassativamente identificate dall'art. 121, comma 1, che per comodità possono essere raggruppate nei due sottogruppi delle violazioni degli obblighi pubblicitari (lett. *a-b*) e delle infrazioni dello *stand still period* (lett. *c-d*). Dall'altro lato, vi sono le ipotesi residuali, ma per così dire ordinarie (perché non tipizzate) e che sono recate dall'art. 122.

Per le fattispecie più gravi opera un sistema a due livelli. La regola è quella della perdita di efficacia del contratto. Difatti, il primo comma dell'art. 121 c.p.a. prescrive (almeno secondo la dottrina maggioritaria¹²) il dovere del giudice di dichiarare, con pronuncia costitutiva, l'inefficacia, che, in ragione delle deduzioni di parte e della valutazione della gravità della condotta dell'amministrazione e della situazione di fatto, potrà operare *ex tunc* o *ex nunc*. Il secondo comma, però, fa salva la possibilità che, pur a fronte delle medesime violazioni, il contratto resti comunque efficace, laddove il giudice accerti "che il rispetto di esigenze imperative connesse ad un interesse generale imponga che i suoi effetti siano mantenuti"; in quest'ultimo caso, fermo restando il risarcimento del danno patito dal ricorrente, troveranno applicazione le sanzioni di cui al comma 1, lett. a) e b) dell'art. 123 c.p.a., la cui irrogazione, ai sensi del comma 3, è comunque vincolata nell'*an* nelle ipotesi di violazione dello *stand still period*¹³.

Per quanto attiene invece alle ipotesi residuali non sussiste nessuna inefficacia "doverosa", perché, come si dirà nel prossimo paragrafo, l'art. 122 c.p.a. attribuisce *de plano* la relativa decisione al giudice.

1.1. *La rilevanza dell'interesse pubblico a seguito della stipula del contratto. Riflessioni a margine dell'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione: dalla dicotomia alla commistione fisiologica (con effetti patologici)*

Muovendo dalle brevi annotazioni svolte nel paragrafo precedente si può ora riflettere sul rapporto fra annullamento in autotutela e caducazione del contratto di appalto.

Per farlo è bene trarre una prima conseguenza dal descritto sistema normativo. In

¹² Si v. M. Lipari, *Il recepimento della "direttiva ricorsi": il nuovo processo super accelerato in materia di appalti e l'inefficacia "flessibile" del contratto nel d.lgs. n. 53 del 2010*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2010, 1, 56 ss. Critico sul punto è F. Cintioli, *Le innovazioni del processo amministrativo sui contratti pubblici (ancora in difesa del processo di parti)*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1, 3 ss., il quale avverte che «da più parti si è visto proprio nella direttiva il fondamento di un potere-dovere giudiziale di dichiarare l'inefficacia anche in carenza di una domanda di subentro e di un interesse del ricorrente. La privazione di effetti del contratto, nel caso dei vizi gravi, costituirebbe una vera e propria sanzione prima ancora che una forma di protezione della parte ricorrente» (p. 29).

¹³ In tal senso, sostenendo l'«impronta sanzionatoria» della misura, cfr. Tar Lombardia, Brescia, sez. II, 25 giugno 2013, n. 610.

relazione alla sorte del contratto, le disposizioni in commento hanno attribuito una rilevanza determinante all'interesse pubblico; e, poiché di esso “dispone” il giudice amministrativo, quest'ultimo diviene titolare di un ampio potere discrezionale o, come è stato altrimenti affermato, di un «un potere sostanzialmente di merito limitato dal solo parametro della ragionevolezza»¹⁴.

Il dato comunque più importante su cui riflettere *de iure condito* e che funge da presupposto rispetto alla qualificazione “giudice amministratore” – espressione che in realtà non dice nulla di nuovo, ma che fotografa una progressione del sistema giustizia e che consente al più di formulare qualche considerazione *de iure condendo*¹⁵ – è che gli artt. 121 e 122 c.p.a. hanno consegnato all'interprete la possibilità di rileggere o, meglio, di rivalutare la persistente rilevanza dell'interesse pubblico sotteso al contratto. Si potrebbe dire infatti che sia mutata la percezione sul rapporto fra interesse pubblico e stabilità del vincolo: l'interesse non sarebbe più evidenza negativa dell'instabilità del vincolo e quindi dello “strapotere” autoritativo dell'amministrazione, ma nell'attuale sistema «giudice-centrico»¹⁶ esso assumerebbe valore positivo ai fini del mantenimento dell'efficacia del contratto.

Nel “nuovo” impianto legislativo, infatti, l'interesse pubblico assume una rilevanza determinante ai fini della decisione giudiziale sulla sorte del contratto perché è l'unico fattore ad essere valorizzato nell'ambito del rapporto dialettico con l'altro polo della

¹⁴ E. Sticchi Damiani, *Annullamento dell'aggiudicazione e inefficacia funzionale del contratto*, cit., 263. In tal senso, si considerino i quattro livelli della modulazione della decorrenza dell'inefficacia (art. 121, comma 1), la derogabilità all'ordine legale dell'inefficacia del contratto nelle ipotesi più gravi (art. 121, comma 2), la determinazione della sorte del rapporto a fronte delle violazioni residuali (art. 122) e la determinazione in ordine al *quid* e al *quantum* del potere sanzionatorio attribuito dall'art. 124 c.p.a.

¹⁵ Tema rinnovato dalla recente sentenza della sesta sezione del Consiglio di Stato del 25 febbraio 2019, n. 1321, secondo cui «in alcuni casi, può accadere che la pervicacia degli organi amministrativi a reiterare le statuizioni annullate integri una elusione (palese o occulta) del giudicato: in tal caso deve ammettersi la possibilità, per il giudice dell'ottemperanza, di sindacare anche su aspetti non pregiudicati dalla sentenza. Ma anche in una vicenda come quella in esame – in cui, per le ragioni anzidette, l'alternarsi di tre diverse Commissioni non consente di ravvisare nel nuovo vizio di illegittimità un palese sintomo dell'intento di non attuare il giudicato –, il susseguirsi di tre giudicati di annullamento ha comunque l'effetto di «svuotare» l'amministrazione del proprio potere discrezionale. Con la precisazione che il giudicato costituisce, in tale ipotesi, un vincolo alla discrezionalità amministrativa operante come “fatto” e non come “atto”. Sul tema si v. S. Lucattini, *Il giudice amministrativo alla prova dei fatti*, in *Dir. e proc. amm.*, 2017, 3, 1415 ss., il quale evidenzia la «tendenza del giudice amministrativo a riconoscere al privato, in omaggio all'effettività, utilità maggiori di quelle che gli spetterebbero sulla base del diritto sostanziale, anche a costo di spogliare l'amministrazione delle proprie prerogative decisorie e fin quasi a confondere l'effettività della tutela giurisdizionale con l'efficacia dell'azione amministrativa» (p. 1436). Cfr. altresì P. Carpentieri, *Azione di adempimento e discrezionalità tecnica (alla luce del codice del processo amministrativo)*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 2, 385 ss. (spec. 423-427), secondo cui la «lettura delle recenti novità processuali orientata al solo criterio della effettività-satisfattività [...] condurrebbe ad un sistema a “governo dei giudici” e a un diverso equilibrio istituzionale, in cui la decisione finale di gestione amministrativa sarebbe in definitiva riservata al potere giurisdizionale [...] anche per i suoi aspetti decisorii (discrezionali e valutativi) riservati all'esecutivo» (p. 424).

¹⁶ S. Vaccari, *La dichiarazione di inefficacia del contratto ex artt. 121 e 122 c.p.a. come misura processuale satisfattoria*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 1, 255 ss., 315.

vicenda comparativa costituito dal subentro nel contratto. Ma è bene avvertire che il subentro e l'interesse pubblico agiscono su piani differenti: il subentro è il fine generale della dichiarazione di inefficacia¹⁷ – salvo che per il caso della privazione degli effetti conseguente alle violazioni degli obblighi pubblicitari (*sub* art. 121, lett. *a-b*)¹⁸ – mentre la tutela dell'interesse pubblico è, al contrario, proprio lo scopo del mantenimento dell'efficacia del contratto.

È a quest'ultimo fine, infatti, che l'art. 121, comma 2, c.p.a. valorizza ed enumera a titolo esemplificativo¹⁹ alcune esigenze imperative connesse all'interesse generale: a) quelle “imprescindibili di carattere tecnico o di altro tipo, tali da rendere evidente che i residui obblighi contrattuali possono essere rispettati solo dall'esecutore attuale”; b) quelle relative ad interessi economici, ma valorizzabili “solo in circostanze eccezionali in cui l'inefficacia del contratto conduce a conseguenze sproporzionate”²⁰. Diverso, ma solo perché più generico, è invece il disposto dell'art. 122, ove il rilievo è posto sull'interesse delle parti (in specie quello dell'amministrazione) e allo stato di esecuzione del contratto, così lasciando ampio margine di apprezzamento al giudice.

Nell'ottica di analizzare i movimenti fra pubblico e privato lo studio potrebbe fermarsi qui, perché risulterebbe assolutamente contraddetta la già ricordata tesi secondo cui dopo la stipula l'interesse pubblico perderebbe di rilevanza²¹. Quanto precede infatti confermerebbe l'ineluttabilità della commistione fra pubblico e privato e quindi di converso la pretesa meramente ideologica di definire un rapporto dicotomico fra i due poli.

Senonché, la compresenza del pubblico e del privato, che può essere fisiologica (e l'ipotesi degli appalti ne è emblematica), nel caso di specie ha anche alcuni risvolti patologici, soprattutto quando si tratta di riflettere in merito al rapporto fra annullamento in autotutela e stabilità del vincolo contrattuale: difatti muovendo dalla collocazione privatistica della vicenda, parte della dottrina restituisce un sistema “contraddittorio” perché tradisce la logica da cui prende le mosse.

Si riparta allora da qui. È ricorrente e non necessariamente errata l'affermazione secondo la quale, al pari di ogni privato, l'amministrazione che stipula un contratto non potrebbe sciogliere unilateralmente il vincolo negoziale in assenza di una disposizione

¹⁷ Questa è la tesi di E. Sticchi Damiani, *Annullamento dell'aggiudicazione e inefficacia funzionale del contratto*, cit., *passim.*; nello stesso senso, cfr. M. Nunzia, *La sospensione degli effetti del contratto da parte del giudice amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 1, 91 ss., spec. 96.

¹⁸ In tal caso essendo mancata una gara, non vi potrebbe essere domanda di subentro, ma ricorrerebbe un'ipotesi in cui è fatto obbligo di “rinnovare” la gara.

¹⁹ Altro non potendo essere il significato dell'impiego dell'espressione “*fra l'altro*”.

²⁰ Ai sensi del comma 2 dell'art. 121 non sono esigenze imperative gli “interessi economici legati direttamente al contratto, che comprendono fra l'altro i costi derivanti dal ritardo nell'esecuzione del contratto stesso, dalla necessità di indire una nuova procedura di aggiudicazione, dal cambio dell'operatore economico e dagli obblighi di legge risultanti dalla dichiarazione di inefficacia”.

²¹ Così, M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, II, cit., 363 ss.

che attribuisca un potere di tal fatta²². E così, proprio con riferimento alla capacità dell'annullamento d'ufficio di incidere sul contratto, si sostiene che «essendo tale negozio giuridico un istituto privatistico, esula da esso ogni possibile scelta discrezionale della stazione appaltante sul mantenerlo in vita o meno»²³. D'altronde, poiché l'annullamento d'ufficio conferisce espressamente solo il potere di incidere sul provvedimento amministrativo presupposto e non già sul contratto, la caducazione degli effetti del contratto determinata per tale via implicherebbe una palese violazione dell'art. 1372 c.c.²⁴. Sicché, l'amministrazione per svincolarsi "autonomamente" potrebbe utilizzare solo i poteri di autotutela privatistici riconosciuti dall'ordinamento (*id est*, quello di recesso e di risoluzione), dovendo altrimenti rimettersi alla determinazione del giudice amministrativo a cui sarebbe attribuita la capacità decisionale.

Ciò posto, per comprendere la contraddizione è conveniente considerare che è la stessa dottrina che esclude la permanenza in capo all'amministrazione del potere di aggressione *ab externo* sul vincolo negoziale a riconoscere che nella vicenda tutta giurisdizionale dell'annullamento-inefficacia una delle "vittime" sia proprio l'originario aggiudicatario/contraente «la cui posizione non pare presa in alcun modo in considerazione ai fini della pronuncia di inefficacia»²⁵.

Ora, se si abbandonasse il riferimento depersonalizzato al "vincolo contrattuale" e si potesse affermare che ai sensi dell'art. 1372 c.c. la tutela della stabilità del vincolo non si risolve solo in una tutela del contratto in quanto tale²⁶, ma anche, seppure mediatamente, in una tutela dei contraenti che non potranno "subire" lo scioglimento del contratto se non per mutuo consenso o per cause ammesse dalla legge, ci si renderebbe conto dell'insana-contraddizione che si viene a creare.

In nome della collocazione privatistica della vicenda e della logica che ne sta alla base si esclude, da un lato, la forza caducatoria dell'annullamento d'ufficio, ma si "toltera" l'intervento di un giudice nella cui ottica la tutela della stabilità non discende anche

²² L'affermazione è senz'altro corretta e la prassi legislativa ne ha dato talvolta conferma laddove il legislatore ha adottato una disposizione (ora abrogata) che abilitava l'amministrazione ad incidere sul vincolo contrattuale tramite l'adozione di provvedimenti di annullamento d'ufficio al fine di conseguire risparmi o minori oneri finanziari (art. 1, comma 136, della l. 30 dicembre 2004, n. 311).

²³ S. Vaccari, *La dichiarazione di inefficacia del contratto ex artt. 121 e 122 c.p.a. come misura processuale satisfattoria*, cit., 315.

²⁴ Così, F.G. Scoca, *Provvedimenti di autotutela e loro qualificazione: nuovo conflitto sulla giurisdizione*, in *Giur. it.*, 2012, 11, 2398 ss. (spec. 2403) e E. Sticchi Damiani, *Annullamento dell'aggiudicazione e inefficacia funzionale del contratto*, cit., 267.

²⁵ E. Sticchi Damiani *Annullamento dell'aggiudicazione e inefficacia funzionale del contratto*, cit., 265.

²⁶ Su cui fondamentale è il rinvio a F. Galgano, *Art. 1372 (Efficacia del contratto)*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca, Libro quarto – Delle obbligazioni*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, Zanichelli, 1993, 1-57. Per l'A. «l'intangibilità del contratto non è, puramente e semplicemente, intangibilità dell'accordo raggiunto, ma è l'intangibilità di un accordo idoneo ad assolvere la funzione cui il contratto è destinato».

da esigenze di protezione delle ragioni dell'altro contraente, ma da valutazioni esclusivamente attinenti all'interesse pubblico sotteso al contratto e all'interesse al subentro, che è interesse sì privato, ma in primo luogo pubblico, essendo manifestazione dell'interesse alla concorrenza²⁷. Insomma, il contraente che vede annullata la sua aggiudicazione subirebbe la dichiarazione giudiziale di inefficacia in ragione della non preponderanza dell'interesse dell'amministrazione rispetto a quello del subentrante, senza alcuna considerazione della sua posizione. Non a caso è lo stesso Sticchi Damiani ad affermare che l'inefficacia del d.lgs. n. 104/2010 assume «caratteri evidentemente più pubblicistici», per poi chiedersi «che contratto sia quello la cui sorte è segnata dall'esito di un conflitto tra due interessi pubblici e rispetto ai quali la parte privata risulta sfornita di una qualsiasi tutela»²⁸.

L'attribuzione della determinazione sull'efficacia del vincolo al solo giudice amministrativo, pur muovendo da una logica privatistica, comporterebbe così la massima funzionalizzazione del contratto, perché la stabilità di quest'ultimo discenderebbe solo dalla prevalenza dell'interesse pubblico e non già dall'esigenza di tutelare la continuità del rapporto «nell'interesse» anche dell'altra parte contrattuale.

Ora, potrebbe dirsi che «l'interprete non sia mai pago», perché in tal caso si sarebbe dinanzi ad un'ipotesi conclamata di convivenza, neppure troppo forzata, fra pubblico e privato. A ben vedere, poi, non sarebbe neppure così inverosimile che il diritto privato a contatto con la funzionalizzazione pieghi necessariamente parte dei suoi caratteri a favore delle istanze pubblicistiche²⁹, specialmente se si considera la descritta rilevanza dell'interesse pubblico nell'attuale sistema della contrattazione (*supra* cap. I): ed anzi ciò è proprio quanto si sosterrà nei prossimi paragrafi.

Senonché la contraddizione fra presupposto ed esito è molto marcata e ricorda in

²⁷ Così, E. Sticchi Damiani, *Brevi note in tema di annullamento dell'aggiudicazione ed effetti sul contratto: i poteri del giudice alla luce del codice del processo amministrativo*, in *Ius publicum network review*, settembre 2012, in particolare a p. 10, secondo cui «emerge quindi la rilevata dialettica tra tutela della concorrenza conformata al concreto interesse del ricorrente e gli interessi pubblici sottesi al contratto, il cui temperamento è affidato alla ponderazione del giudice. In particolare, a fronte dell'interesse pubblico alla conservazione del contratto, la tutela della concorrenza tende sempre più a coincidere con l'interesse del ricorrente al subentro». Quanto alla pubblicizzazione degli interessi delle parti, si consideri quanto affermato da E. Follieri, *La prospettiva amministrativistica sugli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2004, 9, 2757 ss., ovvero che «sono resi pubblici dalle leggi – e, quindi, tutelati nell'esercizio del potere della p.a. volto a scegliere il contraente – non solo l'interesse che fa capo al soggetto pubblico, ma anche gli interessi di cui sono portatori le altre parti. In particolare, sono pubblici sia l'interesse (patrimoniale) della stazione appaltante che gli interessi delle imprese alla *par condicio*, alla corretta concorrenza, alla trasparenza, ecc.» (p. 2761).

²⁸ E. Sticchi Damiani, *Annullamento dell'aggiudicazione e inefficacia funzionale del contratto*, cit., 268. Nello stesso senso, cfr. A. Angiuli, *Contratto pubblico e sindacato del Giudice Amministrativo*, cit., 109-110, secondo cui la natura e l'ampiezza del controllo del giudice sugli effetti del contratto potrebbero essere inquadrati siccome «indici della oggettiva collocazione di valutazioni di stampo pubblicistico anche nella vicenda contrattuale dell'esecuzione».

²⁹ In tema si v. S. Vinti, *Limiti funzionali all'autonomia negoziale*, cit., *passim*.

parte quella sorta in tema di responsabilità precontrattuale, laddove si è detto incoerente il rapporto fra l'applicazione del diritto privato (che ha portato all'identificazione delle trattative e all'anticipazione della responsabilità) e i contemperamenti pubblicistici (ovvero, la pretesa, qui criticata, che l'interesse pubblico giustifichi il recesso e che quindi escluda di fatto la responsabilità, v. *supra* cap. II, sez. I, §4.4.). Per di più essa si accompagna ad una ulteriore contraddizione, perché, come sarà presto chiarito, ammettere l'annullamento d'ufficio a seguito della stipula ma escluderne l'efficacia sul contratto significa renderlo uno strumento spuntato, utile al più ad evitare la contestazione delle responsabilità intimate dall'art. 21-*nonies*, comma 1, della l. n. 241/90.

Per il carattere pregiudizievole della commistione qui rilevata si ritiene allora necessario cercare una soluzione alternativa: una spiegazione che non escluda la fisiologia del carattere unitario (ovvero pubblico e privato al contempo) della vicenda, ma che anzi presupponendolo eviti risvolti patologici e contraddittori.

Si riparta allora da qui. L'interesse pubblico "conosciuto" dal giudice amministrativo è un interesse del tutto differente (finanche opposto) a quello che, per la sua preponderanza, orienterebbe la scelta amministrativa nel senso di adottare un provvedimento di annullamento d'ufficio. L'uno, ovvero quello valutato dal giudice amministratore, è riferito alla capacità della vicenda contrattuale, pur illegittimamente instauratasi, di soddisfare le necessità posta a base di gara; l'altro, ovvero quello determinato dall'amministrazione, è invece connesso ad una inevitabile insoddisfazione per l'assetto degli interessi venutosi a delineare.

Questo dato può apparire scontato, ma è fondamentale e pone l'esigenza di distinguere fra le ipotesi in cui l'annullamento dell'aggiudicazione segua la via giurisdizionale, da un lato, e quella amministrativa, dall'altro. Nella prima ipotesi, l'interesse pubblico generalmente inteso rileva "solo una volta" e cioè in sede di determinazione (giurisdizionale) sull'efficacia o inefficacia del contratto. Nel secondo caso, invece, la situazione è più complessa, perché lì vi è un momento prioritario e irrinunciabile di ponderazione dell'interesse pubblico che è attratto alla fase amministrativista di assunzione della determinazione di secondo grado.

È con riferimento a quest'ultimo aspetto che diviene fondamentale e, per quanto si dirà, non condivisibile l'affermazione di quanti ritengono che l'amministrazione sia stata privata del potere di incidere unilateralmente sul contratto per il tramite dell'annullamento dell'atto presupposto³⁰.

³⁰ In tal senso, S. Vaccari, *La dichiarazione di inefficacia del contratto ex artt. 121 e 122 c.p.a. come misura processuale satisfattoria*, cit., 304-311. Per l'A., infatti, non sussisterebbe una giurisdizione di merito del giudice amministrativo non solo perché l'ipotesi non è compresa nell'elenco tassativo di cui all'art. 134 c.p.a., ma anche e soprattutto perché l'amministrazione sarebbe solo legittimata ad adottare i provvedimenti in autotutela, ma non anche e per essi a determinare la rimozione del vincolo negoziale: «siccome

Per motivare le ragioni della diversa interpretazione qui proposta non solo conviene ricordare l'affermazione benvenutiana secondo cui l'autotutela è attività amministrativa tramite la quale l'ente «provvede a risolvere i conflitti, potenziali o attuali, insorgenti con gli altri soggetti, in relazione ai suoi provvedimenti od alle sue pretese»³¹, ma è altresì utile svolgere qualche brevissima precisazione in merito ai presupposti dell'esercizio del potere di annullamento d'ufficio regolato dall'art. 21-*nonies* della l. n. 241/90.

In disparte il dato temporale dell'annullamento d'ufficio che la giurisprudenza esclude essere riconducibile a quello di diciotto mesi recato dalla l. n. 124/2015 per i provvedimenti autorizzatori e attributivi di vantaggi economici³², è oramai pacifico, perché codificato con la l. n. 15/2005, che normalmente per addivenire all'annullamento d'ufficio non sia sufficiente il solo accertamento dell'illegittimità del provvedimento³³. Un limite, quest'ultimo, ricavabile neppure troppo mediamente dal carattere discrezionale dell'attività amministrativa e dall'idea a ciò presupposta che la vincolatività non possa derivare da un preteso, ma insussistente, interesse al ripristino della legalità. D'altronde, come affermato da Benvenuti, l'esercizio del potere di autotutela (qualunque ne sia la declinazione) non è funzionale «alla restaurazione obiettiva dell'ordine giuridico

la giurisdizione di merito facoltizza il giudice amministrativo a sostituirsi all'amministrazione nell'esercizio dei suoi poteri e la P.A. non possiede più in ordine al contratto alcun potere di tipo discrezionale [...] ne consegue la scorrettezza dell'utilizzo della categoria della giurisdizione di merito per inquadrare l'esatta natura del nuovo potere di privativa di effetti contrattuali del g.a.» (pp. 315-316). Cfr. anche F.G. Scoca, *Provvedimenti di autotutela e loro qualificazione: nuovo conflitto sulla giurisdizione*, cit., 2402-2404; E. Sticchi Damiani, *Annullamento dell'aggiudicazione e inefficacia funzionale del contratto*, cit., 266-268; G. Greco, *Illegittimo affidamento dell'appalto, sorte del contratto e sanzioni alternative nel d.lgs. 53/2010*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2010, 3-4, 729 ss., spec. 753-754.

³¹ F. Benvenuti, *Autotutela (diritto amministrativo)*, ad vocem, in *Enc. dir.*, IV, Milano, Giuffrè, 1959, 537 ss., spec. 539.

³² Cfr. Tar Emilia-Romagna, Bologna, sez. II, 21 febbraio 2019, n. 181, ove, senza alcuna argomentazione, si afferma che «in linea generale, il ragionevole termine di annullamento e in specie quello di diciotto mesi inserito all'art. 21-*nonies* della l. n. 241/1990 dalla l. n. 124/2015 è contemplato dalla norma solo relativamente ai “provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici” e vige “per l'annullamento d'ufficio di atti autorizzatori o attributivi di vantaggi economici” (cfr., Cons. di Stato, Sez. VI, 27.1.2017 n. 341); lo stesso non è applicabile ai provvedimenti di aggiudicazione di gare d'appalto». Valorizza il dato letterale dell'art. 21-*nonies*, senza procedere ad ulteriori specificazioni anche il Tar Campania, Napoli, sez. III, 22 gennaio 2018, n. 452. La tesi è implicitamente sostenuta anche dal Tar Sardegna, Cagliari, sez. I, 18 settembre 2017, n. 586. Si consideri però che in dottrina, ragionando sui motivi della risarcibilità dell'interesse positivo nel caso di aggiudicazione illegittimamente mancata, si è detto, seppur in termini dubitativi, che «si potrebbe pensare [...] che, normalmente, all'aggiudicazione segue la stipulazione del contratto, cosicché sarebbe giustificata la sostanziale parificazione della prima al secondo» (F. Trimarchi Banfi, *L'aggiudicazione degli appalti pubblici e la responsabilità dell'amministrazione*, cit., 4-5). Affermazione questa poi subito smentita dall'ammissione che «l'aggiudicazione non solo non equivale al contratto, ma neppure ne assicura la conclusione: lo ricorda il giudice quando precisa che, anche dopo l'aggiudicazione, la stipulazione del contratto non può dirsi certa» (p. 5).

³³ In tema, cfr. V.M. Romanelli, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, Giuffrè, 1939, 228 e, più di recente, F. Bassi, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2008, 136-139, per il quale la teorizzazione minoritaria della doverosità dell'annullamento del provvedimento illegittimo è da rifiutare a favore dell'orientamento dominante perché esso «evidenzia la primaria finalità – si potrebbe dire la causa – dell'autotutela, cioè il compito di soddisfacimento dell'interesse pubblico» (p. 139).

violato» ma «tende, come ogni altro atto amministrativo, a soddisfare un interesse concreto ed immediato dell'amministrazione»³⁴. Insomma, a differenza dell'annullamento giurisdizionale che si risolve nel ripristino della legalità – nei limiti in cui ciò sia concesso dal legislatore (cfr. art. 21-*octies*, comma 2, della l. n. 241/90) – la decisione amministrativa, in quanto discrezionale, si carica di quella multipolarità che è sua propria e che si risolve nella «comparazione qualitativa e quantitativa degli interessi pubblici e privati che concorrono in una situazione sociale oggettiva»³⁵.

Ora, se si considera che l'adozione del provvedimento di annullamento d'ufficio presuppone la sussistenza di ragioni di interesse pubblico (che si sono dette essere di segno contrario a quelle che indurrebbero alla conservazione del contratto), pare logicamente sconfessata la necessità di una decisione giudiziale sulla persistente «utilità»³⁶ del mantenimento del vincolo contrattuale. In altre parole, la pretesa di rimettere la statuizione sull'efficacia del contratto alla pronuncia costitutiva, e non già solo dichiarativa, del giudice amministrativo pare illogica e contraria al principio di legalità, e ciò in quanto si potrebbe avere una pronuncia giudiziale contraria nel merito rispetto alla decisione amministrativa non illegittima.

Ma vi è di più. Se si ricorda il problema da cui si era partiti, ovvero quello relativo alla mancata considerazione in giudizio degli interessi della parte contrattuale privata; e se si considera quanto appena affermato in relazione al fatto che l'adozione del provvedimento in autotutela presuppone un bilanciamento fra tutti gli interessi in gioco (quello pubblico e, si badi, anche quello privato dell'appaltatore); allora ammettere il funzionamento del meccanismo della caducazione automatica del contratto a seguito dell'adozione del provvedimento di autotutela, al contrario di quanto può apparire, significa tutelare tutte le parti – compresa il contraente che vedrebbe tutelato il suo affidamento³⁷ – perché la decisione sull'efficacia o inefficacia del contratto dipenderebbe dal bilanciamento di tutti gli interessi in gioco, la cui correttezza potrebbe sempre essere contestata dinanzi al giudice amministrativo.

Un ulteriore elemento *ad adiuvandum* milita a favore della tesi qui sostenuta. Si tratta del mai troppo determinante dato letterale. Ebbene, se per parte della dottrina gli artt. 121 ss. c.p.a. confermerebbero l'idea che spetti solo al giudice il governo della sorte del

³⁴ F. Benvenuti, *Autotutela (diritto amministrativo)*, cit., 544.

³⁵ M.S. Giannini, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1939, 74.

³⁶ Si consideri che il concetto di utilità è enfatizzato anche da parte di coloro che sostengono la tesi opposta a quella della caducazione automatica (cfr. E. Sticchi Damiani, *Annullamento dell'aggiudicazione e inefficacia funzionale del contratto*, cit., 260).

³⁷ Su cui in termini generali si v. W. Troise Mangoni, *L'esercizio retroattivo del potere amministrativo. Limiti e garanzie a tutela dell'individuo*, Torino, Giappichelli, 2016, 94-160.

contratto³⁸, a chi scrive pare vero proprio il contrario. È il dato testuale a confermarlo, giacché gli artt. 121 e 122 assegnano il potere di dichiarare l'inefficacia non già *sic et simpliciter* al giudice amministrativo, ma piuttosto al “giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva”. Con la conseguenza che le fattispecie non sarebbero riferibili all'ipotesi in cui l'annullamento dell'aggiudicazione sia disposto d'ufficio dall'amministrazione.

Parte della giurisprudenza pare convergere nel senso segnalato, così mostrando una certa continuità rispetto a quelle pronunce pretorie che, precedendo il recepimento delle “direttive ricorsi”, avevano gioco forza propugnato la tesi della caducazione automatica del contratto a fronte dell'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione³⁹.

Pure dopo l'adozione del codice del processo amministrativo è dato imbattersi in statuizioni che del tutto condivisibilmente hanno affermato che «può finanche dubitarsi della stessa esistenza in capo al giudice amministrativo di un potere di valutazione sul se dichiarare o meno inefficace il contratto, in quanto tale potere processuale – strumentale alla tutela specifica delle parti – appare assorbito dal potere amministrativo della pubblica amministrazione»⁴⁰. E a conforto viene anche la stessa Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 14/2014, che, dopo aver escluso l'esercizio del potere di revoca nella fase esecutiva del contratto a favore del recesso civilistico, ha comunque fatto salvo l'annullamento d'ufficio che «comporta la caducazione automatica degli effetti negoziali del contratto per stretta consequenzialità funzionale tra l'aggiudicazione della gara e la stipulazione dello stesso».

Ebbene, non appare insolito che proprio in quest'ultimo caso il giudice amministrativo abbia dichiaratamente espresso il suo *favor* per l'efficacia caducante. D'altronde, se, come si vedrà a breve, l'amministrazione è titolare del potere di recedere *ad nutum* dal vincolo negoziale, vi sarebbe allora da interrogarsi (e forse in tal senso si è mossa la plenaria) se nella pratica l'interpretazione contraria alla caducazione automatica saprebbe dimostrarsi efficace rispetto a quella maggiore stabilità che la tesi intende perseguire. Sussistendo la possibilità di recedere *ad nutum* e depotenziata la capacità

³⁸ Così, F.G. Scoca, *Provvedimenti di autotutela e loro qualificazione: nuovo conflitto sulla giurisdizione*, cit., 2403.

³⁹ Cfr. Cons. St., ad. plen., 30 luglio 2008, n. 9, ove si afferma che «l'annullamento dell'aggiudicazione determina un vincolo permanente e puntuale sulla successiva attività dell'amministrazione, il cui contenuto non può prescindere dall'effetto caducatorio del contratto stipulato». *Ex multis*, cfr. Tar Veneto, sez. I, 15 marzo 2006, n. 60 e Cons. St., sez. V, 4 gennaio 2011, n. 11, secondo cui «in virtù della stretta consequenzialità tra l'aggiudicazione della gara pubblica e la stipula del relativo contratto, l'annullamento giurisdizionale, ovvero, come nella specie, l'annullamento a seguito di autotutela degli atti della procedura amministrativa, comporta la caducazione automatica degli effetti negoziali del contratto successivamente stipulato, stante la preordinazione funzionale tra tali atti».

⁴⁰ Cons. St., sez. V, 7 settembre 2011, n. 5032. Similmente, Tar Campania, Napoli, sez. I, 4 maggio 2016, n. 2212, ove si statuisce che nei casi di annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione «si riepande la regola generale dell'automatica caducazione del contratto a seguito del venir meno del titolo provvedimento illegittimo, con conseguente assorbimento del potere processuale ad opera del potere amministrativo della stazione appaltante».

dell'amministrazione di incidere sul rapporto tramite l'annullamento d'ufficio – atto la cui adozione presupporrebbe una attenta e approfondita ponderazione degli interessi in gioco – per l'amministrazione risulterebbe infatti tanto più “facile” svincolarsi dal contratto facendo ricorso al suo potere di recesso “immotivato”, seppur pagando l'indennizzo.

Si badi, questo “sillogismo” è possibile perché il discorso è stato mosso a partire dalla coerenza interna alla sentenza n. 14/2014, ma esso in realtà è fallace, perché la prima affermazione è errata: il recesso dal contratto di appalto pubblico, come si dirà ora e come è stato affermato da attenta dottrina⁴¹, non può essere *ad nutum* (*infra* §3ss.).

2. Dall'unitarietà interna all'unitarietà esterna: dualità dei regimi applicabili e collegamento funzionale tra le due fasi della vicenda contrattuale. Alcune brevi riflessioni a partire da una lettura critica del regime delle varianti e della risoluzione del contratto

Nei paragrafi iniziali di questa Sezione si è affermato, *inter alia*, che il tema della sorte del contratto, siccome regolato dagli artt. 121 ss. c.p.a., sconfessa drasticamente l'idea che l'interesse pubblico divenga irrilevante a seguito della stipula del contratto; fatto questo che restituisce una prima immagine dell'unitarietà dell'operazione economica, «perché unico è l'interesse sottostante (pubblico e “per il mercato” ad un tempo)»⁴². Gli stessi interessi ambientali e sociali per loro “fisionomia” e per la *ratio* sottesa alla loro previsione sono concepiti in modo tale da essere garantiti per tutta la durata del contratto⁴³.

Vero è che la connessione fra la fase precontrattuale e la successiva fase esecutiva può avere un valore squisitamente descrittivo, perché è naturale (ed anzi è insito nel termine “esecuzione”) che con la stipula si dia corso alla realizzazione del disegno operato a monte. Affermare l'unitarietà della vicenda in questi termini non ha pertanto eccessivo rilievo, se non per l'appunto quello di provare ciò che in realtà è già evidente.

Diverso è invece a dirsi se l'unitarietà e quindi l'esecuzione sono osservate, affinando lo sguardo, nella prospettiva della natura pubblicistica della decisione che sta a

⁴¹ In tal senso, M. Dugato, *Organizzazione delle amministrazioni aggiudicatrici*, cit., 681.

⁴² A. Angiuli, *Contratto pubblico e sindacato del Giudice Amministrativo*, cit., 111, la quale aggiunge che «unitario è, del pari, l'interesse dell'aspirante-contraente ad ottenere il contratto, ad esigere e a conseguire il giusto corrispettivo in condizione di *par condicio* rispetto a tutti gli altri operatori economici del settore che potenzialmente aspirano al medesimo contratto».

⁴³ Così, S. Casini, *Clausola sociale*, cit., 703. Ma si v. anche G.D. Comporti, *La nuova sfida delle direttive europee*, cit., 5, il quale afferma che gli interessi multiformi perseguibili con l'appalto «permeano ormai in modo trasversale tutte le fasi dei contratti pubblici».

monte della vicenda⁴⁴. L'unitarietà in tal caso, infatti, non si limita a descrivere, ma impone. La tipica conformazione di molti poteri unilaterali attribuiti all'amministrazione nella fase esecutiva, specie se considerata alla luce delle «incursioni significative» compiute su quel terreno dalla direttiva 2014/24/UE⁴⁵, conferma l'assunto e soprattutto marca nettamente il collegamento fra il prima e il dopo della vicenda contrattuale.

La concretizzazione degli scopi del contratto, infatti, è assoggettata ad una pluralità di prescrizioni tipizzate e tendenzialmente inderogabili, che dal momento che precede la fase di scelta del contraente giungono a regolare anche l'esecuzione del rapporto.

È in quest'ultima fase che si rinvergono le cosiddette clausole esorbitanti rispetto ai contratti di diritto privato ed è lì che la conformazione della disciplina contrattuale diviene più evidente. Basti pensare a titolo di esempio alla disciplina puntuale dei “soggetti delle stazioni appaltanti” il cui ruolo e i cui compiti sono definiti puntualmente dall'art. 101 del d.lgs. n. 50/2016, o alla regolamentazione del collaudo e delle verifiche di conformità recata dall'art. 102, o ancora alla disciplina del subappalto (art. 103), a quella delle modifiche e varianti (art. 106), della sospensione (art. 107), della risoluzione (art. 108) e del recesso (art. 109)⁴⁶.

Come apparirà ben presto chiaro, non è né opportuno né necessario analizzare ogni singolo scostamento che la disciplina settoriale compie rispetto a quanto previsto dal codice civile per gli istituti omologhi⁴⁷. Dato il fine dello studio, infatti, quell'analisi sarebbe inadeguata perché dall'enucleazione delle singole deviazioni si farebbe derivare, quasi per “tentazione”, la natura autoritativa degli atti dell'esecuzione, così incappando in

⁴⁴ Così, F. Merusi, *Annullamento dell'atto amministrativo e caducazione del contratto*, cit., 575.

⁴⁵ Così, R. Caranta e D.C. Dragos, *La mini-rivoluzione del diritto europeo dei contratti pubblici*, in *Urb. app.*, 2014, 5, 493 ss., spec. 500.

⁴⁶ Si consideri che la pluralità di disposizioni in deroga ha indotto parte della dottrina più risalente a ritenere che il contratto di appalto di opere pubbliche fosse in realtà un contratto di diritto pubblico. Si v. G. Mantellini, *Lo Stato e il codice civile*, II, Firenze, Barbèra, 1882, 130 ss.; R. Resta, *Sulla natura speciale del contratto di appalto per l'esecuzione di opere pubbliche e sulla proponibilità di azione giudiziaria per inadempimento dell'Amministrazione*, in *Foro amm.*, 1932, 2, 185 ss., il quale riconduceva l'incontro delle volontà non ad una fattispecie contrattuale, ma ad una combinazione di due negozi giuridici unilaterali: uno, quello della pubblica amministrazione, avente natura provvedimentoale; l'altro, quello del privato, quale atto di “sottomissione” e mero presupposto di legittimità della fattispecie complessiva. Più recentemente cfr. E. Sticchi Damiani, *La nozione di appalto pubblico*, cit., 106 ss., il quale, ritenuto innegabile che l'appalto vada ricondotto ad una fattispecie consensuale, riconduce la disciplina dell'appalto di opere pubbliche a quella degli accordi *ex art. 11 della l. n. 241/90*. Tuttavia, l'orientamento oggi prevalente tanto in giurisprudenza (Cass., sez. un., 27 novembre 1996, n. 10525, in *Giust. civ., Mass.*, 1996, 1602) quanto in dottrina (cfr. A. Amorth, *Osservazioni sui limiti all'attività amministrativa di diritto privato*, cit., 461) è nel senso della natura eminentemente privatistica dell'appalto di lavori pubblici. Cfr. A. Cianflone e G. Giovannini, *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, Giuffrè, 2012, 225, ove si ritiene che la sussistenza di posizioni di supremazia nella fase esecutiva non incida sulla natura del contratto, giacché si tratterebbe di poteri episodici.

⁴⁷ Si v. N. Gioffrè, *L'evidenza pubblica nell'attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Napoli, Jovene, 1995, *passim*.

quell'operazione concettuale correttamente definita come «non più produttiva»⁴⁸, perché capace solo di reiterare un contrasto dicotomico con le opposte resistenze della lettura privatistica del fenomeno.

Si è più volte evidenziato, infatti, che la scelta qui operata è quella di valorizzare l'unitarietà interna (delle discipline applicabili) e l'unitarietà esterna (fra le fasi della vicenda contrattuale) e non già quella di impiegare metodologie che, come quella del confronto, sono tributarie di una presupposta logica dicotomica.

Ad ogni modo, se della prima forma di unitarietà tanto si è detto e altro si dirà nel prosieguo, è ora necessario focalizzare l'attenzione sulla seconda. Per farlo si è scelto di analizzare (in linea rispetto alla selezione degli istituti operata a chiusura del primo capitolo) quelle fattispecie che più sono in grado di rappresentarla, ovvero le modifiche e varianti, la risoluzione e il recesso del contratto. Una scelta questa dettata da una convinzione e cioè che l'unitarietà esterna possa essere meglio compresa se considerata sotto il profilo della capacità (in negativo) della fase esecutiva di vanificare non solo l'obiettivo conseguito con l'aggiudicazione, ma anche il risultato immaginato prima (e talvolta nel corso) dell'evidenza pubblica (*infra*, ma soprattutto *infra* §3 ss.)⁴⁹.

Vi è poi da evidenziare che è diverso il ruolo che gli istituti richiamati svolgono ai fini dello studio.

Le modifiche, le varianti e la risoluzione, tanto per la loro oggettiva funzione quanto per la disciplina positiva prescritta dal Codice del 2016, sono utili strumenti per vagliare l'unitarietà esterna. Di essi si dirà in termini minimali, perché se la tipicizzazione non dà adito a problemi qui necessariamente rilevanti, essa comunque consente di spiegare (per sintomi) il collegamento funzionale fra i vari momenti della vicenda contrattuale, laddove, in sintesi, può dirsi che la legge impone restrizioni talvolta finalizzate a tutelare gli interessi pubblici individuati nella fase prodromica alla gara e talaltra valevoli a tutelare il risultato dell'evidenza pubblica, ovvero la concorrenza.

Il recesso invece sarà indagato più diffusamente, perché su quel piano si pone una connessione fondamentale fra le due forme di unitarietà: come si dirà, l'unitarietà interna delle discipline applicabili consentirà di evitare che il recesso, in quanto istituto

⁴⁸ A. Angiuli, *Contratto pubblico e sindacato del Giudice Amministrativo*, cit., 114.

⁴⁹ Sul punto si consideri quanto chiaramente affermato da D. Senzani, "Amministrazione di risultato" e gestione del rischio finanziario nei contratti pubblici. I modelli Eurostat, in *La dimensione finanziaria nel diritto amministrativo: risorse, controlli, responsabilità*, a cura di A. Carullo, F. Mastragostino e D. Senzani, Bologna, Bononia University Press, 2018, 131 ss., spec. 144-145, e cioè che quando l'amministrazione fa uso di strumenti contrattuali, la sua azione è fisiologicamente assoggettata alle circostanze pregiudizievoli dei normali rapporti negoziali fra privati (per esempio, all'inadempimento della controparte ex art. 1218 c.c.), situazioni, quelle, che «possono precludere la soddisfazione del pubblico interesse», così generando «uno scostamento tra quanto stabilito *ex ante* dall'amministrazione, mediante gli opportuni strumenti pianificatori e programmatori, e ciò che viene effettivamente conseguito da un determinato rapporto contrattuale».

svincolato da qualsivoglia presupposto tipicizzato dal legislatore, comporti nei fatti la negazione dell'unitarietà esterna e quindi della funzionalizzazione.

Ciò posto sul piano formale dello sviluppo dello studio, si può pertanto procedere senza esitazione nell'affermare che la logica e la disciplina delle modifiche e varianti confermi di tutta evidenza il collegamento fra la fase di scelta del contraente e quella esecutiva. Da un lato, perché per complessità e durata del contratto è arduo che questo possa contenere (e prevedere) l'intera disciplina del rapporto⁵⁰, con la conseguenza che rispetto all'astratto auspicio sulla completezza del contratto l'esperienza concreta dimostra come spesso si finisca «per scaricare sulla fase dell'esecuzione i problemi non risolti nel corso della procedura di aggiudicazione»⁵¹; dall'altro lato, perché, se quanto precede costituisce un carattere tipico anche dello *jus variandi* privatistico previsto dall'art. 1661 c.c., ciò che caratterizza l'istituto disciplinato dall'art. 107 del d.lgs. n. 50/2016 è il timore che attraverso di esso si contraddica la fase di scelta già conclusa o se ne impedisca una nuova⁵². D'altronde, come è stato esattamente osservato in dottrina, la *ratio* della “incurSIONE” del legislatore comunitario su questo versante è stata proprio quella «di assicurare una applicazione meticolosa e pervasiva del principio di concorrenza pure nella fase esecutiva»⁵³. Non è un caso che il singolare interessamento del legislatore europeo per la fase esecutiva sia sorto dopo il “monito” della Corte di Giustizia, che nella sentenza del 13 aprile 2010 (C-08, *Stadt Frankfurt am Main*) aveva affermato la necessità di procedere ad una nuova aggiudicazione ogniqualvolta fosse necessaria una modifica “sostanziale” del contratto che conducesse alla ridefinizione dei termini essenziali del contratto originario⁵⁴.

Ora, se la disciplina riformata delle modifiche e varianti oggettive si articola principalmente su di un complesso schema strutturato su due livelli, a seconda che la “revisione” comporti la necessità di effettuare o meno una nuova gara, ciò che segna una forte diversificazione rispetto allo *jus variandi* privatistico non è già (o meglio non è solo) la limitazione dell'ampiezza decisionale riconosciuta al committente⁵⁵, ma è il fine di dette limitazioni. Difatti, mentre il potere di ordinare le modifiche e variazioni del committente

⁵⁰ Si v. i Considerando nn. 107-111 della direttiva 2014/24/UE e in particolare il Considerando n. 109 che avverte del fatto che “le amministrazioni aggiudicatrici si trovano a volte ad affrontare circostanze esterne che non era possibile prevedere quando hanno aggiudicato l'appalto, in particolare quando l'esecuzione dell'appalto copre un periodo lungo”.

⁵¹ H. Simonetti, *Riparare agli errori commessi*, cit., 1262.

⁵² *Ivi*, 1259-1260.

⁵³ G. Musolino, *L'esecuzione dell'appalto nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Riv. trim. app.*, 2016, 3, 457 ss., spec. 462.

⁵⁴ Il caso era peraltro riferito ad un contratto di concessione. In tema di appalti si v. la più risalente sentenza della Corte di Giustizia del 19 giugno 2008, causa C- 454/06, *Pressetext Nachrichtenagentur*, su cui cfr. l'analisi di M. Comba, *L'esecuzione delle opere pubbliche*, Torino, Giappichelli, 2011, 48 ss.

⁵⁵ Questa è la tesi sostenuta da S. Vinti, *Limiti funzionali all'autonomia negoziale*, cit., 556-560.

pubblico è delimitato allo scopo di salvaguardare la concorrenza e il risultato conseguito con la procedura svolta a monte, quello del privato è limitato dal comma 2 dell'art. 1661 c.c. dall'esigenza di tutelare solo l'appaltatore, che non sarà tenuto ad accettare l'ordine del committente⁵⁶.

La disciplina delle modifiche e varianti però assume rilievo anche al fine di tutelare l'interesse pubblico concreto, specialmente con riguardo alla declinazione in senso "verde" o "sociale" dell'appalto. Il che è stato sostenuto considerando il limite prescritto dall'art. 72 della direttiva 2014/24/UE e dall'art. 106 del d.lgs. n. 50/2016, rappresentato dall'alterazione della "natura generale del contratto". Trattandosi di formula flessibile e aperta, secondo parte della dottrina quella nozione potrebbe essere riferita non solo alla tipologia contrattuale e agli elementi essenziali, ma anche agli interessi pubblici sottesi al contratto. Con la conseguenza che tanto nel caso delle modifiche previamente stabilite nella *lex specialis* (art. 106, comma 1, lett. a) quanto nell'ipotesi relativa all'adottabilità di varianti in corso d'opera (art. 106, comma 1, lett. c) il legislatore europeo e quello nazionale avrebbero imposto «una sorta di clausola di salvaguardia nei confronti degli assetti di interessi predeterminati a monte con l'indizione della gara, lasciando spazio a modifiche inerenti alle sole modalità esecutive del contratto»⁵⁷.

Anticipando quanto si dirà a breve, vi è allora da chiedersi, in tono evidentemente critico, se la funzionalizzazione delle modifiche e varianti possa svolgere un qualche ruolo ai fini della qualificazione della natura giuridica degli atti dello *jus variandi*. Talvolta si è risposto affermativamente, valorizzando proprio il fine del perseguimento dell'interesse pubblico e le connesse deroghe previste dalla legislazione speciale⁵⁸; talaltra (ovvero nella maggioranza dei casi) si è dato un responso negativo, muovendo dalla collocazione temporale (la fase esecutiva) e per confronto, non qualitativo ma solo quantitativo, rispetto alla fattispecie privatistiche⁵⁹: non vi è chi non veda come entrambi gli orientamenti muovano erroneamente da presupposti non provanti (v. *infra*).

Vi è poi che anche la disciplina della risoluzione valorizza il collegamento fra il "prima" e il "dopo" della vicenda contrattuale, essendo posta talvolta a tutela degli interessi definiti a monte della gara e talaltra a garanzia della concorrenza.

Nel primo senso, si consideri la disposizione recata dal comma 3 dell'art. 108 del

⁵⁶ Cfr. G. Chinè, M. Fratini e F. Caringella, *Manuale di diritto civile*, Roma, 2015, 1745. In tema, cfr. D. Rubino e G. Iudica, *Appalto*, in *Libro quarto: Obbligazioni art. 1655-1677*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, Zanichelli, 2007, 297 ss.

⁵⁷ A. Cicchinelli, *L'esecuzione dei contratti e la tutela dell'ambiente*, cit.

⁵⁸ Cfr. Tar Umbria, 28 ottobre 2016, n. 677 e Cons. St., sez. V, 27 giugno 2001, n. 3508, in *Arch. Giur. oo.pp.*, 2001, 501.

⁵⁹ Cfr. Tar Calabria, Catanzaro, sez. I, 24 febbraio 2017, n. 321. In dottrina, P. Santoro, *Manuale dei contratti pubblici*, Rimini, Maggioli, 2007, 1080, richiamato a sostegno da S. Vinti, *Limiti funzionali all'autonomia negoziale*, cit., 558.

d.lgs. n. 50/2016, laddove prevede la risoluzione del contratto per “un grave inadempimento alle obbligazioni contrattuali da parte dell’appaltatore, tale da comprometterne la buona riuscita delle prestazioni”. A tal fine si deve rammentare che, come già evidenziato (*supra* cap. I, §3.2., *sub* lett. b), sia la direttiva del 2014 che il Codice dei contratti del 2016 prevedono la possibilità per l’amministrazione appaltante di richiedere condizioni di esecuzione relative a considerazioni economiche legate all’innovazione, di ordine ambientale, sociale, o relative all’occupazione. Ebbene, poiché quelle condizioni devono essere accettate dagli offerenti e divengono obbligazioni contrattuali, in dottrina è stato correttamente sostenuto che la loro osservanza può divenire certamente oggetto di valutazione dell’adempimento dell’appaltatore⁶⁰; con la conseguenza che la violazione delle condizioni di esecuzione può giustificare la risoluzione del committente pubblico, che potrebbe così salvaguardare la finalizzazione del contratto allo “sviluppo sostenibile”.

Quanto invece al legame fra la risoluzione e la tutela della concorrenza, si consideri che l’art. 108, comma 2, prevede che le stazioni appaltanti “devono” risolvere il contratto qualora sia decaduta l’attestazione di qualificazione dell’appaltatore a causa della produzione di documenti falsi e dichiarazioni mendaci o laddove egli sia stato sottoposto ad una o più misure di prevenzione previste dal codice antimafia o ancora nei casi di condanna con sentenza passata in giudicato per i reati previsti dall’art. 80⁶¹.

La disposizione attesta due elementi. Da un lato, essa tutela al massimo l’evidenza pubblica e la concorrenza, perché impone l’obbligo di risolvere un rapporto instaurato con un soggetto che, qualora quei presupposti si fossero verificati durante la gara, sarebbe stato certamente escluso. Dall’altro lato, la previsione, proprio in ragione della *doverosità* della risoluzione, elide il carattere tipico che giurisprudenza e dottrina pretendono di attribuire alla stazione appaltante-parte contrattuale, ovvero quello dell’*autonomia*.

Si tratta di osservazioni fondamentali non solo perché la previsione potrebbe ricondurre l’attività amministrativa entro i binari costituiti dalla coppia discrezionalità-vincolo, ma anche perché la disposizione del comma 2, al pari di quella recata dal comma 1, prevede quali presupposti dello scioglimento del rapporto fatti che sono legati a vizi originari o sopravvenuti, con la conseguenza che la risoluzione diverrebbe piuttosto l’effetto negoziale di un annullamento d’ufficio in autotutela, che come si è detto, non è affatto escluso a seguito della stipula del contratto⁶².

⁶⁰ In tal senso, cfr. A. Lamorgese, *La rilevanza pubblica dell’esecuzione del contratto di appalto con la pubblica amministrazione*, cit., 647.

⁶¹ Sul punto si v. A. De Michele, *La stipula e l’esecuzione del contratto*, in *Diritto dei contratti pubblici*, cit., 433 ss., spec. 478-479.

⁶² Così, N. Posteraro, *Sulla possibile configurazione di un’autotutela doverosa*, in *federalismi.it*, 25 ottobre 2017, spec. 30-31. Nello stesso senso si v. anche R. Caranta e D.C. Dragos, *La mini-rivoluzione del diritto europeo dei contratti pubblici*, cit., 502, laddove gli AA. affermano che nell’ottica del legislatore europeo la risoluzione «non si pone certo nella prospettiva tradizionale dello *jus poenitendi*». Cfr. anche

Emerge così, e ancora una volta, uno dei punti più controversi della fase esecutiva, ovvero quello della qualificazione in senso pubblicistico o privatistico degli atti ivi adottati dalla pubblica amministrazione. Come per il caso delle varianti, vi sarebbe allora da chiedersi se l'amministrazione in sede di adozione dell'atto di risoluzione eserciti un potere autoritativo.

Secondo l'indirizzo tracciato dalla dottrina poc'anzi richiamata potrebbe dirsi di sì e d'altronde non è mancato chi in passato ha affermato chiaramente la natura provvedimento dell'atto di risoluzione alla luce della sua chiara funzionalizzazione⁶³. Sennonché, la tesi contraria potrebbe sempre essere sostenuta ed anzi spesso lo è stata⁶⁴, perché la proceduralizzazione dell'*iter* di adozione della risoluzione e la necessaria (e legislativamente predeterminata) funzionalizzazione dell'atto porrebbero solo limitazioni rispetto ad una attività che in definitiva avrebbe comunque «la medesima natura» di quella esercitabile in un normale rapporto privatistico⁶⁵.

Mutatis mutandis, a fronte della incertezza sulla possibilità di pensare gli atti dello *jus variandi* o la risoluzione come provvedimenti pubblicistici o atti privatistici derogatori della disciplina comune, verrebbe allora da chiedersi: in assenza di una statuizione legislativa che qualifichi l'evidenza pubblica in termini di procedimento amministrativo (cfr. art. 30 del d.lgs. n. 50/2016), gli atti di autotutela ivi adottati verrebbero comunque necessariamente qualificati come provvedimenti autoritativi? Ma forse è più utile comprendere perché non ci si ponga una siffatta domanda: è la devoluzione della fase di scelta del contraente alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo che ha in parte tolto rilievo al quesito⁶⁶, perché gli interessi legittimi e i diritti soggettivi conseguenti alla qualificazione in senso provvedimento o negoziale sono comunque conosciuti dallo stesso giudice. Diverso è a dirsi per la ciclicità della domanda riferita alla qualificazione degli atti dell'esecuzione, giacché la natura pubblicistica o privatistica è spesso stata enfatizzata proprio per pretendere l'attribuzione della controversia rispettivamente a favore del giudice amministrativo o di quello civile⁶⁷.

Appare evidente che un siffatto modo di ragionare (riferibile alla “logica

M.A. Sandulli, *Nuovi limiti al diritto di difesa introdotti dal d.lgs. n. 50 del 2016 in contrasto con il diritto eurounitario e la Costituzione*, in *lamministrativista.it*.

⁶³ Cfr. E. Sticchi Damiani, *La nozione di appalto pubblico*, cit., 100-104.

⁶⁴ Cfr. Cons. St., sez. V, 20 febbraio 2006, n. 699; 8 marzo 2005, n. 950; 15 aprile 2004, n. 2145.

⁶⁵ Così, S. Vinti, *Limiti funzionali all'autonomia negoziale*, cit., 579.

⁶⁶ Seppur in dottrina sia stato talvolta affermato che «la devoluzione anche di questa materia alla giurisdizione esclusiva, quale elemento di novità rispetto al passato, potrebbe essere letta come una conferma della natura non autoritativa degli atti di evidenza pubblica» (H. Simonetti, *Riparare agli errori commessi... Questioni vecchie e nuove sul riparto di giurisdizione nelle controversie in materia di contratti pubblici*, cit., 1254).

⁶⁷ Di ciò avverte molto chiaramente F. Merusi, *Annullamento dell'atto amministrativo e caducazione del contratto*, cit., 573.

discendente” evocata in Premessa) è fallace perché viene forzato dal risultato che intende raggiungere: come a dire che l’atto esecutivo non sarebbe pubblico o privato per una ragione oggettiva, ma perché così lo potrebbe conoscere l’uno o l’altro giudice. Ma altrettanto errati sono i vari espedienti attraverso i quali si pretende la qualificazione nell’un senso o nell’altro. Difatti, i) la natura esclusivamente privatistica della fase esecutiva non solo non ha valore probante, ma non è altresì invocabile per le ragioni di cui si è detto e di cui si dirà (*infra* §3 ss.); ii) il confronto con le fattispecie analoghe del codice civile non prova nulla, ma evidenzia solo differenze quantitative; iii) il riferimento alla funzionalizzazione è infruttuoso, perché, come si è detto, anche l’atto amministrativo di diritto privato è funzionalizzato (*supra* cap. I, §1.1.).

La prospettiva qui accolta è pertanto diversa. Come si è detto per gli atti della fase della scelta del contraente e come si cercherà ora di dimostrare prendendo spunto dai problemi posti in relazione al sindacato dell’atto di recesso, essa muove dalle evidenze ordinamentali e, vale la pena ricordarlo, preme nel senso di una qualificazione unitaria, ben potendo sussistere un atto amministrativo a regime pubblicistico e ad effetti negoziali dentro fasi che non conoscono frammentazioni nette fra il pubblico e il privato.

3. La qualificazione del potere esercitato nella fase esecutiva, muovendo dalla (incerta) tenuta del principio di funzionalizzazione a fronte del recesso dal contratto di appalto pubblico

Per spiegare il problema relativo all’attività di recesso è bene ricordare un dato anticipato all’inizio dell’elaborato, e cioè che è assunto oramai pacifico quello che riconosce la necessaria sottoposizione dell’attività amministrativa, sia essa pubblicistica o privatistica, al principio di legalità-indirizzo, del quale la funzionalizzazione costituisce una delle principali manifestazioni (*supra* cap. I, §1.1.)⁶⁸. Non vi dovrebbero essere dubbi, quindi, nell’affermare che l’azione amministrativa sia orientata e vincolata al fine pubblico predeterminato dalla legge a prescindere dall’emersione di profili di autoritarità.

Ciò premesso, nelle pagine che seguono si concentrerà l’attenzione sulla tenuta del principio di funzionalizzazione in quella che, seguendo l’orientamento maggioritario, potrebbe agilmente essere definita come normale attività privatistica per il sol fatto di essere esercitata nella fase esecutiva del contratto di appalto.

Più in particolare, la riflessione riguarderà l’esercizio, nell’ambito dell’attività negoziale della pubblica amministrazione, di una specifica prerogativa unilaterale, qual è il recesso dal contratto di appalto pubblico, così come regolato dall’art. 109 del d.lgs. n.

⁶⁸ Cfr. M. Dugato, *Atipicità e funzionalizzazione*, cit., 41-48.

50/2016. Trattasi di un potere che trova il suo naturale impiego nell'ambito del rapporto negoziale sorto a seguito della stipula del contratto di appalto, nella cui esatta esecuzione, è bene ricordarlo ancora una volta, si realizza in concreto l'interesse pubblico.

È opportuno evidenziare che fra l'azione pubblicistica di tipo autoritativo (provvedimento) e quella esercitata dall'amministrazione pur sempre unilateralmente, ma al di fuori dell'area dell'autoritatività e all'interno di fattispecie negoziali (atto di recesso), intercorre, quantomeno a livello descrittivo, un'intuibile equivalenza data dal fatto che la produzione degli effetti giuridici in entrambe le ipotesi non necessita della intermediazione della volontà del soggetto destinatario (*infra* §3.4.)⁶⁹. L'assunto fuoriesce però dalla dimensione meramente descrittiva e pone le basi critiche dell'approfondimento qui proposto, laddove si tratti di comprendere quale sia lo statuto giuridico applicabile all'attività amministrativa non autoritativa. Più in particolare, si cercherà di comprendere se un'attività unilaterale (soggettivamente) amministrativa debba definirsi (oggettivamente e "inevitabilmente") privatistica solo perché esplicitata nella fase esecutiva del rapporto contrattuale o se piuttosto essa debba ritenersi quantomeno informata ad uno statuto minimo di regole pubblicistiche (*infra* §3.5.).

Come si vedrà, la risposta è connessa al modo di intendere non solo l'unitarietà dei regimi applicabili internamente alle singole fasi, ma anche il rapporto fra la fase dell'evidenza pubblica e quella dell'esecuzione del contratto: l'alternativa, evidentemente, è fra una concezione "statica" delle singole fasi (il che restituirebbe la tradizionale immagine della contrapposizione dicotomica fra il momento "pubblicistico" e quello "privatistico") e una rappresentazione "dinamica e unitaria" della vicenda contrattuale (esecuzione come momento di realizzazione del "progetto" definito nella fase dell'evidenza pubblica).

Ciò detto, si deve osservare fin da subito che a lungo la dottrina e la giurisprudenza si sono confrontate con il problema della natura del potere e dell'atto di recesso.

Trattasi di una questione non meramente nominalistica: dalla natura privatistica dell'atto di scioglimento, infatti, la giurisprudenza e la dottrina maggioritaria ne hanno fatto discendere la sua sostanziale insindacabilità (e, si badi, altro è a dirsi sotto il profilo formale, *infra* §3.3.)⁷⁰. Emblematico in questo senso è quanto statuito in una non risalente

⁶⁹ Cfr. A. Travi, *Il confronto fra diritto amministrativo e diritto privato*, cit., 377, il quale afferma l'atto amministrativo per essere correttamente confrontato va contrapposto all'atto negoziale unilaterale e non al contratto, perché «si tratta di 'tipi diversi'».

⁷⁰ Chiara ed incisiva è la critica sul punto mossa da M. Dugato, *Organizzazione delle amministrazioni aggiudicatrici e contrasto alla corruzione nel settore degli appalti pubblici*, cit., 681. In merito al citato orientamento, per il momento sia sufficiente il rinvio a Cass., sez. VI, ord., 24 settembre 2014, n. 20045, e a A. Magazzù, *Il recesso del committente dall'appalto*, in *Giust. civ.*, 2009, 12, 45 ss., il quale sostiene che seppur le concrete ragioni del recesso non possono che essere attinenti all'interesse pubblico, le stesse rimarranno irrilevanti e che quindi si sarebbe dinanzi ad «un recesso *ad libitum*, che può avvenire per qualsiasi motivo e non richiede alcuna giustificazione». Utilmente può qui essere riportato quanto affermato dalla Corte di cassazione in materia di pubblico impiego (Cass., sez. lav., 20 marzo 2004, n. 5659, in *Foro*

ordinanza della Corte di cassazione, ove si afferma che la Corte di merito «ha quindi giustamente evitato di soffermarsi sulle ragioni del recesso, ma non in virtù della qualificazione di atto *iure imperii* dello stesso, ma movendo dalla disciplina privatistica di riferimento»⁷¹. La conseguenza di questa interpretazione è che si deve ammettere che il principio di funzionalizzazione esista solo quando l'amministrazione sia obbligata ad esprimere le ragioni del potere autoritativo.

Emerge così il nodo del problema, ovvero il preannunciato *vulnus* nella persistente effettività del principio di funzionalizzazione nell'attività privatistica della pubblica amministrazione⁷². Se si considera che il principio in parola definisce un elemento attivo dell'azione amministrativa, cioè il dovere di perseguire lo scopo pubblico, escluderne la sindacabilità pare perciò essere un ossimoro⁷³. Difatti, se tutta l'attività è orientata ad uno scopo, allora tutte le sue "parti" (il procedimento e l'atto conclusivo) divengono rilevanti e, pertanto, se la pubblica amministrazione deve necessariamente orientare ogni scelta alla miglior cura dell'interesse pubblico, allora le eventuali deviazioni dal fine devono poter essere sindacate⁷⁴.

amm. C.d.S., 2004, 7-8, 2046 ss.): «se, dunque, non può dubitarsi della scelta del diritto privato [...] allora deve operare il principio fondamentale secondo cui l'atto privato è tale proprio perché non può essere funzionalizzato al perseguimento dell'interesse pubblico senza contraddirne l'intima essenza di espressione dell'autonomia dell'autore»; e ancora che «se gli atti sono ascritti al diritto privato, non possono che essere assoggettati ai principi fondamentali dell'autonomia privata e, in primo luogo, alla regola della normale irrilevanza dei motivi». Sulla base di queste premesse, ci si può chiedere sin da ora (rinviando la più approfondita analisi al §3) se sia effettivamente ipotizzabile un controllo del giudice ordinario sulla base di un sindacato diretto a vagliare l'abuso del diritto dell'amministrazione. Delle due l'una, o l'attività ha un fine rilevante e allora ci si potrà interrogare sull'ammissibilità di un siffatto giudizio o non vi è rilevanza del fine e allora si dovrebbe immaginare «una dissociazione tra regime dell'attività, funzionalizzata a principi e governata da un insieme di regole e di controlli, e regime dell'atto, retto dal diritto comune e dunque defunzionalizzato» (G. Napolitano, *L'attività amministrativa e il diritto privato*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 5, 481 ss., spec. 484). In quest'ultimo senso, con riferimento alla tutela dei soggetti terzi estranei al contratto, cfr. A. Moliterni, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, cit., 469 ss., secondo cui è necessario identificare strumenti di controllo diversi da quelli del ricorso alla via giurisdizionale, sicché nell'ambito della fase esecutiva l'amministrazione potrebbe essere supportata da soggetti istituzionali quali l'ANAC, l'Antitrust o la Corte dei conti.

⁷¹ Cass., sez. VI, ord., 24 settembre 2014, n. 20045.

⁷² Per dirla con Merusi, ciò che si intende scongiurare è che il diritto privato sia invocato «per sfuggire al principio di legalità e ai suoi collaterali (il giudice amministrativo, i controlli interni ed esterni all'ente, la responsabilità amministrativa, etc.)» e in particolare «per agire in libertà senza la predeterminazione tipizzante del principio di legalità secondo l'arbitrio del caso per caso o della conformità al fine da raggiungere» (F. Merusi, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, in *Dir. pubbl.*, 2007, 2, 427 ss., spec. 440).

⁷³ Sulla necessaria funzionalizzazione del recesso e sull'esigenza di una approfondita ponderazione della scelta di recedere – che l'amministrazione deve adottare solo al termine di un'attenta ponderazione degli elementi del caso concreto, fra cui anche il peso economico dell'indennizzo sulla finanza pubblica – si v., seppur in tema di accordi amministrativi, E. Bruti Liberati, *Accordi pubblici, ad vocem*, in *Enc. dir.*, *Agg.*, V, Milano, Giuffrè, 2001, 23.

⁷⁴ Cfr. G. Sigismondi, *Eccesso di potere e clausole generali*, Napoli, Jovene, 2012, 99, ove sostiene che siano proprio la giuridicizzazione e la sindacabilità degli atti unilaterali a rappresentare il carattere peculiare del diritto amministrativo. Si veda anche P. Carpentieri, *L'azione amministrativa e la sua inaggirabile specialità*, cit., il quale afferma che «la controllabilità (e, quindi, la ricorribilità giurisdizionale, la

A margine del tema relativo alla “estraneità” giuridica dell’interesse pubblico rispetto al contratto⁷⁵, appare meritevole di considerazione il fatto che il potere di recesso sia necessariamente attribuito in funzione dell’interesse pubblico medesimo, derivandone da ciò l’imprescindibilità della corrispondenza fra quest’ultimo e i motivi che inducono a sciogliere il vincolo negoziale⁷⁶. Con la conseguenza, secondo chi scrive, che nella fase esecutiva la rilevanza dell’interesse pubblico deve essere mantenuta in una duplice dimensione: interna alla volontà di recedere dal contratto; esterna ed inerente al parametro del sindacato giudiziale.

Al di là della rilevanza del tema a fini teorici, la questione si pone oggi in termini di grande interesse soprattutto in considerazione del fatto che l’adozione di atti di scioglimento *ad nutum* o *ad libitum* rischia di vanificare l’effetto utile prodotto dall’evidenza pubblica in relazione ai nuovi scopi che, nell’ambito della disciplina introdotta dalla direttiva 2014/24/EU, le pubbliche amministrazioni sono chiamate a conseguire attraverso l’appalto pubblico (*supra*, cap. I).

Il che equivale ad affermare che la sindacabilità dell’atto di recesso si impone in virtù della rilevanza che assume la fase di esecuzione nella realizzazione dell’interesse pubblico in concreto. A fianco dello scopo proprio dell’amministrazione e al tradizionale interesse alla concorrenza, si pongono infatti una pluralità di altri interessi che in ragione della loro natura – interessi relativi all’ambiente, alle condizioni sociali e al lavoro – presentano un carattere necessariamente pervasivo, nel senso che il loro apprezzamento e la soddisfazione non si esauriscono nella fase dell’evidenza pubblica (ovvero con

giustiziabilità degli atti) è condizione indefettibile della razionalità e della garanzia di verità dell’azione amministrativa».

⁷⁵ Secondo la dottrina maggioritaria l’interesse pubblico mantiene un legame solo indiretto con l’attività di diritto privato (così U. Borsi, *Esecutorietà degli atti amministrativi*, Torino, F.lli Bocca, 1901, 36 ss. e A. Cianflone e G. Giovannini, *L’appalto di opere pubbliche*, cit., 218-219 ed in particolare nota 3), non identificandosi né con la causa in astratto (cfr. F. Ledda, *Il problema del contratto di diritto amministrativo*, in *Scritti giuridici*, Padova, 2002, 52-53; *contra* U. Fragola, *Il collaudo di opere pubbliche*, Napoli, 1955, 14 e L.V. Moscarini, *Profili civilistici del contratto di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 1988, 81 e 195), né con la causa in concreto (ma sul punto si v. R. Dipace, *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, cit., 245, ove identifica l’interesse pubblico con la causa in concreto, intesa come funzione economico-individuale), né con i motivi, rimanendo questi per l’appunto irrilevanti nel diritto privato (cfr. M.S. Giannini, *L’attività amministrativa*, Roma, Jandi Sapi, 1962, 25, ove esclude la riconducibilità dell’interesse pubblico alla causa del contratto ed afferma la necessaria irrilevanza del motivo di interesse pubblico in quanto, al di là del disposto dell’art. 1345 c.c., ciò «darebbe luogo ad un assurdo perché nei negozi bilaterali diverrebbero motivi dell’atto quelli che sono motivi di una sola delle parti»).

⁷⁶ Cfr. G. Greco, *I contratti dell’amministrazione tra diritto pubblico e privato*, cit., 73-74, il quale sottolinea gli approdi oramai certi a cui è giunta la dottrina e la giurisprudenza francese sulla persistente attualità dell’interesse pubblico nella fase di esecuzione del *contrat administratif*. Cfr. anche L.V. Moscarini, *Profili civilistici del contratto di diritto pubblico*, cit., 136-137 e E. Sticchi Damiani, *La nozione di appalto pubblico*, cit., 72-73. La relazione fra il recesso dai contratti e la tutela dell’interesse pubblico (prevenzione di danni all’erario o altre ragioni di sconvenienza, ma pur sempre connesse all’interesse istituzionale della p.a.) è chiaramente espressa da M.T.P. Caputi Jambrenghi, *Studi sull’autoritarietà nella funzione amministrativa*, cit., 132.

l'aggiudicazione), ma si adempiono all'interno dell'unitaria vicenda contrattuale.

3.1. *Gli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali relativi alla natura giuridica del recesso del committente pubblico*

Il recesso costituisce, a prescindere dallo specifico ambito di indagine, un'ipotesi di scioglimento del contratto (con efficacia *ex nunc*) per volontà unilaterale di uno dei contraenti: il che rappresenta un'eccezione tanto nel panorama privatistico – attesa la vigenza del principio di stabilità del vincolo negoziale affermata dall'art. 1372 c.c. – quanto in quello pubblicistico, stante l'operatività dell'art. 21-*sexies* l. n. 241/90⁷⁷.

Più in particolare, in ossequio al principio civilistico *pacta sunt servanda* previsto dagli artt. 1372 e 1373 c.c., l'art. 21-*sexies* l. n. 241/90 esclude il potere di recesso della pubblica amministrazione in assenza di un'espressa previsione pattizia o di legge. Pertanto, a differenza delle ipotesi di autotutela esterna al contratto (in particolare la revoca), accordate sì dalla legge, ma per far fronte alla generalità dei casi di non rispondenza del provvedimento all'interesse pubblico (atipicità della revoca), il recesso (quale potere di autotutela interna al contratto) può essere esercitato solo nei casi espressamente previsti⁷⁸: è bene allora premettere che l'art. 109 del d.lgs. n. 50/2016 costituisce una delle ipotesi normativamente presupposte dall'art. 21-*sexies* della l. n. 241/90⁷⁹.

Ciò che più rileva è che dalla natura del recesso discendono alcune determinanti conseguenze tanto sulla qualificazione della pozione giuridica soggettiva della parte privata quanto (e di tutta conseguenza) sull'individuazione della giurisdizione “competente”.

⁷⁷ Cfr. M.T.P. Caputi Jambrenghi, *Studi sull'autoritarità nella funzione amministrativa*, cit., 131 ss., secondo la quale l'art. 21-*sexies* esclude che vi sia una diretta ed assiomatica connessione fra la presenza di una parte pubblica nell'ambito del rapporto contrattuale e l'alterazione dei principi del diritto civile. Si consideri che in sede di approvazione parlamentare il testo originario è stato emendato con la soppressione di ogni riferimento alle ragioni di interesse pubblico e all'obbligo di indennizzo. La disposizione introdotta con la legge di riforma dell'11 febbraio 2005, n. 15 è parsa, peraltro, sin da subito superflua e priva di raccordo con il comma 1-*bis* dell'art.1 della l. n. 241/90 che sancendo la sottoposizione dell'azione amministrativa non autoritativa al diritto privato avrebbe già potuto consentire l'automatica estensione degli artt. 1372 e 1373 c.c. (così G. Alpa, *Divagazioni sull'attività negoziale della p.a. nella nuova disciplina del procedimento amministrativo*, in *I contratti*, 2006, 2, 175 ss., spec. 175).

⁷⁸ In relazione al tema dell'autotutela interna ed esterna al contratto si v. G. Piperata, *L'autotutela interna e l'autotutela esterna nei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 1, 77 ss.

⁷⁹ Lo stesso dicasi per le ipotesi previste dall'art. 1, comma 13, del d.l. n. 95/2012 (relativamente agli appalti di forniture e servizi) e dall'art. 94 del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159. Si consideri che nel d.lgs. n. 163/2006 risoluzione e recesso erano normati sotto il Titolo III “Disposizioni ulteriori per i contratti relativi a lavori pubblici”, Capo I - “Programmazione, direzione ed esecuzione dei lavori”, quindi con solo riferimento ai lavori pubblici. Inoltre, mentre per l'ipotesi della risoluzione dal contratto di appalto di forniture e servizi l'art. 297 d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 stabiliva l'applicabilità degli artt. 135-140 del d.lgs. n. 163/2006, nessuna norma in tal senso era prevista per l'ipotesi del recesso.

Il tema del riparto di giurisdizione sarà analizzato successivamente in maniera più compiuta. Qui può utilmente anticiparsi che lo scioglimento del contratto, collocandosi nella fase esecutiva del rapporto, dovrebbe essere conosciuto dal giudice ordinario poiché le relative controversie non sono state attribuite dall'art. 133, comma 1, lett. e), d.lgs. n. 104/2010 alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Ciò però non esclude che quest'ultimo giudice in sede di legittimità conosca degli eventuali poteri autoritativi esercitati nella fase esecutiva del contratto. D'altronde, la legge conserva a favore della pubblica amministrazione alcuni margini di intervento in via autoritativa⁸⁰: si consideri, ad esempio, l'art. 94 del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 che prevede il potere dell'amministrazione di recedere dal contratto in virtù del ricevimento dell'informativa antimafia⁸¹ (ma sul punto si v. *infra* §4).

Le tesi atte ad inquadrare il recesso nell'alveo di un potere autoritativo sono assolutamente minoritarie e se ne può comprendere agilmente la ragione. Quelle argomentazioni infatti si basano sulla valorizzazione (per sintomi) di tre deroghe rispetto alla disciplina del codice civile: la sussistenza di una scansione procedimentale non prevista invece dall'art. 1671 c.c.⁸²; la quantificazione dell'indennizzo che è inferiore a quello previsto dall'art. 1671 c.c.⁸³; l'autotutela esecutiva che deroga il principio civilistico del divieto di autotutela nelle fattispecie negoziali privatistiche.

Si tratta però di dati irrilevanti ai fini della qualificazione della fattispecie in termini

⁸⁰ Si afferma infatti che «in relazione a peculiari esigenze di interesse pubblico, non possano (*non*) residuare in capo all'autorità procedente poteri pubblici riferibili, tra l'altro, a specifici aspetti organizzativi afferenti alla stessa fase esecutiva» (C. cost. 11 febbraio 2011, n. 43, in *Giur. cost.*, 2011, 1, 579 ss.; si v. anche C. cost. 23 novembre 2007, n. 401, in *Giur. cost.*, 2007, 6, 4447 ss.). Si v. Cass., sez. un., 18 novembre 2016, n. 23468. *Contra* A. Scognamiglio, *Autotutela pubblicistica e contratti in corso*, in *Dir. amm.*, 2013, 1-2, 205 ss., spec. 241. Cfr. Cons. St., sez. IV, 24 marzo 2010, n. 1713, che afferma che non si possa escludere «che anche nella fase esecutiva del contratto di appalto, proprio a causa dell'essere quest'ultimo funzionale alla realizzazione di un interesse pubblico, l'Amministrazione committente disponga di poteri autoritativi nei confronti dell'affidatario, il cui esercizio si manifesti attraverso atti aventi natura provvedimento e a fronte dei quali la posizione dell'impresa appaltatrice si attegga a interesse legittimo» (in tal senso anche Tar Lazio, Roma, sez. III, 8 settembre 2017, n. 9638).

⁸¹ Si tratta per dottrina e giurisprudenza consolidata di un potere autoritativo di valutazione discrezionale dei requisiti della parte contraente. Cfr. Cons. St., sez. III, 26 gennaio 2017, n. 319; sez. VI, 17 marzo 2014, n. 1312; sez. V, 9 settembre 2013, n. 4467, in *Urb. app.*, 2013, 12, 1300 ss., con commento di G. D'Angelo, *Il recesso dal contratto da parte della stazione appaltante a seguito di un'informazione antimafia interdittiva*; Cass., sez. un., 11 gennaio 2011, n. 391, cit.; 28 novembre 2008, n. 28345, in *Foro amm. C.d.S.*, 2008, 11, 2937.

⁸² Cfr. P. Lotti, *Art. 134*, in *Codice dell'appalto pubblico*, a cura di S. Baccarini, G. Chinè e R. Proietti, Milano, 2014, 1551; A. Catricalà, *L'autotutela della stazione appaltante*, in *Riv. trim. app.*, 2001, 3, 421 ss., spec. 430. A riguardo, si deve specificare che nei contratti di appalto fra privati vi può essere una certa deformalizzazione dei procedimenti: la comunicazione sulla volontà di sciogliere il contratto può essere data per iscritto o oralmente o per *facta concludentia* (cfr. D. Rubino e G. Iudica, *Appalto*, cit., 471) e finanche senza preavviso (ciò indicando al più sotto il profilo risarcitorio).

⁸³ In tal senso E. Sticchi Damiani, *La nozione di appalto pubblico*, cit., 55. In dottrina si afferma che questo "privilegio" si fonderebbe sull'esigenza pratica di non ostacolare le ragioni di interesse pubblico con quelle di valenza meramente economica (così A.D. Giannini, *In tema di recesso unilaterale dal contratto di appalto*, in *Giur. op. pubbl.*, 1941, 344 ss., spec. 346).

di provvedimento amministrativo e, a monte, di potere autoritativo⁸⁴. Da un lato, perché il diritto privato prevede casi di disparità contrattuale (si pensi, solo per fare qualche esempio, ai contratti di lavoro subordinato e ai contratti del consumatore); dall'altro lato, perché la procedimentalizzazione e le previsioni sull'indennizzo recate dall'art. 109 del d.lgs. n. 50/2016 attribuiscono al soggetto pubblico meno poteri di quelli conferiti dall'autonomia negoziale al normale contraente privato⁸⁵.

Ciò che però pare più controvertibile delle tesi minoritarie è che esse sono implicitamente fondate su di un presupposto insufficiente: ovvero che il recesso sia «palesamente costituito a tutela dell'interesse pubblico»⁸⁶. Dalla corretta simmetria tra l'atto di indizione della gara e quello che pone nel nulla la vicenda contrattuale – si tratta invero di atti che sono entrambi adottati a seguito di una ponderazione dell'interesse pubblico⁸⁷ – si giunge alla errata conclusione che ciò sarebbe sufficiente a connotare il recesso in termini autoritativi.

L'errore non sta tanto nella considerazione che da ciò deriverebbe solo una minore instabilità del contratto, la sua sorte essendo «meno legata a determinazioni puramente arbitrarie»⁸⁸, quanto piuttosto nel fatto che, come si è ricordato all'inizio dello studio (*supra*, cap. I, §1 e 1.1.), anche l'attività *iure privatorum* della pubblica amministrazione è funzionalizzata: altrimenti a dirsi, il vincolo rispetto al fine pubblico è condizione necessaria ma insufficiente per l'inquadramento dell'atto di recesso nell'alveo dei provvedimenti e dell'autoritatività⁸⁹.

⁸⁴ Cfr. M.S. Giannini, *L'attività amministrativa*, cit., 28, il quale afferma che la definizione in senso pubblicistico di molte delle ipotesi di supremazia dell'amministrazione sia «una vera collezione di sviste». Si v. anche F. Goggiamani, *Il recesso*, in *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da M.A. Sandulli, R. De Nictolis e R. Garofoli, V, Milano, Giuffrè, 2008, 3665 ss.

⁸⁵ Cfr. G. Musolino, *Il recesso del committente nell'appalto pubblico*, in *Riv. trim. app.*, 2011, 3, 567 ss., spec. 570. Si v. anche S. Vinti, *Limiti funzionali all'autonomia negoziale*, cit., 563.

⁸⁶ E. Sticchi Damiani, *La nozione di appalto pubblico*, cit., 102. Il che peraltro avvicina il recesso, quanto a presupposti ed effetti, alla revoca e costituisce uno dei principali fraintendimenti originanti l'idea che il recesso e la revoca potessero essere fungibili e alternativi fra loro. Cfr. L.V. Moscarini, *Profili civilistici del contratto di diritto pubblico*, cit., 137, ove si afferma che l'atto di recesso, implicando una valutazione dell'interesse pubblico, non può non costituire esercizio di un potere autoritativo.

⁸⁷ Così A. Catricalà, *L'autotutela della stazione appaltante*, cit., 430. La posizione è assunta con precipuo riferimento all'atto di risoluzione, ma informa più complessivamente tutte le ipotesi di autotutela commentate dall'autore.

⁸⁸ A. Cianflone e G. Giovannini, *L'appalto di opere pubbliche*, cit., 246.

⁸⁹ Cfr. Cons. St., ad. plen. 30 marzo 2000, n. 1; 22 aprile 1999, n. 4. Cfr. C.M. Bianca, *Le autorità private*, Napoli, Jovene, 1977, 84, il quale afferma che la sussistenza di un pubblico interesse non consente di identificare la natura del rapporto, essendoci casi in cui lo Stato e gli altri enti pubblici usano strumenti di diritto privato e instaurano rapporti assoggettati alla legge privata pur perseguendo sempre fini di interesse pubblico. Si noti poi che il legislatore, quando ha inteso identificare un potere autoritativo nelle fasi esecutive dei contratti pubblici, lo ha fatto esplicitamente: si veda in tal senso l'art. 176 del d.lgs. n. 50/2016, che qualifica lo scioglimento del contratto di concessione come provvedimento di revoca “per motivi di pubblico interesse”. Si consideri che per M.S. Giannini, *L'attività amministrativa*, cit., 28, sovente «si scambia per anomalia pubblicistica quella che è semplicemente una caratteristica speciale del negozio o del

Muovendo allora da queste premesse critiche e da un (apodittico) presupposto – ovvero che nella fase esecutiva del rapporto il pubblico e il privato agirebbero tendenzialmente su posizioni paritetiche e di autonomia contrattuale – la giurisprudenza maggioritaria afferma che l'art. 109 del d.lgs. n. 50/2016 non attribuisce un eccezionale potere autoritativo, ma solo una tradizionale facoltà privatistica conoscibile dal giudice ordinario⁹⁰.

La sentenza n. 14 del 20 giugno 2014 dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha confermato l'indirizzo pretorio. Seppur con precipuo riferimento al settore degli appalti di lavori pubblici⁹¹, la plenaria ha affermato che qualora emergano sopravvenute ragioni di inopportunità della prosecuzione del rapporto, la pubblica amministrazione non può revocare l'aggiudicazione, ma deve esercitare il diritto potestativo disciplinato dall'art. 109 del d.lgs. n. 50/2016 (al tempo, dall'art. 134 del d.lgs. n. 163/2006)⁹²: *diritto*

rapporto, che sarebbe lecita anche in atti e rapporti interpretati perché non in contrasto con norme imperative».

⁹⁰ Per la giurisprudenza amministrativa, si v. Cons. St., sez. V, 30 luglio 2014, n. 4025; ad. plen., 20 giugno 2014, n. 14; sez. V, 7 gennaio 2009, n. 8. Per la giurisprudenza di legittimità, si v. Cass., sez. I, 13 ottobre 2014, n. 21595, in *I contratti*, 2015, 3, 232 ss., con nota di M. Sorbilli, *Il contratto di appalto e il recesso unilaterale del committente*; Cass., sez. un., 26 giugno 2003, n. 10160, in *Foro amm. C.d.S.*, 2003, 6, 1834; Id., 11 novembre 1994, n. 9409, in *Giust. civ., Mass.*, 1994, 11, 1370-1371. Eguali conclusioni sono raggiunte in relazione al recesso recato dall'art. 1, comma 13, d.l. n. 95/2012. In tal senso, cfr. Cons. St., sez. VI, 17 marzo 2014, n. 1312, in *Urb. app.*, 2014, 7, 798 ss., con commento di F. Manganaro, *Recesso dall'appalto pubblico e giurisdizione ordinaria*; Cons. St., sez. V, 22 maggio 2015, n. 2562, in *Foro amm.*, 2015, 5, 1418.

⁹¹ Il ristretto ambito di riferimento della sentenza (sul punto cfr. G. Piperata, *L'autotutela interna e l'autotutela esterna nei contratti pubblici*, cit., 82; nonché A. Ubaldi, *Revoca e istituti di confine in materia di contratti pubblici: tra limiti e conseguenze economiche*, in *Resp. civ. prev.*, 2014, 5, 1650 ss., spec. 1665-1666), deve oggi essere esteso anche al settore dei servizi e delle forniture. L'art. 109 del d.lgs. n. 50/2016 reca infatti un'unica disciplina per lavori, servizi e forniture. Pare peraltro opportuno segnalare che il più insigne riferimento giurisprudenziale dell'orientamento maggioritario, ovvero la citata sentenza della adunanza plenaria n. 14/2014, non manifesta un pieno atteggiamento di sfavore nei confronti della permanente titolarità di poteri autoritativi incidenti *ab externo* sul contratto; e ciò non solo perché la plenaria ha inteso salvaguardare l'adozione del provvedimento di annullamento d'ufficio anche dopo la stipula del contratto (*supra*, cap. II, sez. II, §1 e 1.1.), ma anche perché la preclusione all'uso del potere di revoca è giustificata in ragione della sola specialità della disposizione che riconosce la facoltà di recesso. Si afferma infatti in quella sede che «in questo quadro si coordina e delimita, ad avviso del Collegio, 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».

⁹² Può utilmente osservarsi che oggi i presupposti dell'atto di recesso appaiono essere diversi e maggiori rispetto a quelli della revoca. A seguito della novella all'art. 21-*quinquies*, comma 1 – introdotta dall'art. 25, comma 1, lett. b-*ter*), del d.l. 12 settembre 2014, n. 133, convertito nella l. 11 novembre 2014, n. 164 – la revoca dei provvedimenti di attribuzione dei vantaggi economici, ai quali può essere ricondotta l'aggiudicazione definitiva (sul punto si veda F. Saitta, *Contratti pubblici e potere di riesame della stazione appaltante*, in *Giur. it.*, 2015, 12, 2756 ss., spec. 2760, ma si consideri anche quanto affermato *supra* cap. II, sez. II, §1.1.), può essere disposta solo per sopravvenuti motivi di interesse pubblico e non anche per

potestativo dunque e non già *potere autoritativo*.

A supporto della tesi la giurisprudenza richiama il dato testuale dell'art. 109 del d.lgs. n. 50/2016 che qualifica la posizione giuridica del committente in termini di "diritto". Conferma ulteriore e che va a favore della giurisdizione del giudice ordinario la si rinviene nell'art. 133, comma 1, lett. e), d.lgs. n. 104/2010 che non contempla fra i casi di giurisdizione esclusiva anche l'ipotesi del recesso⁹³.

Ad ogni modo, la prima conseguenza dell'interpretazione fornita dall'orientamento maggioritario si sostanzia nel radicamento della giurisdizione in capo al giudice ordinario. Il che pone, quantomeno in astratto, alcuni problemi in punto di tutela.

In dottrina si è osservato, infatti, che l'illegittimità dell'atto di recesso (o di risoluzione) non possa condurre all'annullamento dell'atto e al ripristino del contratto, ma soltanto al risarcimento del danno per inadempimento contrattuale⁹⁴. Al contrario, la conseguenza dell'adesione alla concezione pubblicistica sarebbe quella di garantire maggiormente l'appaltatore (e, indirettamente, la collettività) con lo strumento tipico del processo amministrativo, ovvero l'annullamento dell'atto invalido.

È bene allora soffermarsi sugli strumenti di tutela accessibili dal privato appaltatore una volta "subito" il recesso dal contratto. Ciò che desta perplessità è che l'atto di recesso di diritto privato, in quanto manifestazione di un diritto potestativo esercitabile *ad nutum*, è identificabile, almeno in via di prima approssimazione, quale atto "libero"⁹⁵, come tale non sindacabile nel merito (ovvero nei motivi che lo hanno provocato)⁹⁶. A differenza di altre facoltà di scioglimento del contratto accordate dalla legge o dal contratto (ad esempio la risoluzione per inadempimento di cui all'art. 1453 c.c.), che si esercitano

una nuova valutazione dell'interesse pubblico originario. Si dovrà, quindi, stabilire se il recesso risenta delle modifiche in parola o se possa assumere, in quanto fattispecie speciale, una connotazione autonoma. Il dubbio pare essere risolto in partenza da quella giurisprudenza (cfr. Cons. St., ad. plen., 20 giugno 2014, n. 14, cit.) e da quella dottrina (cfr. M. Pennasilico, *Il ruolo della buona fede nell'interpretazione e nell'esecuzione dei contratti della pubblica amministrazione*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, 4, 1052 ss., spec. 1082, nota 97) che, valorizzando l'affidamento e la necessità di garantire stabilità al rapporto contrattuale, escludono la possibilità di continui ripensamenti rispetto ad una già perfezionata valutazione. Stante l'adottabilità del provvedimento di annullamento d'ufficio oltre la stipula del contratto (così Cons. St., ad. plen., 20 giugno 2014, n. 14, cit.) è opportuno avvertire della *vis attractiva* che l'annullamento d'ufficio esercita sulla revoca *jus poenitendi* (cfr. sul punto A. Gualdani, *Verso una nuova unitarietà della revoca e dell'annullamento d'ufficio*, Torino, Giappichelli, 2016, 177 ss.).

⁹³ Così, Cons. St., sez. V, 30 luglio 2014, n. 4025.

⁹⁴ Per tutti si veda A. Cianflone e G. Giovannini, *L'appalto di opere pubbliche*, cit., 1890 ss.

⁹⁵ Cfr. G. La Rosa, *Lo scioglimento del contratto della pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 4, 1453 ss., spec. 1505. Secondo l'autore, corollario dell'assenza di potere è la defunzionalizzazione dell'attività della pubblica amministrazione, sicché quest'ultima non può dirsi sottoposta «al bilanciamento tra interesse pubblico e interesse privato, tipico di qualsiasi provvedimento discrezionale».

⁹⁶ In questo senso, E. Sticchi Damiani, *La nozione di appalto pubblico*, cit., 102, ove afferma che l'adesione alla teoria pubblicistica consentirebbe paradossalmente di «riassestare parzialmente, quantomeno sul versante processuale, gli equilibri strutturali dell'appalto pubblico già di per sé notevolmente sbilanciati a favore dell'Amministrazione».

legittimamente al ricorrere di circostanze oggettive (*supra* §2), l'atto di recesso⁹⁷ è espressione di un'autonoma e libera opzione del suo titolare, la cui determinazione può anche prescindere dalla valutazione dell'altrui operato⁹⁸ o dalla concretizzazione di predefinite contingenze esterne: l'esercizio del recesso può, quindi, essere frutto di un "capriccio"⁹⁹, evidentemente non sottoponibile ad alcun obbligo di motivazione o di giustificazione.

Secondo questa logica "privatistica", l'amministrazione con l'atto di recesso non eserciterebbe poteri discrezionali, ma una libertà svincolata dall'ossequio ai principi di ragionevolezza e di trasparenza¹⁰⁰.

A fronte di un orientamento maggioritario attestatosi attorno ad una ricostruzione in senso puramente privatistico del recesso del committente pubblico, quasi che la fattispecie sia collocabile in un mero rapporto di genere a specie con quella privatistica prevista dall'art. 1671 c.c., permangono allora una pluralità di interrogativi che in definitiva sono tutti accomunati da una medesima direzione di marcia: l'insoddisfazione per la qualificazione del recesso *ex art.* 109, d.lgs. n. 50/2016, entro le maglie del recesso *ad nutum*.

3.2. *Un rapporto di genere a specie?*

Prima di prendere atto di alcuni limiti riferibili al sindacato sull'attività (privatistica) di scioglimento del contratto, nei limiti funzionali allo scritto possono utilmente essere considerate le plurime connotazioni che in senso finalistico hanno consentito di svelare la multiformità del recesso in principio velata dalla unicità della locuzione impiegata.

Come di recente affermato¹⁰¹, l'analisi della dottrina privatistica pone sul fronte due orientamenti contrapposti, la cui paternità, al netto delle più o meno incisive variazioni lessicali e/o dei progressivi sviluppi teorici, può essere attribuita a Gabrielli-Padovini¹⁰²

⁹⁷ Salvo che non si verta nel campo del recesso per giusta causa, ad esempio nell'ambito dei contratti di lavoro subordinato *ex art.* 2119 c.c. o nell'ipotesi di revocabilità del mandato *ex art.* 1723 c.c.

⁹⁸ Cfr. Cass., sez. II, 27 gennaio 2017, n. 2130; sez. I, 13 ottobre 2014, n. 21595, cit.: «nella disciplina privatistica dell'appalto [...] l'esercizio del diritto di recesso non è subordinato a particolari presupposti, ma può aver luogo per qualsiasi causa, il cui accertamento non è neppure richiesto ai fini della legittimità del recesso, non essendo configurabile un diritto dell'appaltatore alla realizzazione dell'opera o allo svolgimento del servizio la cui prosecuzione risponde unicamente all'interesse del committente».

⁹⁹ L'effettiva sussistenza di un interesse al recesso, infatti, non inficia la validità dell'atto, ma al più potrà costituire parametro di valutazione della responsabilità per gli eventuali danni causati all'appaltatore (cfr. P. Lotti, *Art. 134*, cit., 1548).

¹⁰⁰ Cfr. Cons. St., ad. plen., 20 giugno 2014, n. 14, cit., ove si afferma che «per l'amministrazione la maggiore onerosità del recesso è bilanciata dalla mancanza dell'obbligo di motivazione e del contraddittorio procedimentale»; si v. anche Cass., sez. un., 9 maggio 1972, n. 1401, in *Giust. civ., Mass.*, 1972, 5, 761.

¹⁰¹ Si v. N. Massella Ducci Teri, *Contributo ad una teoria generale del negozio di recesso*, Milano, Giuffrè, 2016, 13 ss.

¹⁰² G. Gabrielli e F. Padovini, *Recesso (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, Giuffrè, 1988, 27 ss.

e a Sangiorgi¹⁰³. Si proceda allora per progressive approssimazioni, considerando gli aspetti che maggiormente rilevano ai fini dell'elaborato.

Per Gabrielli-Padovini, il recesso può avere tre funzioni. Anzitutto, può essere «determinativo», perché se vi è un contratto di durata privo di termine, con l'esercizio del recesso una parte determina *ex post* il termine finale previamente non concordato. In secondo luogo, il recesso può costituire «mezzo di impugnazione del contratto», con la specificazione che quello non opererebbe solo a fronte di vizi originari o sopravvenuti del contratto, ma anche nelle ipotesi che consentirebbero di ricorrere alla risoluzione, ovvero in caso di inadempimento, di eccessiva onerosità e di impossibilità sopravvenuta, e finanche laddove sia concesso ad una parte di alterare il regolamento contrattuale (come nell'ipotesi disciplinata dall'art. 1660 c.c., commi 2 e 3, c.c.); in tutti questi casi, il recesso ha il fine di attribuire alle parti la facoltà di sciogliere il vincolo «in ipotesi ulteriori rispetto a quelle previste dalla disciplina generale del contratto o, per lo meno, con un procedimento più semplice e spedito». Infine, il recesso può essere configurato come uno «*ius se poenitendi*», operante nei contratti di durata, perpetui o a lungo termine, affinché una parte possa svincolarsi laddove non abbia più interesse alla prosecuzione del rapporto (art. 1671 c.c., v. *infra*)¹⁰⁴.

Differente è invece l'articolazione avanzata da Sangiorgi, il quale propone una tripartizione delle ipotesi del recesso legale costituita dal «recesso legale “*ad nutum*”», dal «recesso legale vincolato» e dal «recesso legale per giusta causa»¹⁰⁵. Il primo è a sua volta ripartito in ragione o della natura del rapporto – indeterminatezza del termine finale o sussistenza di una durata minima determinata per legge – o dell'effetto determinato dal recesso medesimo, in specie dell'obbligo di indennizzare la parte che subisce lo scioglimento (art. 1671 c.c.); il recesso *ad nutum*, al netto delle articolazioni, si connota per la libertà della scelta e l'unilateralità della volontà (v. *infra*). Il secondo, invece, è vincolato perché dipende dalla ricorrenza di un determinato evento che, alterando l'originario rapporto contrattuale, rende «preminente l'interesse alla cessazione del vincolo, rispetto a quello di realizzare sino al suo normale compimento la vicenda esecutiva» (art. 1660, commi 2 e 3, c.c.). Infine, vi è il recesso per giusta causa, la cui definizione viene ancorata ad un chiaro distinguo rispetto all'ipotesi del recesso vincolato: in quest'ultimo caso, si dà rilievo ad eventi predeterminati e caratterizzati nei loro dati obiettivi; nel recesso per giusta causa, invece, gli eventi si contraddistinguono per il «modo in cui incidono sul rapporto preesistente: cioè *per* la carica di intollerabilità che determinano».

¹⁰³ S. Sangiorgi, *Recesso*, in *Enc. giur.*, XXVI, Roma, Treccani, 1991, 2.

¹⁰⁴ Le tre “immagini” del recesso sono descritte da G. Gabrielli e F. Padovini, *op. cit.*, rispettivamente alle pp. 29, 32 e 36. Aderisce alla tesi, M. Franzoni, *Degli effetti del contratto*, I, in *Il codice civile commentario*, fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli, Milano, Giuffrè, 2013, 367 ss.

¹⁰⁵ Cfr. S. Sangiorgi, *Recesso*, cit., rispettivamente alle pp. 3, 5 e 6.

Ma perché dare rilievo alle varie figure di recesso? Per spiegarlo conviene fare chiarezza su di un dato che si è cercato comunque di far risaltare attraverso i richiami fatti entro parentesi e che corrisponde alla collocazione dell'ipotesi del recesso legale del committente di cui all'art. 1671 c.c.

Ebbene, per Gabrielli-Padovini e per Sangiorgi il recesso del committente è da inscrivere nella categoria che, con un'impresione, può dirsi "diritto di pentimento". Di quell'impresione in realtà avvertiva già Sangiorgi, laddove ha rilevato che «tale caratteristica», indubitabile nel caso di specie, «non sembra però utile ai fini di una classificazione»¹⁰⁶. Eppure, di questa divergenza, se è concesso, ce ne si può qui disinteressare, perché nelle variazioni lessicali – *ius se poenitendi* e recesso legale "ad nutum" con obbligo di indennizzo – si annida in realtà una certa assonanza negli esiti. Entrambi gli Autori, infatti, giungono alla conclusione che nella fattispecie di cui all'art. 1671 c.c. lo scioglimento del rapporto sia un "elemento secondario" adombrato dalla centralità del ristoro economico. Per la chiarezza delle affermazioni, ne sia consentito un richiamo pressoché integrale.

Per Gabrielli-Padovini «l'esercizio del recesso non determina un vero e proprio scioglimento del rapporto, bensì una modificazione del suo contenuto, giacché al prestatore dell'attività è riconosciuto non solo il corrispettivo per quanto già eseguito, ma anche il guadagno che avrebbe ritratto dall'esecuzione così come originariamente convenuta»¹⁰⁷.

Allo stesso modo, per Sangiorgi «la presenza di tale obbligo condiziona, alla stregua di una valutazione globale, l'effetto tipico del nostro istituto, ponendo in secondo piano lo scioglimento del rapporto e facendo invece emergere [...] una modificazione in senso riduttivo del programma contrattuale [...] senza che venga sostanzialmente delusa l'aspettativa dell'altra parte alla integrale esecuzione del contratto in quanto questa riceverà ugualmente [...] lo stesso corrispettivo»¹⁰⁸.

Quanto precede induce ad una considerazione, per così dire sistemica, del recesso previsto dall'art. 109 del d.lgs. n. 50/2016.

Non vi è dubbio che entrambi gli istituti prescritti dall'art. 1671 c.c. e dall'art. 109 d.lgs. n. 50/2016 si fondano sulla prioritaria definizione legale della «prevalenza di un interesse diverso su quello, più generale ed astratto, espresso dalla regola di vincolatività del contratto»; prevalenza giustificata dalla finalizzazione dell'istituto ad impedire l'ultimazione di opere e servizi non più utili per il committente e quindi «a prevenire sprechi veri e propri di risorse, che certamente non possono essere favoriti da un sistema giuridico

¹⁰⁶ S. Sangiorgi, *Recesso*, cit., 4.

¹⁰⁷ G. Gabrielli e F. Padovini, *Recesso (dir. priv.)*, cit., 36.

¹⁰⁸ S. Sangiorgi, *Recesso*, cit., 4.

tendenzialmente rispettoso delle regole di mercato»¹⁰⁹. E, si badi, un conto è dirsi della effettiva corrispondenza finalistica degli istituti, altro invece è a dirsi sotto il profilo della astratta corrispondenza dei fini soggettivamente perseguibili dal committente pubblico e da quello privato, poiché l'ordinamento, nei limiti di quanto si dirà, di questi ultimi si disinteressa. Insomma, la corrispondenza di cui si è detto è valevole solo in relazione al fine "oggettivato" dal legislatore e non già con riguardo a quello "soggettivato" dalla parte recedente, se non altro perché il recesso della pubblica amministrazione dovrebbe essere sempre finalizzato alla soddisfazione dell'interesse pubblico.

Ciò posto, deve invece dirsi assente la corrispondenza delle fattispecie legali sotto il profilo dell'«effetto tipico» di cui parla Sangiorgi. Si è detto, infatti, che l'effetto tipico del recesso *ex art. 1671 c.c.* è quello della modificazione del regolamento contrattuale, perché esso non altera l'aspettativa dell'appaltatore, il quale trarrà il «medesimo risultato economico che avrebbe conseguito in caso di compiuta esecuzione del rapporto»¹¹⁰: l'indennizzo dovuto comprenderà tanto le spese sostenute, quanto le prestazioni eseguite e finanche il mancato guadagno. Ebbene, se in ciò si esaurisce l'effetto tipico del recesso *ex art. 1671 c.c.*, apparirà chiara l'impossibilità di ricondurre alla medesima fattispecie il recesso di cui all'art. 109 d.lgs. n. 50/2016, perché l'indennizzo dovuto dal committente pubblico è (di regola) decisamente inferiore a quello "pagato" dal privato: da un lato, perché non è previsto il rimborso delle spese sostenute, e, dall'altro lato, perché il lucro cessante è limitato forfettariamente nella misura del 10% delle opere, dei servizi e delle forniture non eseguite¹¹¹. Insomma, detto più semplicemente, non vi è risarcimento e quindi non si realizza l'effetto tipico del recesso del committente privato. Sia chiaro, non si tratta di rintracciare in questo aspetto un carattere determinante per sostenere *sic et simpliciter* la natura pubblicistica del recesso, che diverrebbe perciò stesso una revoca; ma non si ritiene neppure che la circostanza possa essere obliterata come un normale

¹⁰⁹ G. Gabrielli e F. Padovini, *Recesso (dir. priv.)*, cit., 37. In tal senso anche E. Battelli, *La disciplina del recesso*, in *I contratti di appalto privato*, a cura di V. Cuffaro, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, Torino, Utet, 2011, 245 ss., spec. 259-260. Alla tesi si "oppone" quella sostenuta da chi ha ritenuto che il recesso in parola si fonderebbe sull'importanza che assume la figura dell'appaltatore nella vicenda economica, attesa la riconduzione del contratto di appalto entro la categoria dei contratti *intuitus personae*. Cfr. G. Musolino, *Il recesso e le altre cause di estinzione del contratto di appalto*, in *Riv. trim. app.*, 2000, 1, 51 ss., spec. 66. In giurisprudenza cfr. Cass., sez. II, 31 ottobre 2014, n. 23292, secondo cui «la ragione di questa particolare disciplina, derogatoria sia del principio di immutabilità del contratto *ex art. 1372*, sia dell'art. 1373 c.c., comma 1 (che preclude il recesso in casi di inizio di esecuzione) è ravvisata nella rilevanza che nell'appalto assume l'*intuitus personae* e, quindi, venuta meno la fiducia nell'impresa appaltatrice, viene data al committente la possibilità di sciogliersi dal vincolo contrattuale anche in assenza di inadempimenti dell'appaltatore, ovviamente facendo salvi i diritti dell'appaltatore (anche in relazione al lucro cessante)».

¹¹⁰ F.M. Bandiera, *Art. 1671. Recesso unilaterale del contratto*, in *Codice dell'appalto privato*, a cura di A. Luminoso, Milano, Giuffrè, 2016, 763 ss., spec. 773.

¹¹¹ Si v., in particolare, le considerazioni svolte da F. Goggiamani, *Il recesso*, cit., 3663-3664. Sul punto anche G. Musolino, *Art. 109*, in *Commentario breve alla legislazione sugli appalti pubblici e privati*, a cura di A. Carullo e G. Iudica, Milano, Wolters Kluwer – Cedam, 2018, 1063 ss., spec. 1066.

“tratto differenziale” delle disposizioni collocate in un rapporto di *genus a species*. Pare piuttosto di essere dinanzi all’irriducibilità di un modello nell’altro: d’altronde se di rapporto di specie a genere si dovesse trattare, l’effetto tipico dell’istituto generale dovrebbe essere proprio anche di quello speciale.

Quanto precede non consente però di escludere direttamente la riconducibilità del recesso di cui all’art. 109 d.lgs. n. 50/2016 ad una più generica ipotesi di recesso *ad nutum*: ed anzi in giurisprudenza e in dottrina, come si è detto, ne è certa l’assimilazione e i timori per la sottrazione dell’atto al sindacato giurisdizionale sono spesse volte rinfrancati dall’invocazione di un controllo secondo buona fede o comunque fondato sull’abuso del diritto.

3.3. Rilievi critici sulla sufficienza di un sindacato fondato sull’abuso del diritto

L’aver identificato il recesso nell’ambito di una fattispecie privatistica sottratta allo statuto amministrativistico pone in primo luogo l’esigenza di verificare la praticabilità e l’effettività di un sindacato sul corretto perseguimento del fine pubblico che sia condotto dal giudice ordinario per mezzo parametri propri di quel giudizio, quali la violazione della buona fede e il vizio dell’abuso del diritto¹¹².

Il dubbio è bene scioglierlo, in quanto nella giurisprudenza aderente al filone maggioritario è dato scorgere un precetto non assiomatico, ovvero che il giudice ordinario disporrebbe comunque di idonei poteri di valutazione degli interessi e di intervento a tutela della corretta azione amministrativa, non essendogli precluso «di definire il proprio giudizio anche con riguardo al contenuto del contraddittorio procedimentale precedentemente instauratosi tra le parti e al loro concreto operato»¹¹³. L’assunto non pare condivisibile per le ragioni di seguito esposte.

Innanzitutto, si crede di poter sostenere che un controllo giudiziale, che si pretenda essere idoneo a sindacare il corretto esercizio della funzione, non possa apprestarsi

¹¹² Si consideri che, proprio in merito al sindacato inerente all’atto di recesso, attenta dottrina ha affermato che «il rifiuto del giudice amministrativo di conoscere del recesso finisce per sottrarre la decisione amministrativa a qualunque verifica di ragionevolezza, non spettando al giudice ordinario un adeguato sindacato sull’uso della discrezionalità» (M. Dugato, *Organizzazione delle amministrazioni aggiudicatrici*, cit., 681). M. Mazzamuto, *Per una doverosità costituzionale del diritto amministrativo e del suo giudice naturale*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 1, 143 ss., spec. 167, evoca forti perplessità sulla tenuta del principio di imparzialità, laddove il sindacato sull’attività amministrativa venga radicato dinanzi al giudice ordinario: «cosa resta del sindacato sulla discrezionalità di fronte ad un giudice ordinario informato naturalmente ai principi del rispetto dell’autonomia privata? E più in generale cosa resta di quegli altri principi di maggior tutela che caratterizzano il diritto pubblico?».

¹¹³ Cons. St., sez. V, 30 luglio 2014, n. 4025.

solamente su una valutazione inerente alla violazione della clausola generale di buona fede¹¹⁴.

La dottrina civilistica parrebbe confortare la tesi contraria, perché è oramai assodato che l'esercizio del recesso «debba essere assoggettato al controllo di buona fede»¹¹⁵; e d'altronde, andando ben oltre i richiami fatti per analogia all'incisività del sindacato del giudice ordinario nelle controversie relative ai licenziamenti, in dottrina si è sostenuto che «negli altri contratti, il recesso *ad nutum* deve essere valutato in modo più grave di come avviene nell'ambito di un rapporto di lavoro»¹¹⁶.

Eppure, a volersi considerare la tesi volta a differenziare la buona fede dall'abuso del diritto (di cui si dirà *infra*) emerge un dato e cioè che tramite la buona fede si censura non già lo scopo dell'atto, ma le modalità tramite le quali quello è stato adottato: il caso tipicamente portato è quello del recesso improvviso dichiarato da chi tramite il proprio comportamento abbia previamente ingenerato nell'altra parte un affidamento alla prosecuzione del rapporto. Insomma, come affermato da una parte della dottrina, si tratterebbe di un «controllo di tipo esclusivamente “procedurale”»¹¹⁷.

Questo aspetto ha determinanti conseguenze sull'oggetto dell'indagine perché se il problema legato al recesso *ad nutum* è la possibile violazione dell'elemento finalistico e se il sindacato secondo buona fede investe le sole modalità dell'agire, allora quel giudizio potrebbe risultare alquanto insoddisfacente perché, ragionando a contrario, dinanzi ad un comportamento diligente e corretto, il controllo si arresterebbe senza nulla certificare in merito alla rispondenza dell'azione al fine pubblico.

A fronte di quanto precede, è opportuno allora indagare la praticabilità di un controllo di tipo teleologico.

Senonché, neppure un giudizio finalistico, quale è quello di valutazione dell'abuso

¹¹⁴ Cfr. A. Pioggia, *Giudice e funzione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2004, 229. La buona fede, quale parametro di sindacato del potere amministrativo, è ampiamente trattata da C. Cudia, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela*, Milano, Giuffrè, 2008, *passim*: per una incisiva critica della tesi si v. F. Merusi, *Nuove avventure e disavventure della legalità amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2011, 4, 741 ss., spec. 751-752.

¹¹⁵ C. Scognamiglio, *Il nuovo diritto dei contratti: buona fede e recesso dal contratto*, in *Eur. dir. priv.*, 2003, 4, 797 ss., spec. 803.

¹¹⁶ M. Franzoni, *Degli effetti del contratto*, II, in *Il codice civile commentario*, fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli, Milano, Giuffrè, 2013, 246.

¹¹⁷ G. D'Amico, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, in *I contratti*, 2010, 1, 11 ss., spec. 23. La distinzione fra buona fede e abuso del diritto è sostenuta anche da C. Restivo, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Milano, Giuffrè, 2007, 147 e in C. Scognamiglio, *L'abuso del diritto*, in *I contratti*, 2012, 1, 5 ss., spec. 14. *Contra* F. Galgano, *Qui suo iure abutitur neminem laedit?*, in *Contr. impr.*, 2011, 2, 311 ss., spec. 318. Si consideri che la tesi da ultimo esposta trova il sostegno anche della giurisprudenza (Cass., sez. III, 18 settembre 2009, n. 20106, in *Giust. civ., Mass.*, 2009, 9, 1331 ss.) laddove si è affermato che il principio di buona fede e l'abuso del diritto si integrerebbero a vicenda, «costituendo la buona fede un canone generale cui ancorare la condotta delle parti, anche di un rapporto privatistico, e l'interpretazione dell'atto giuridico di autonomia privata e, prospettando l'abuso, la necessità di una correzione tra i poteri conferiti e lo scopo per i quali essi sono conferiti».

del diritto¹¹⁸, pare essere in grado di adattarsi automaticamente alla dimensione funzionale dell'agire della p.a.¹¹⁹.

Ancor prima di questo aspetto, vi è però da rilevare che la stessa dottrina che ha sostenuto la lettura eminentemente procedurale del controllo secondo buona fede ha anche affermato che se il recesso è *ad nutum* ciò implica che l'esercizio di quel diritto non possa essere sottoposto ad un sindacato di tipo finalistico o causale: se lo scopo del recesso «non è altro che quello di consentire al recedente di potersi sciogliere dal contratto» allora «non può censurarsi l'esercizio del diritto sotto il profilo della “causa” (*rectius*: motivo) che lo ha determinato»¹²⁰.

Ora, è risaputo che l'affermazione non solo ha suscitato dubbi in dottrina¹²¹, ma nei fatti è stata disattesa dalla giurisprudenza della Corte di cassazione, laddove nelle controversie inerenti al recesso di cui all'art. 1671 c.c. non è mai stata posta in dubbio la praticabilità di un controllo sul carattere abusivo dell'esercizio del diritto¹²².

Eppure, quando l'analisi giurisprudenziale coinvolge il soggetto pubblico le cose vanno in parte diversamente. Due affermazioni molto recenti contenute in altrettante sentenze dei giudici di merito appaiono in tal senso emblematiche.

Da un lato vi è il Tribunale di Latina che, una volta incluso il recesso del committente pubblico nell'alveo del recesso *ad nutum*, non si limita ad affermare che esso «può aver luogo per qualsiasi causa, il cui accertamento non è neppure richiesto ai fini della legittimità del recesso», ma, a fronte della contestazione di parte attrice sulla pretestuosità dello stesso, oppone la seguente statuizione: è la legge che attribuisce «una facoltà di recesso libero e quindi non sindacabile dal giudice»¹²³.

Dall'altro lato vi è il Tribunale di Roma, che, chiamato a conoscere del recesso relativo al contratto stipulato per la realizzazione del “Ponte sullo Stretto”, dopo aver sostanzialmente sostenuto la defunzionalizzazione del recesso che può «essere dal committente esercitato per qualsiasi ragione», arresta il giudizio sulla “illegittimità” del recesso dinanzi alla sussistenza di una espressa previsione contrattuale atta a garantire al

¹¹⁸ Con riferimento all'abuso del diritto, imprescindibile è il richiamo a P. Rescigno, *Abuso del diritto*, Bologna, il Mulino, 1998, in particolare a 272, ove si parla di «concezione finalistica delle prerogative attribuite dalla legge ai privati». Il rinnovato interesse per l'abuso del diritto si deve, come noto, alla pronuncia della Cass., sez. III, 18 settembre 2009, n. 20106. La sentenza interviene su un tema affatto differente da quello oggetto della presente analisi, avendo affermato che dall'esigenza di sanzionare forme di recesso *ad libitum* – asseritamente ritenute non conformi al nostro ordinamento giuridico – deriva la necessità di una valutazione inerente alla buona fede oggettiva e alla rilevanza dell'eventuale esercizio abusivo del recesso.

¹¹⁹ *Contra* S. Vinti, *Limiti funzionali all'autonomia negoziale*, cit., 583; C. Commandatore, *Autotutela e recesso contrattuale della p.a.*, in *Urb. app.*, 2015, 6, 691 ss., spec. 696; A.M. Giampaolino, *La risoluzione del contratto*, in *Trattato sui contratti pubblici*, cit., 3686-3687.

¹²⁰ G. D'amico, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, cit., 17.

¹²¹ Si v. F. Galgano, *Qui suo iure abutitur neminem laedit?*, cit., 316-317.

¹²² Cfr. Cass., sez. II, 07 marzo 2018, n. 5368 e Cass., sez. II, 31 ottobre 2014, n. 23292.

¹²³ Trib. Latina, sez. I, 27 luglio 2018, n. 2001, inedita.

committente pubblico la possibilità di recedere «a suo insindacabile giudizio»¹²⁴. Il che è peculiare perché se è vero che la Suprema Corte ha riconosciuto l'ammissibilità di siffatte clausole negoziali¹²⁵, è altresì vero che sotto la direttiva della solidarietà in ambito contrattuale la giurisprudenza altre volte (ovvero, nelle controversie fra privati) ha fatto comunque seguire un controllo sulla natura abusiva del recesso in considerazione del fatto che gli «inderogabili doveri di solidarietà sociali posti dall'art. 2 Cost., sono destinati ad integrare il regolamento contrattuale»¹²⁶.

A margine di questi indici sintomatici di un diverso approccio della giurisprudenza nei confronti della pubblica amministrazione – atteggiamento che cela i retaggi di una antica reticenza del giudice ordinario (*infra* cap. III, §2) – devono poi essere evidenziati non secondari e ben più determinanti rilievi teorici.

La costruzione dell'abuso del diritto¹²⁷ – quale vizio della discrezionalità contrattuale che, secondo alcuni, non si discosterebbe di molto dallo sviamento del potere pubblicistico¹²⁸ – rispecchia infatti la particolarità del sindacato del giudice ordinario, il cui controllo sulla “legittimità” dell'azione, diversamente da quello condotto dal giudice amministrativo, non parte dalla disciplina del potere, ma dalle differenti regole che governano il rapporto giuridico di diritto privato. Come osservato da parte della dottrina, vi

¹²⁴ Trib. Roma, sez. spec. impr., 21 novembre 2018, inedita.

¹²⁵ Seppur in relazione a fattispecie inerenti contratti di apertura di credito bancario, cfr. Cass., sez. I, 26 settembre 2000 n. 12724 e Cass., sez. I, 24 settembre 1996, n. 8409.

¹²⁶ Trib. Crotone, 29 aprile 2019, n. 521. Non esclude che detto controllo debba esservi anche Cass., sez. I, 31 luglio 2018, n. 20306.

¹²⁷ Quanto ai presupposti, la giurisprudenza costante configura l'abuso del diritto al ricorrere dei seguenti requisiti: 1) titolarità di un diritto; 2) insussistenza di violazioni di divieti formali; 3) violazione della normativa sulla buona fede e correttezza; 4) sproporzione fra il beneficio conseguito dal titolare del diritto ed il sacrificio subito dalla controparte; 5) perseguimento di un fine diverso ed ulteriore rispetto a quello per il quale quei poteri o facoltà sono attribuiti. Cfr. Cass., sez. lav., 25 gennaio 2016, n. 1248.

¹²⁸ Cfr. G. Sigismondi, *Eccesso di potere e clausole generali*, cit., 251, il quale afferma che i modelli di giudizio sono di due tipi anche rispetto agli atti esercizio dell'autonomia negoziale: «uno segue lo schema del controllo di tipo causale (che riproduce esattamente lo schema dello sviamento di potere); l'altro quello del giudizio condotto sulla base di un confronto rispetto a modelli generali di comportamento o standard valutativi riconducibili a clausole generali (non diversamente da quello che si è visto avvenire per il sindacato sull'eccesso di potere amministrativo condotto al di fuori delle ipotesi di sviamento)». In particolare, quanto alle conseguenze e agli strumenti di tutela, in alternativa al risarcimento del danno, la giurisprudenza ammette talvolta la dichiarazione di inefficacia dell'atto viziato. Cfr. in tal senso, Cass., sez. III, 18 settembre 2009, n. 20106, cit., ove si afferma che ricorrendo i presupposti di sussistenza dell'abuso, il giudice potrebbe non solo accordare il risarcimento del danno, ma finanche «sindacare e dichiarare inefficaci gli atti compiuti in violazione del divieto di abuso del diritto». Cfr. altresì la Relazione Tematica dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte Suprema di Cassazione, n. 116, 10 settembre 2010, *Buona fede come fonte di integrazione dello statuto negoziale: il ruolo del giudice nel governo del contratto*, in www.cortedicassazione.it; U. Breccia, *Il principio di legalità nel diritto privato, in Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, Milano, Giuffrè, 2008, 414; M. Franzoni, *Degli effetti del contratto*, II, cit., 293 ss. *Contra* A. Catricalà, *L'autotutela della stazione appaltante*, cit., 434 a mente del quale resterebbe comunque intangibile l'effetto risolutorio dell'atto di recesso; M. Orlandi, *Contro l'abuso del diritto (in margine a Cass. 18 settembre 2009, n. 20106)*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 2, 147 ss., spec. 158, secondo il quale l'abuso del diritto si dissolve nell'illecito «che tutto attira nella propria sconfinata atipicità» e che come tale può trovare tutela solo nei limiti di quella risarcitoria.

sarebbe infatti un insanabile dissidio fra la finalizzazione del potere di cui l'amministrazione fa uso e l'uso che il giudice ordinario fa delle clausole generali, le quali ai suoi occhi «non guidano l'utilizzazione del potere, ma lo delimitano, indicando un confine oltre il quale non può spingersi, dal momento che rappresenta la frontiera del diritto altrui»¹²⁹.

In tal senso, non può trascurarsi il fatto che la giurisprudenza formatasi sull'abuso del diritto richieda che il controllo sullo sviamento sia preceduto dall'accertamento della sussistenza di una sproporzione fra i benefici ricavati da colui che ha esercitato il diritto e i sacrifici subiti dalla controparte contrattuale¹³⁰. Le conseguenze paiono evidenti: se non vi è un'irragionevole sproporzione, non si avrà abuso, e ciò significherebbe accettare il rischio dell'insindacabilità, e quindi della defunzionalizzazione, di un'attività che al contrario è vincolata ad un fine¹³¹. Quanto appena sostenuto è immediatamente percepibile sol che si consideri che l'indennizzo, che obbligatoriamente viene accordato dall'art. 109 d.lgs. n. 50/2016, costituisce già di per sé un primo ostacolo al configurarsi di quell'irragionevole sproporzione che conduce al successivo sindacato sulla deviazione¹³².

Per quanto sostenuto, non si può quindi accettare senza alcun indugio la sufficienza di un sindacato del giudice ordinario per clausole generali su di un'attività che, seppur inserita nell'ambito di una relazione negoziale, rimane pur sempre espressione di un potere discrezionale dispositivo di interessi pubblici (*infra* §3.4.).

Si consideri poi che la citata giurisprudenza ritiene configurabile l'abuso a condizione che non vi siano «violazioni di divieti formali»; ma allora l'abuso è un vizio non

¹²⁹ A. Pioggia, *Giudice e funzione amministrativa*, cit., 236, ove afferma che, l'impiego dell'imparzialità e del buon andamento da parte del giudice ordinario per il tramite delle clausole generali civilistiche, comporta che quei principi pubblicistici «non esprimano più il dover essere del potere... ma traccino le linee del suo particolare modo di essere». Sul punto anche A. Lolli, *L'atto amministrativo nell'ordinamento democratico*, Milano, Giuffrè, 2000, 233-234, il quale osserva che i parametri civilistici della diligenza, della buona fede e dell'abuso del diritto sono «particolarmente vaghi, rispetto al sindacato di eccesso di potere, non per una loro inidoneità ad un accertamento approfondito sulla funzionalità, ma per una ragione di diritto sostanziale». La ragione è rinvenuta nell'assenza di una disciplina rigorosa sulla procedimentalizzazione dell'adozione degli atti privatistici e induce a concludere che «il giudice difficilmente può sindacare il rispetto delle regole di bilanciamento degli interessi, ed in definitiva del perseguimento dell'interesse pubblico, poiché tale bilanciamento non è formalizzato procedimentalmente». Si v. altresì A. Catricalà, *L'autotutela della stazione appaltante*, cit., 433-434.

¹³⁰ Cfr. Cass., sez. II, 2 settembre 2016, n. 17520. Si consideri che in dottrina si è recentemente affermata la difficile configurabilità dell'abuso del diritto laddove il rapporto coinvolga l'amministrazione e il singolo privato, giacché detta «relazione» sarebbe caratterizzata da «una sproporzione ontologica, intrinseca alla natura dell'amministrazione» (A. Cauduro, *Eccesso di potere e abuso del diritto nella pubblica amministrazione*, Napoli, Jovene, 2018, 51).

¹³¹ Se è ben possibile che nell'ambito dell'autonomia privata l'atto adottato in elusione del fine e favorevolmente alla controparte non sia altresì abusivo, non altrettanto può ammettersi per l'atto adottato dall'amministrazione, poiché lo sviamento può sussistere in astratto per il sol fatto del discostamento.

¹³² Cfr. M. Mazzuca, *Incidenza degli interessi pubblici e privati nel contratto di appalto: il recesso*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2010, 153, il quale, pur accettando un sindacato per clausole generali, afferma che la previsione legislativa dell'indennizzo potrebbe indurre ad affermare che «l'atto recessivo della p.a. sia in ogni caso incapace di arrecare un pregiudizio rilevante agli interessi dell'appaltatore».

riproducibile per l'attività amministrativa privatistica, giacché il diritto amministrativo si fonda sul principio cardine di legalità-indirizzo, principio che indica il dover essere dell'azione pubblica in uno al divieto di perseguire fini diversi rispetto a quello legale. Sicché, se la deviazione dell'attività è violazione dello scopo pubblico indicato dalla norma, allora è la stessa sussistenza di una fonte violata ad impedire l'operatività di un sindacato in termini di abuso¹³³.

Anche a volersi ammettere un siffatto giudizio, rimane poi il dato critico che l'atto di recesso non debba essere necessariamente motivato¹³⁴. Sicché, pur ammettendosi, sulla scorta dell'attestarsi della giurisprudenza sull'abuso del diritto, che il giudice ordinario possa sindacare lo sviamento dell'atto privato adottato dall'amministrazione, non è però conclusione assiomatica che il medesimo organo giudicante possa valutare la deviazione dallo scopo pubblico rispetto ad un atto immotivato. In primo luogo, perché a fronte di ragioni di interesse pubblico non rese manifeste, il sistema imporrebbe al privato un vincolo (o quantomeno un principio) di prova che si avvicinerrebbe ad una *probatio diabolica*¹³⁵. In secondo luogo, perché, sempre che i vizi non appaiono nella loro più limpida evidenza, vi è il connesso rischio dello sconfinamento in un giudizio sul merito, come tale vietato.

Che poi, come sostenuto da parte della dottrina¹³⁶, la mancanza della motivazione possa essere sanzionata per il tramite della clausola generale di buona fede è considerazione non unanimemente apprezzata in giurisprudenza, laddove si è talvolta affermato che l'osservanza delle regole di correttezza e buona fede «non si traduce necessariamente in un obbligo di motivazione»¹³⁷.

¹³³ Si consideri che per parte della dottrina la violazione del fine pubblico sarebbe sanzionabile con la nullità di cui all'art. 1418 c.c. per violazione di una norma imperativa (cfr. M. Dugato, *Atipicità e funzionalizzazione*, cit., 65 ss. e C. Marzuoli, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, cit., 186).

¹³⁴ In relazione al tema della motivazione degli atti adottati nell'esercizio dei poteri privati si v. F. Trimarchi Banfi, *Art. 1 comma 1 bis della l. n. 241 del 1990*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2005, 3, 947 ss., spec. 953-954.

¹³⁵ In relazione all'onere della prova dell'abuso del diritto si v. G. Falco, *L'abuso del contratto: principi generali*, in *Il contratto*, a cura di G. Buffone, C. De Giovanni e A.I. Natali, Padova, Cedam, 2013, II, 2055 ss., spec. 2089-2091.

¹³⁶ Cfr. G. Caputi e D. Villa, *Lo scioglimento del rapporto contrattuale per volontà della stazione appaltante: recesso e risoluzione*, in *Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, Commentario sistematico*, a cura di F. Saitta, Padova, Cedam, 2008, 885 ss., spec. 898-899, ove gli AA., pur argomentando dalla condivisibile idea che l'atto di recesso sia necessariamente preceduto da un procedimento amministrativo condotto secondo i principi della l. n. 241/90, ritengono però che sia sufficiente il ricorso ai principi di buona fede e correttezza per sanzionare la violazione dell'obbligo di motivazione.

¹³⁷ Cass., sez. lav., 31 luglio 2009, n. 17852, in *Giust. civ., Mass.*, 2009, 9, 1247. *Contra* Cass., sez. lav., 14 settembre 2016, n. 18099.

3.4. *Precisazioni in ordine all'impiego dei concetti di potere pubblico, potere privato e diritto potestativo. Ripercussioni sistemiche sugli atti dell'esecuzione espressivi del potere unilaterale del committente pubblico*

Come si è cercato di dimostrare nelle pagine che precedono, il solo appello agli strumenti propri del sindacato del giudice ordinario si rivela insufficiente a garantire un effettivo controllo dell'attività "privatistica" esercitata dalla pubblica amministrazione: e allora sullo sfondo non permane solo il dubbio che la qualifica del recesso del committente pubblico entro le maglie del recesso *ad nutum* non sia ammissibile sul piano concettuale (*infra*), ma per di più a ciò va aggiunto che le criticità sottese a quella assimilazione non sono neppure sicuramente "emendabili" sul piano pratico.

La soluzione alla questione del sindacato sull'atto di recesso pare allora doversi ricercare sotto un diverso profilo, erroneamente obliato da parte di quella dottrina e giurisprudenza che si appellano *sic et simpliciter* alle clausole generali del diritto privato. Il vero problema pare, infatti, porsi in misura più determinante sul piano qualificatorio della fattispecie: il che induce a domandarsi se la collocazione del recesso fuori dall'area dell'autoritatività ne giustifichi la sua qualifica in termini di diritto potestativo. Ma è bene avvertire che, come si è già avvertito (*supra* §2), la questione che si è posta è da ritenersi dirimente anche per gli altri atti che costituiscono l'espressione dell'esercizio unilaterale del potere dell'amministrazione in tutta la fase esecutiva.

A tal fine, si deve osservare che se di regola perché un soggetto possa produrre effetti giuridici nella sfera giuridica altrui è necessario un atto di consenso da parte di quest'ultimo, l'ordinamento contempla comunque alcune eccezioni, che escludono la necessità dell'intermediazione del consenso (o perché collocato a monte o perché irrilevante): il fenomeno a cui si fa riferimento assume, a seconda dei casi, la qualificazione di potere pubblico, di diritto potestativo o di potere privato.

Tralasciando per un momento il potere pubblico, per esigenze esplicative conviene prendere le mosse dalla distinzione, tutta interna alle categorie privatistiche, tra il diritto potestativo e il potere privato. Quella divisione si spiega osservando che mentre il diritto potestativo è accordato al suo titolare per la realizzazione di interessi suoi propri (*id est* «dello stesso soggetto agente»), il potere privato, al contrario, è attribuito al singolo «per realizzare un interesse altrui»¹³⁸.

Si tratta di una distinzione a valenza non meramente descrittiva, perché essa, a ben vedere, esprime il diverso modo di essere della funzionalità nelle due prerogative. Assente nel diritto potestativo, che è facoltà connotata dalla libertà dei fini (autonomia privata) ed

¹³⁸ Entrambe le citazioni sono formulate da A. Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, a cura di G. Trabucchi, Padova, Cedam, 2017, 76.

è quindi volta alla realizzazione delle finalità che il suo titolare ritiene più opportune¹³⁹, seppur nei limiti sopra descritti (v. *supra* §3.3.); presente, e caratterizzata nel senso della *doverosità*, nei poteri privati¹⁴⁰, la cui finalizzazione al soddisfacimento dell'interesse altrui ne impone necessariamente una torsione verso le finalità per cui quei poteri sono attribuiti¹⁴¹. In quest'ultimo caso, trattandosi di attività «diretta a uno scopo giuridicamente definito»¹⁴², si è dinanzi ad un'ipotesi di *discrezionalità* privata e non già di autonomia.

Posta la differenza intercorrente fra il potere privato e il diritto potestativo e così chiarito il significato e il contenuto di quest'ultimo, vi è ora da evidenziare ciò che connota l'attività amministrativa unitariamente considerata, con essa intendendosi non solo quella autoritativa¹⁴³, ma anche quella parte di azione che, seppur svolta al di fuori dell'area dell'autoritatività, comporta comunque atti di disposizione e cura dell'interesse pubblico. Ebbene, anche l'attività amministrativa così considerata si caratterizza per il fatto di essere “potere”, ovvero un'attività finalizzata alla cura di un interesse di cui l'amministrazione agente non è titolare¹⁴⁴; con l'ulteriore precisazione – ma si tratta, a ben vedere, di una conseguenza di quanto precede – che quell'attività, anche se esplicata in ambiti privatistici, non perde per ciò stesso i suoi caratteri tipici, ovvero quelli della *doverosità* e della *discrezionalità*¹⁴⁵. Un dato questo che avvalora quanto si è detto poc'anzi

¹³⁹ Così, A. Torrente e P. Schlesinger, *Manuale di diritto privato*, cit., 77 e 82.

¹⁴⁰ *Ivi*, 77.

¹⁴¹ Così, P. Rescigno, *Manuale di diritto privato*, a cura di G.P. Cirillo, Milanofiori, Assago, Wolters Kluwer, 2000, 208.

¹⁴² M.S. Giannini, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, cit., 119.

¹⁴³ Si consideri che il fatto che dall'unilateralità del potere ne derivi *sic et simpliciter* la sua natura autoritativa è un dato chiaramente escluso da F. Ancora, *La “rescissione” del contratto di appalto di opere pubbliche*, Milano, Giuffrè, 1993, 106 e 117.

¹⁴⁴ Cfr. V. Cerulli Irelli, *Il potere amministrativo e l'assetto costituzionale delle funzioni di governo*, in *Dir. pubbl.*, 2011, 1, 33 ss., spec. 43. Si consideri peraltro quanto affermato da F. Cangelli, *La dimensione attuale del vincolo teleologico nell'attività amministrativa consensuale*, in *Autorità e consenso nell'attività amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2002, 281, e cioè che l'amministrazione, non essendo titolare dell'interesse pubblico e non perseguendo finalità proprie, non potrebbe neppure dirsi parte del rapporto contrattuale. Che la pubblica amministrazione non disponga in senso privatistico dell'interesse pubblico affidatole, ma sia titolare del solo potere di valutarlo e realizzarlo, è considerazione espressa anche da G. Oppo, *Diritto privato e interessi pubblici*, cit., 29.

¹⁴⁵ Cfr. la bibliografia citata *supra* cap. I, nota 34. Cfr. altresì Si v. anche F. Cangelli, *Potere discrezionale e fattispecie consensuali*, Milano, Giuffrè, 2004, 274, ove si afferma che la sussistenza nella funzione del vincolo nel fine rende l'attività definibile non già in termini di autonomia negoziale, ma di discrezionalità, «la prima caratterizzata dalla possibilità, quale espressione della libertà di scelta che le è propria, la seconda caratterizzata dalla necessità causale dell'esercizio del potere». Si v. anche C. Franchini, *I contratti della p.a.*, cit., 60. Interessante evidenziare che V. Cerulli Irelli, *Diritto privato dell'amministrazione pubblica*, Torino, Giappichelli, 2008, 22, esclude la connotazione dell'azione in termini di autonomia anche laddove si prendano in considerazione enti territoriali a fini generali (in specie, i comuni), in quanto trattasi comunque di organizzazioni destinate a provvedere in ordine a tutti quei particolari interessi della collettività che si vengono a manifestare come bisognosi di cura nei singoli casi concreti. Si v. però G. Zanobini, *Autonomia pubblica e autonomia privata*, in *Scritti in onore di Francesco Carnellutti*, IV, Padova, Cedam, 1950, 186, il quale sostiene che la diversità dei limiti interni all'autonomia privata ed a quella pubblica non tocchi l'essenza del potere, ma comporti solo una differente gradazione delle due forme di

in riferimento all'infertilità del sindacato dell'attività amministrativa basata sull'abuso del diritto (v. *supra* §3.3.). Difatti, come si è già avvertito in conclusione del primo capitolo, mentre la discrezionalità (e il vizio dello sviamento) esprimono un elemento attivo del potere amministrativo (un dovere di agire per quel fine specifico e solo per quello), l'autonomia e il vizio dell'abuso del diritto spiegano al più un elemento negativo del diritto potestativo, il quale potrà essere esercitato liberamente fintanto che non si violi il dovere di solidarietà¹⁴⁶.

autonomia. Vi è poi in dottrina chi si riferisce al concetto di "autonomia funzionalizzata" (in tal senso, cfr. S. Vinti, *Limiti funzionali all'autonomia negoziale*, cit., 31). Parte della dottrina però ritiene che non sarebbe corretto parlare di libertà funzionalizzata, giacché con questa espressione pare emergere solo il limite finalistico, sicché la p.a. potrebbe dirsi limitata solo dal vincolo nel fine e da quei principi connessi al carattere funzionalizzato dell'azione amministrativa elencati al primo comma dell'art. 1 della l. n. 241/90. Rimarrebbe così preclusa la precettività di quei criteri (ragionevolezza e proporzionalità) che parte della dottrina ritiene non direttamente correlati alla finalizzazione dell'attività amministrativa (cfr. G. Sigmund, *Eccesso di potere e clausole generali*, cit., 169). Altra dottrina, ed in particolare M.S. Giannini, *L'attività amministrativa*, cit., 20 ss., ha fatto invece riferimento al concetto di piena autonomia negoziale. Ritiene che l'amministrazione sia titolare di una posizione di autonomia privata anche G. Greco, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato*, cit., 91 e N. Gioffrè, *L'evidenza pubblica nell'attività di diritto privato della p.a.*, cit., 5. Si deve osservare, però, che le tesi sostenute dagli autori da ultimo citati si fondano su di una nozione ampia e generica di autonomia privata – intesa come autonormazione per la regolazione dei propri interessi e non già libertà di scelta – il che secondo parte della dottrina rappresenta una definizione inadeguata, dovendosi piuttosto riferire quel concetto alla «libera valutazione degli interessi» (in questo senso F.G. Scoca, *Autorità e consenso*, in *Dir. amm.*, 2002, 3, 431 ss., spec. 437-438, il quale sostiene che la funzionalizzazione comporti la totale mancanza di autonomia privata della p.a.). In merito alla persistenza del carattere della doverosità dell'azione amministrativa anche laddove essa sia esercitata tramite negozi giuridici, si v. V. Cerulli Irelli, *Il negozio come strumento di azione amministrativa*, in *Giustamm.it*, 2002, 6, secondo il quale mentre il privato, in ragione dell'autonomia negoziale, può «agire paradossalmente anche in contrasto con i propri interessi patrimoniali, essendo il negozio lo strumento per conseguire tale libera autodeterminazione», al contrario i soggetti pubblici «sono sempre tenuti ad organizzare la propria azione, ivi compresa quella che utilizza lo strumento negoziale, al canone fondamentale del buon andamento». Nello stesso senso, si v. S. Civitarese Matteucci, *Regime giuridico dell'attività amministrativa e diritto privato*, in *Dir. pubbl.*, 2003, 2, 405 ss., spec. 462, il quale applica il carattere della doverosità proprio alle fattispecie risolutorie e rescissorie. Sul punto anche P. Carpentieri, *L'azione amministrativa e la sua inaggirabile specialità*, cit., il quale afferma che l'autonomia privata è piena poiché riferita ad un'attività libera sia nel fine, che nella determinazione a monte sull'an della sua promozione.

¹⁴⁶ In tal senso, cfr. M. Dugato, *Atipicità e funzionalizzazione*, cit., 19, secondo cui «l'ordinamento neppure si cura dei fini che i privati intendono perseguire con gli atti posti in essere fino a che gli stessi non divengano illeciti». Si v. anche A. Cauduro, *Eccesso di potere e abuso del diritto nella pubblica amministrazione*, cit., 48 ss. (si consideri però che l'A. prende le mosse dalla non condivisibile idea che l'abuso del diritto non porrebbe mai alcun problema di applicazione nell'attività privatistica della p.a.). Cfr. altresì M. Atienza e J.R. Manero, *Illeciti atipici: l'abuso del diritto, la frode alla legge, lo sviamento di potere*, Bologna, il Mulino, 2004, 102, i quali riconoscono che mentre gli atti di autonomia privata sono caratterizzati in senso negativo («vale a dire si concede il potere per produrre un risultato sempre che non si cerchi di ottenere, attraverso il risultato, un certo stato di fatto ulteriore che appaia come inaccettabile»), i poteri pubblici si caratterizzano in senso positivo, («vale a dire si concede il potere affinché, per mezzo del risultato, si ottengano certi stati di fatto positivamente determinati»). Cfr. D. Messinetti, *Abuso del diritto*, in *Enc. dir.*, Agg. II, Milano, Giuffrè, 1998, 19-20, ove si afferma che un'attività può dirsi abusiva se è ammesso che essa sia condotta secondo più schemi di azione, il che comporta che «nessuna capacità di comprensione ha il concetto di abuso o di abusività, perché non introduce senso come concetto sul piano sia teorico che pratico, nelle valutazioni dei comportamenti dovuti o doverosi». Si v. anche M. Mazzamuto, *I principi costitutivi del diritto amministrativo come autonoma branca del diritto per rapporto al diritto civile*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 2, 463 ss., spec. 497-498, secondo il quale «nel diritto privato, al di là dei limiti posti dalla legge, la sfera lasciata all'autonomia privata è espressione di una pura libertà, insuscettibile

Ciò posto e data la prima contrapposizione (potere privato-diritto potestativo), queste ultime osservazioni servono di tutta evidenza a respingere la pretesa di ricondurre al *genus* dei diritti potestativi quella parte di attività amministrativa che, come nel caso del recesso dall'appalto, sia esercitata al fine di curare l'interesse pubblico¹⁴⁷. Dal diritto potestativo, infatti, quell'attività si discosta per l'alterità dell'interesse tutelato e per la subordinazione al regime della discrezionalità: altrimenti a dirsi, l'amministrazione recedendo dal contratto non dispone di un interesse suo proprio e non agisce in un regime di autonomia defunzionalizzata¹⁴⁸.

Escluso che l'amministrazione nella vicenda contrattuale qui considerata possa esercitare facoltà sussumibili nel *genus* dei diritti potestativi¹⁴⁹ e affermatosi che la capacità esercitata dalla pubblica amministrazione nella disposizione degli interessi pubblici risulta essere più propriamente riconducibile al concetto di potere, si tratta di risolvere un ulteriore dubbio.

Da quanto precede emerge che il potere privato e quello pubblico presentano una peculiare omogeneità di fondo, perché entrambe le ipotesi contemplano l'esercizio di un

di sindacato giuridico. Non sono mancati, a parte l'originaria ed eccezionale figura degli atti emulativi, sviluppi volti a valorizzare forme di c.d. abuso del diritto, ma il dato sistematico di quella intangibile sfera di libertà non è sostanzialmente mutato».

¹⁴⁷ Per la profondità del pensiero, sia consentito il rinvio all'argomentazione proposta dagli autori di seguito citati. Si v. V. Cerulli Irelli, *Il potere amministrativo e l'assetto costituzionale delle funzioni di governo*, cit., 39 ss., ove si legge che «il potere è così inteso in accezione tecnica; ed è da non confondere con i poteri di cui si parla in accezione non tecnica, a proposito delle facoltà spettanti ai titolari di diritti soggettivi», poiché in quest'ultimo caso, si attribuisce al relativo titolare la capacità di porre in essere «gli atti o i comportamenti che nell'ambito delle regole del rapporto egli ritiene più idonei per la cura dei suoi interessi», mentre nel primo si attribuisce «al soggetto un compito (*munus*), determinato dalla norma, di cura di interessi altrui, di cui non ha la disponibilità». Ma si v. anche A. Romano Tassone, *A proposito del potere, pubblico e privato, e della sua legittimazione*, cit., 570, il quale ritiene che «la traduzione giuridica del potere in termini di diritto (potestativo o meno) si collega [...] all'idea-aspirazione di una legittimazione eminentemente soggettiva del potere stesso, potere che, in questa prospettiva, si pone come un attributo della persona del titolare» e che «l'autorità pubblica e quella privata [...] possono essere distinte, con maggiore affidabilità, sulla base del fondamento, rispettivamente obiettivo e subiettivo, della pretesa di legittimazione delle decisioni in cui esse si manifestano. Tale distinzione si fonda, a sua volta, sulla funzionalizzazione dell'attribuzione del potere, che in un caso sottende interessi di primario rilievo collettivo, mentre nell'altro è effettuata nell'interesse dello stesso titolare».

¹⁴⁸ A tacere poi del fatto che, come rilevato da una parte della dottrina, «nel diritto potestativo la reazione consentita è quella di accertare il regolare esercizio del potere da parte del soggetto attivo e non anche quello di annullare l'atto; cosa invece possibile nell'esercizio della potestà, pubblica o privata» (G.P. Cirillo, *Sistema istituzionale di diritto comune*, cit., 363).

¹⁴⁹ Cfr. però M. Clarich, *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, Cedam, 1989, 172 ss., il quale sostiene che «non sembrano sorgere ostacoli concettuali che si oppongono all'equiparazione sotto il profilo strutturale tra atto di esercizio del potere amministrativo (provvedimento) e manifestazione di volontà attraverso la quale si esercita un potere (o diritto potestativo) nel diritto privato». Secondo l'A. tanto i poteri amministrativi quanto i diritti potestativi (ma è bene evidenziare che l'A. fa riferimento anche ai poteri privati) sono un *numerus clausus*, sono cioè tipizzati da una norma attributiva, e producono direttamente ed unilateralmente effetti sulla sfera giuridica di un soggetto posto in una posizione di subordinazione. Cfr. altresì E. Caracciolo La Grotteria, *Profili sul recesso negli appalti di servizi e forniture*, in *Dir. econ.*, 2016, 1, 187 ss., spec. 203.

potere discrezionale e funzionalizzato alla realizzazione di un interesse altrui¹⁵⁰. Ciò posto, vi è allora da comprendere se il potere esercitato dall'amministrazione in sede di recesso dal contratto possa dirsi di natura privata per il sol fatto di essere azionato nell'ambito di vicende negoziali (e al di fuori dell'autoritatività).

La conclusione, per le ragioni che seguono, non è assiomatica. A ben vedere, infatti, il potere privato e quello pubblico non coincidono necessariamente, poiché essi presentano alcune (e non irrilevanti) differenze¹⁵¹. Ed anzi, proprio perché ci si riferisce ad un potere non autoritativo, è forse conveniente impiegare la formula "potere amministrativo" in luogo di quella "potere pubblico", così da evitare di ricadere, anche solo apparentemente, nella dicotomia¹⁵².

Come è stato rilevato da attenta dottrina, il potere dell'amministrazione «è caratterizzato dalla finalizzazione alla cura di interessi della collettività e non di interessi particolari (anche se terzi rispetto al soggetto agente, come è proprio anche di alcune categorie di poteri privati)»¹⁵³. Questa considerazione conduce direttamente a rilevare la diversità fra le due forme di discrezionalità, giacché, quando essa è privata, il vincolo al fine è limitato a ciò che è strettamente richiesto dalla norma, legislativa o contrattuale «e non investe altri aspetti che siano resi significativi dall'immanenza di ulteriori finalità, come quelle che sono postulate in relazione ai compiti che l'ordinamento assegna al soggetto pubblico»¹⁵⁴. Il potere amministrativo in quanto fenomeno democratico-

¹⁵⁰ Sulla vicinanza concettuale e strutturale fra il potere pubblico e quello privato, si v. C.M. Bianca, *Le Autorità private*, cit., 87. L'A. afferma, infatti, che il potere privato è qualificabile in questi termini solo per ciò che riguarda la fonte e il soggetto che lo esercita, in quanto «all'atto del suo esercizio si realizza con quella forma di cogenza e di autorità avvicinati sostanzialmente alle categorie amministrativistiche in senso lato». In ordine ai controlli sul potere privato si veda A. Di Majo, *La tutela civile dei diritti*, III, Milano, Giuffrè, 2003, 395 ss. Sulla tendenza della dottrina amministrativistica a confrontare i poteri privati e pubblici facendo perdere loro la «propria identità e le ragioni della distinzione degli ambiti rispettivi di applicazione» cfr. F. Trimarchi Banfi, *Il diritto privato dell'amministrazione pubblica*, in *Dir. amm.*, 2004, 4, 661 ss., spec. 682.

¹⁵¹ Sul punto si vedano le incisive osservazioni svolte da V. Cerulli Irelli, *Innovazioni del diritto amministrativo e riforma dell'amministrazione*, in *Giustamm.it*, 2002, 4, e rievocate da P. Carpentieri, *L'azione amministrativa e la sua inaggirabile specialità*, cit. Si veda anche l'insegnamento di M.S. Gianini, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, cit., 115 ss., il quale – pur riconoscendo che anche l'attività privata, normalmente qualificata dall'autonomia negoziale, possa essere espressione di discrezionalità (privata) – esclude l'ammissibilità di una nozione generale di discrezionalità. L'A. rileva infatti che il tratto differenziale fra la discrezionalità amministrativa e quella privata sta nel fatto che la prima rappresenti «un modo di essere necessario dell'attività amministrativa», mentre la seconda «un modo di essere contingente, che si traduce in un restringimento della sfera di autonomia privata» (così in particolare a p. 120).

¹⁵² Cfr. A. Pajno, *La specialità del diritto e della giustizia amministrativa*, in *Attraversare i confini del diritto*, a cura di L. Torchia, Bologna, il Mulino, 2016, 129 ss., spec. 140 ss., ove si afferma che oggi la specialità del diritto amministrativo non si fonda più sul rapporto antagonistico tra i termini pubblico/privato e autorità/libertà, quanto piuttosto sul «principio di funzionalizzazione, direttamente legato alla necessità della tutela dell'interesse pubblico».

¹⁵³ V. Cerulli Irelli, *Il potere amministrativo e l'assetto costituzionale delle funzioni di governo*, cit., 44.

¹⁵⁴ F. Trimarchi Banfi, *Art. 1 comma 1 bis della l. n. 241 del 1990*, cit., 953.

rappresentativo¹⁵⁵ esprime pertanto una singolare complessità e multipolarità che non appartiene a quello privato¹⁵⁶ (in tal senso si v. quanto affermato *supra* cap. I, §4.1.).

In realtà, la qualificazione in termini pubblicistici (*rectius*, amministrativistici) di un'attività dispositiva di interessi pubblici (come lo è quella di recesso dal contratto), si impone in misura pressoché assiomatica in ragione dell'adesione a quell'orientamento dottrinale secondo il quale tutta l'attività della p.a. sarebbe sottoposta ad un medesimo «statuto tipico dell'azione amministrativa»¹⁵⁷.

Il che pare poter essere sostenuto prendendo le mosse sia dalla copertura costituzionale dei principi di buon andamento e di imparzialità *ex art. 97 Cost.*¹⁵⁸ sia dalla considerazione che i principi elencati dal comma 1 dell'art. 1 della l. n. 241/90 non sono stati espressamente riferiti alla sola attività autoritativa dell'amministrazione¹⁵⁹: non a caso, si

¹⁵⁵ Così, A. Lolli, *L'atto amministrativo nell'ordinamento democratico*, cit., 210, ove sostiene che ciò che accomuna il potere pubblico e quello privato è il profilo dell'imperatività, mentre ciò che li differenzia sta proprio nel dovere di rappresentazione della collettività. Si noti, peraltro, che a p. 211 l'A. giunge alla conclusione che la differenza non sia così certa, invece, qualora si consideri l'attività di diritto privato dell'amministrazione.

¹⁵⁶ Cfr. G. Rossi, *Principi di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2010, 21. Si noti che non a caso molte delle seppur condivisibili teorizzazioni sulla valorizzazione in prospettiva finalistica e funzionalizzata dell'attività privatistica amministrativa si sono fondate sull'esigenza di tutela dei soggetti terzi rispetto all'impiego del diritto privato, che è tradizionalmente caratterizzato dalla bilateralità dei rapporti. In chiave critica rispetto all'eccessivo richiamo della tutela del terzo – profilo «talvolta sovraccaricato di significati sul piano sostanziale che, tuttavia, non sono sempre giustificati dalle specifiche esigenze pratiche che si intendono perseguire» – si v. A. Moliterni, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, cit., 353 ss.

¹⁵⁷ Come noto la formula è teorizzata da F.G. Scoca, *Autorità e consenso*, cit., 453; nello stesso senso, cfr. F. Cangelli, *Potere discrezionale*, cit., 44, e C. Franchini, *Pubblico e privato nei contratti delle amministrazioni*, in *Una nuova pubblica amministrazione: aspetti problematici e prospettive di riforma dell'attività contrattuale*, a cura di C. Franchini e F. Tedeschini, Torino, Giappichelli, 2009, 1 ss., spec. 1-7. Così anche F. Astone e F. Martines, *Principio di legalità ed attività di diritto privato delle amministrazioni pubbliche*, in *Dir. econ.*, 2016, 1, 109 ss., spec. 112, ove si sottolinea che nell'operare della pubblica amministrazione ciò che conta non è la contrapposizione tra autoritarità e contrattualità, ma «le finalità e le modalità che caratterizzano l'azione amministrativa in maniera trasversale ed il rispetto dei principi comuni dell'attività amministrativa»; si v. altresì S. Cognetti, *Osservazioni sul presunto "superamento" del modello pubblicistico*, in *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione*, a cura di S. Perongini, Torino, Giappichelli, 2017, 337 ss., spec. 339. Critico in relazione al trasferimento dello statuto pubblicistico nel rapporto privatistico che coinvolga la p.a. è G. Napolitano, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, cit., 159 ss., il quale avverte peraltro il rischio di un eccessivo irrigidimento dell'azione e «un eccesso di protezione ora degli interessi pubblici ora di quelli individuali» (p. 240). In aperto contrasto rispetto alla impostazione di F.G. Scoca, si v. L. Franzese, *Ordine economico e ordinamento giuridico*, Padova, Cedam, 2006, 127 ss.

¹⁵⁸ Sostiene che l'art. 97 Cost. non sia riferito al solo profilo organizzativo, ma anche a quello operativo E. Cannada Bartoli, *Interesse (dir. amm.)*, cit., 4-5. Nello stesso senso si veda, E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, a cura di F. Fracchia, Milano, Giuffrè, 2017, 51 e A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, Jovene, 1989, 702. In senso contrario M. Nigro, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1966, 67 ss.

¹⁵⁹ Sul punto si veda V. Cerulli Irelli, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, cit., 21, il quale afferma che, in ragione della precettività dei principi costituzionali posti dall'art. 97 Cost., l'azione amministrativa (finanche privatistica) debba sempre garantire l'imparzialità, la funzionalizzazione, la non arbitrarietà e l'effettività della tutela delle scelte compiute. Nel medesimo senso, si v. *Id.*, *Innovazioni del diritto amministrativo*, cit.

direbbe, essi precedono nel medesimo articolo i commi 1-*bis* e 1-*ter*, ed anzi in quest'ultimo sono richiamati¹⁶⁰. Ma a giustificazione dell'assunto dell'unitarietà dello statuto vi è l'ulteriore dato del vincolo nel fine. Se esso presuppone, come si accennava in apertura del contributo, la controllabilità del raggiungimento del fine, allora da ciò pare doversene far discendere la necessarietà di un procedimento che permetta non solo il corretto apprezzamento discrezionale degli interessi in gioco, ma anche la conoscibilità dell'*iter* ponderativo condotto sulla base di quei medesimi ed imprescindibili principi poc'anzi richiamati¹⁶¹. In questo quadro, l'operatività dei principi della l. n. 241/90 ed *a fortiori* di quelli espressi dall'art. 97 Cost. induce l'interprete a sottoporre l'attività privatistica dell'amministrazione ad un regime essenziale di regole sostanziali e formali, o meglio procedurali¹⁶², che rendano giuridicamente manifesto ciò che è già giuridicamente rilevante. E d'altronde detto collegamento fra fine e modalità può farsi emergere anche tenendo conto degli studi sulla vicenda dell'eccesso del potere. Difatti, l'aver identificato lo sviamento e le figure sintomatiche come fattispecie complementari – potendo il primo essere dimostrato sintomaticamente a partire dalle violazioni riconducibili all'*iter* logico/procedimentale – o siccome entità autonome – ma sempre riferibili al profilo della finalizzazione amministrativa¹⁶³ – porta inevitabilmente a rilevare come il perseguimento del fine e il *modus agendi* abbiano nel diritto amministrativo un'eguale rilevanza ed una

¹⁶⁰ Cfr. U. Di Benedetto, *Attività non autoritativa della P.A.: quali regole, quali finalità, quali tutele?*, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁶¹ Cfr. Cons. St., ad. plen., 3 giugno 2011, n. 10, ove si sottolinea che «mentre per un soggetto privato il processo decisionale resta ordinariamente relegato nella sfera interna del soggetto, e ciò che rileva è solo il negozio giuridico finale, per un ente pubblico esso assume la veste del procedimento amministrativo». Si tratta di un principio poi ribadito dal Cons. St., ad. plen., 5 maggio 2014, n. 13.

¹⁶² Cfr. S. Civitarese Matteucci, *Regime giuridico*, cit., 444-445, il quale afferma che la necessaria sussistenza del procedimento nella funzione (sia essa esplicita nell'azione autoritativa o in quella consensuale) è connessa al fatto che «il fondamentale principio costituzionale della funzione è [...] proprio quello del fondarsi sulla discrezionalità e non sull'autonomia privata». I principi dell'azione amministrativa, che sono propri dell'agire discrezionale, pertanto «richiedono che l'attività amministrativa deve necessariamente svolgersi in forma proceduralizzata». Nello stesso senso si veda F. Scoca, *Autorità e consenso*, cit., 453 e F. Cangelli, *Potere discrezionale*, cit., 364-371. Cfr. altresì M. Giavazzi, *Gli interessi legittimi negoziali*, in *Riv. trim. app.*, 2006, 2, 387 ss., spec. 412, il quale identifica il *proprium* dell'attività amministrativa (autoritativa o meno) nella doverosità del suo agire, da ciò derivandone anche il dovere dell'amministrazione di rendere costantemente conto del perseguimento dell'interesse affidatole: il che richiederebbe, di necessità, una costante proceduralizzazione dell'attività amministrativa.

¹⁶³ Rilevando lo sviamento come vizio della funzionalizzazione e le figure sintomatiche come violazioni di principi della funzione che rappresentano «le esigenze generali che l'agire amministrativo deve soddisfare per dare garanzia di raggiungere la sua meta» (così F. Benvenuti, *Eccesso di potere per vizio della funzione*, in *Feliciano Benvenuti, Scritti giuridici*, II, Milano, Giuffrè, 2006, 1016, già in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, 1 ss.). Sull'evoluzione teorica dell'eccesso di potere si veda l'ampia disamina operata da G. Sigismondi, *Eccesso di potere e clausole generali*, cit., 163-171, il quale giunge alla conclusione secondo la quale lo sviamento e le figure sintomatiche siano oramai fattispecie autonome, la prima direttamente collegata al fine legale e le seconde sempre più «indifferenti» a quest'ultimo e sempre più edificate su parametri comportamentali, o meglio principi giuridici – fra cui in particolare quelli di ragionevolezza e proporzionalità – che informano l'esercizio della discrezionalità e che non manifestano alcuna deviazione dal fine.

stretta interconnessione riconducibile al “dover essere” della funzione amministrativa.

Pertanto, se è vero che l’attività amministrativa «è sempre disciplinata (e si svolge) nello stesso modo»¹⁶⁴ – cioè seguendo i principi che regolano l’attività discrezionale¹⁶⁵ – da ciò non può che trarsi la conclusione che tutta quella parte di attività di governo (o meglio di disposizione in senso pubblicistico) degli interessi debba essere qualificata come potere pubblico o, meglio, amministrativo: ed anche a volersi impiegare l’aggettivo “pubblico” è bene precisare che esso non indicherebbe più la sola dimensione autoritativa, ma descriverebbe un fenomeno più complessivo, coincidente con il termine “funzione”¹⁶⁶.

3.5. Considerazioni a margine: il dovere di motivazione e l’inammissibilità del *recesso ad nutum*

L’analisi condotta ha portato a ritenere che anche nella fase esecutiva del contratto l’attività posta in essere dall’amministrazione, quando non meramente esecutiva di obblighi contrattuali, debba essere considerata espressione dell’esercizio dell’unitario potere amministrativo, in quanto tale sottoposto ad un nucleo forte di principi e regole procedurali¹⁶⁷: regole che, con terminologia propria dell’esperienza contrattuale della p.a., si potrebbero definire di “evidenza pubblica”.

D’altronde, il fatto che l’attività negoziale della pubblica amministrazione non si svolga interamente nel campo del diritto privato è assunto fatto proprio dalla giurisprudenza tanto amministrativa quanto ordinaria ed altresì palesato dalla costruzione

¹⁶⁴ Così, F.G. Scoca, *Poteri amministrativi e strumenti di diritto pubblico e privato. A margine di un recente disegno di legge*, in *Annuario AIPDA 2002*, Milano, 2003, 43 ss., 45; cfr. altresì F.P. Pugliese, *Il procedimento amministrativo tra autorità e contrattazione*, cit., 1486 ss.

¹⁶⁵ Cfr. A. Scognamiglio, *Sui collegamenti tra atti di autonomia privata e procedimenti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1983, 1, 290 ss., spec. 307.

¹⁶⁶ Cfr. V. Cerulli Irelli, *Il potere amministrativo e l’assetto costituzionale delle funzioni di governo*, cit., 66, secondo cui si sarebbe dinanzi ad una nuova ed estensiva lettura del concetto di potere amministrativo, non più necessariamente coincidente con quella «forma tecnica dell’azione amministrativa nei casi di esercizio di autorità», essendo bensì riferibile alla «forma tecnica di tutta l’azione giuridica dell’amministrazione, in quanto regolata dal diritto pubblico». Sul punto, si v. anche S. Civitarese Matteucci, *Regime giuridico*, cit., 439 ss.; altrove si è parimenti sostenuto che «il diritto pubblico amministrativo non è esclusivamente diritto dell’autorità ma – ancor prima – il diritto della funzione, cioè un diritto volto a giuridicizzare il potere e pertanto ad aumentare e non a diminuire le garanzie» (C. Marzuoli, *Le privatizzazioni fra pubblico come soggetto e pubblico come regola*, in *Dir. pubbl.*, 1995, 4, 393 ss., spec. 397).

¹⁶⁷ Cfr. S. Piraino, *La funzione amministrativa fra discrezionalità e arbitrio*, Milano, Giuffrè, 1990, 32, il quale sostiene che dal principio di funzionalizzazione deriva «una limitazione di potenza, che [...] si risolve nella concezione di un vero proprio ordinamento causale della stessa, in virtù del quale, note le condizioni presenti di un dato bisogno e le azioni esterne a cui esso è soggetto, inevitabilmente consegue, non soltanto l’azione, ma anche il suo svolgersi in un certo modo, secondo cioè quei criteri (compiuta ponderazione comparativa degli interessi, dovere di ragionevolezza e principio di imparzialità o di giustizia) che ne assicurino la piena rispondenza allo scopo».

dell'evidenza pubblica come indispensabile procedimento prodromico alla successiva fase contrattuale; ed in tale ottica, peraltro, la giurisprudenza non ha mancato di osservare che il paradigma dell'evidenza pubblica, in cui la stipula del contratto è preceduta da un procedimento amministrativo, «è estensibile a tutti gli altri casi in cui la pubblica amministrazione pone in essere qualsivoglia negozio giuridico di diritto privato»¹⁶⁸ e quindi, si dovrebbe aggiungere, anche a quelli assunti nella fase esecutiva del contratto.

La conclusione raggiunta non si crede controvertibile per il sol fatto che talvolta possa mancare una normativa puntuale che imponga un *iter* procedimentale, giacché sono la natura del soggetto e le finalità perseguite a doverne improntare e conformare la relativa disciplina¹⁶⁹.

Quanto affermato produce dirimenti implicazioni sull'oggetto qui considerato. Difatti, se è pur vero che è lo stesso art. 109 d.lgs. n. 50/2016 a prescrivere una struttura procedimentale propedeutica all'adozione dell'atto di recesso, è peraltro indubitabile che manchi in detta disposizione un'esplicita positivizzazione dell'onere motivazionale: e detta lacuna (in uno all'orientamento giurisprudenziale favorevole a forme di recesso *ad nutum*) non è accettabile nella vigenza del delineato statuto¹⁷⁰.

È pur vero che talvolta dottrina e giurisprudenza hanno sostenuto che, date le numerose deroghe previste per via legislativa e pretoria all'obbligo motivazionale, si sarebbe dinanzi ad un principio costituzionale debole¹⁷¹; ed è pur vero che si sta vivendo l'epoca del “declino della decisione motivata”¹⁷²: ma ciò, se è consentito dirlo, è una patologia e

¹⁶⁸ Cons. St., ad. plen., 3 giugno 2011, n. 10.

¹⁶⁹ Cfr. C. Franchini, *Pubblico e privato nei contratti delle amministrazioni*, cit., 2. Si veda anche A. Maltoni, *Considerazioni in tema di attività procedimentali a regime privatistico delle amministrazioni pubbliche*, in *Dir. amm.*, 2011, 1, 97 ss.

¹⁷⁰ A conferma di quanto si è detto, vi è poi un ulteriore dato insito nella disciplina di settore. Prima della riforma apportata dal nuovo codice dei contratti pubblici, la legislazione riconosceva chiaramente la “bidimensionalità” della fase esecutiva, laddove in particolare il quarto comma dell'art. 2 del d.lgs. n. 163/2006 disponeva che l'attività contrattuale delle pubbliche amministrazioni si dovesse svolgere, per quanto non esplicitamente previsto nel medesimo decreto, nel rispetto “altresì” del codice civile (cfr. S. Civitaresse Matteucci, *Dai contratti a evidenza pubblica all'amministrazione pubblica dei contratti*, in *Pubblico e privato nell'organizzazione e nell'azione amministrativa*, a cura di G. Falcon e B. Marchetti, Padova, Cedam, 2013, 287 ss., spec. 295). Rispetto alla disciplina appena ricordata, il legislatore della riforma ha eliso l'avverbio “altresì” nel corrispondente art. 30 del d.lgs. n. 50/2016, prevedendo l'applicazione della legge sul procedimento amministrativo “alle procedure di affidamento e alle altre attività amministrative in materia di contratti pubblici” e l'applicazione delle disposizioni del codice civile “alla stipula del contratto e alla fase di esecuzione”. La novella legislativa non pare, però, ostantiva rispetto alle conclusioni qui raggiunte, perché, tiene ferma l'applicazione della l. n. 241/90 per le “altre attività amministrative”, le quali, come si è visto, sussistono anche nell'ambito del rapporto contrattuale, salvo naturalmente che non si tratti di attività in senso privatistico meramente esecutive di obblighi contrattuali.

¹⁷¹ Così, G. Morbidelli, *In tema di art. 29 l. 241/1990 e di principi generali del diritto amministrativo*, in *Giustamm.it*, 2010, 3.

¹⁷² Così come chiaramente ammesso da accorta dottrina, che ha sarcasticamente ricordato l'assunto giurisprudenziale per il quale l'allargamento dei confini della motivazione *per relationem* avverrebbe «in omaggio ad una visione ... coerente con i principi di trasparenza e di lealtà desumibili dall'art. 97 cost.» (cit. M. Ramajoli, *Il declino della decisione motivata*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 3, 894 ss., 908-909).

non già un esempio su cui ergere un giudizio di valore. Quelle considerazioni infatti non paiono poter pregiudicare le conclusioni a cui si è giunti, in quanto l'ammissibilità di una determinazione *ad nutum*, e quindi la deroga al dovere di motivazione, dovrebbe potersi giustificare sulla base di un bilanciamento di interessi di eguale tenore: il che però non pare potersi rinvenire nel caso di specie.

Si crede infatti che la giurisprudenza cada in errore quando afferma che «per l'amministrazione la maggiore onerosità del recesso è bilanciata dalla mancanza dell'obbligo di motivazione e del contraddittorio procedimentale»¹⁷³; il malinteso sta nel fatto che qui (al pari di quanto avviene per la revoca, per la quale però la giurisprudenza esige stringenti oneri motivazionali¹⁷⁴) vi è in gioco in primo luogo la tenuta della funzionalizzazione, principio che non può essere bilanciato dal mero aggravio economico¹⁷⁵. L'indennizzo costituisce infatti un *quid pluris* nella tutela dell'affidamento del privato, ma non può già rappresentare l'espedito per creare impropri spazi di autonomia in capo all'amministrazione¹⁷⁶. Non si possono cioè anteporre alle esigenze del perseguimento dell'interesse pubblico considerazioni sulla "accettabilità" del pregiudizio da parte del privato indennizzato, giacché l'atto dell'amministrazione va letto non solo come momento di ingerenza nella sfera giuridica del privato, ma anche quale strumento di governo e di tutela dell'interesse pubblico¹⁷⁷.

Diviene allora doveroso ed imprescindibile richiamare gli artt. 97, comma 2, e 113 Cost., i quali forniscono indirettamente una copertura costituzionale all'obbligo motivazionale¹⁷⁸ e ne impongono l'osservanza quale che sia la forma e la natura dell'attività

¹⁷³ Così, Cons. St., ad. plen., 14 giugno 2014, n. 14, cit.

¹⁷⁴ In particolare, sul punto si v. l'analisi condotta da A. Gualdani, *Verso una nuova unitarietà della revoca e dell'annullamento d'ufficio*, cit., 116 ss., e l'ampia rassegna giurisprudenziale *ivi* citata. Sulla base dell'esame delle pronunce giurisprudenziali l'A. evidenzia una forte connessione tra il trascorrere del tempo, il consolidamento dell'affidamento e l'aggravamento dell'onere motivazionale (si v. in particolare p. 119).

¹⁷⁵ *Ivi*, 110 ss. e 146 ss., ove l'A., seppur con riferimento alla revoca, esclude che l'indennizzo sia sostitutivo della ponderazione e, quindi, della motivazione. Dalla natura discrezionale del potere esercitato, l'A. fa conseguire, infatti, tanto la necessità di svolgere una corretta ponderazione fra gli interessi in gioco, sia l'obbligo di farla confluire in un'adeguata e puntuale motivazione. Il ristoro economico «sarebbe pertanto non alternativo, ma piuttosto un *quid pluris* rispetto alla ponderazione» (p. 111). Le conclusioni non dovrebbero mutare con riferimento alla motivazione dell'atto di recesso, il quale, come si è detto, è pur sempre l'espressione di un potere discrezionale e pertanto di quello deve tenerne i caratteri.

¹⁷⁶ In questo, senso se non si erra, anche S. Civitarese Matteucci, *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*, cit., 161, che afferma che «l'instabilità del contratto sottoposto alla clausola *rebus sic stantibus* è controbilanciata dalle garanzie connesse all'uso dei poteri discrezionali oltre che dal diritto al ristoro [...]».

¹⁷⁷ Sul punto si v. P. Carpentieri, *L'azione amministrativa e la sua inaggrabile specialità*, cit.

¹⁷⁸ Si v. in particolare S. Civitarese Matteucci, *Regime giuridico*, cit., 451. Cfr. C. cost., 5 novembre 2010, n. 310; *ex multis* cfr. C. cost., 8 giugno 2011, n. 175, ove si individua il fine della motivazione nel «rendere trasparente e controllabile l'esercizio della discrezionalità amministrativa, garantendo così l'imparzialità della pubblica amministrazione nonché la parità di trattamento dei cittadini di fronte ad essa». Sul tema della motivazione dell'atto amministrativo si v. l'opera monografica di A. Cassatella, *Il dovere di motivazione nell'attività amministrativa*, Padova, Cedam, 2013, il quale, configurando la motivazione

amministrativa svolta. Sicché, in ragione dei canoni dell'imparzialità, del buon andamento, della trasparenza e della funzionalizzazione il procedimento di adozione dell'atto di recesso dovrà concludersi con una manifestazione di volontà necessariamente motivata¹⁷⁹. Il che non solo risponde ad esigenze di coerenza sistematica, ma consente anche la verifica della rispondenza all'interesse pubblico – al cui perseguimento l'atto di recesso è funzionalmente eletto¹⁸⁰ – «in quanto solo l'atto motivato consente un controllo giurisdizionale pieno»¹⁸¹. L'obbligatorietà della motivazione, infatti, imponendo all'amministrazione di tenere in debita considerazione l'interesse pubblico e di dar conto dell'*iter* istruttorio seguito nella formazione della propria volontà negoziale, esclude l'irrilevanza (*rectius*, la non sindacabilità) di eventuali ipotesi di sviamento di potere.

Per quanto si è detto fino ad ora, si crede di aver fornito risposta positiva al duplice interrogativo che si è posto in relazione alla persistente operatività del principio di funzionalizzazione e alla non configurabilità in capo all'amministrazione di una facoltà di recesso *ad nutum*; inoltre, pur ferme le rilevati incongruenze connesse ad un giudizio finalistico fondato sull'abuso del diritto, è certo che il recupero del “momento” motivazionale attenui (anche se solo in parte) le criticità che si sono rilevate in riferimento al sindacato del giudice ordinario¹⁸².

Si tratta a questo punto di riprendere il discorso da dove lo si era interrotto e cioè di comprendere quali siano le conseguenze, sul piano dell'unitarietà della vicenda contrattuale, derivanti dalle considerazioni che precedono e che, vale la pena ripeterlo, sono state mosse dal particolare (l'atto di recesso) verso il generale (la qualificazione dell'attività negozial-unilaterale della fase esecutiva come potere amministrativo sottoposto ad un unitario statuto pubblicistico).

come affermazione della responsabilità funzionale, esclude che essa trovi fondamento esclusivo nei richiamati precetti costituzionali (pp. 237 ss.); nella prospettiva dell'A., la motivazione troverebbe quindi il principale referente normativo nell'art. 97, comma 3, Cost. (cfr. in particolare pp. 249 ss.).

¹⁷⁹ Cfr. S. Civitarese Matteucci, *Regime giuridico*, cit., 448 ss. e nota 75, che richiama quanto già sostenuto da U. Allegretti, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, Cedam, 1965, 371, ovvero che i caratteri dell'imparzialità dell'agire pubblicistico dell'amministrazione sussistono anche nella sua attività privatistica e ciò con particolare riferimento ai tre profili costitutivi essenziali della funzione: quello introduttivo, istruttorio e decisorio.

¹⁸⁰ Così anche M. Pennasilico, *Il ruolo della buona fede nell'interpretazione e nell'esecuzione dei contratti*, cit., 1082.

¹⁸¹ G. Morbidelli, *In tema di art. 29 l. 241/1990 e di principi generali del diritto amministrativo*, cit. Sull'obbligatorietà della motivazione nell'ambito del recesso dall'appalto (che per questo «non è mai effettivamente *ad nutum*») cfr. *ex multis* M. Pennasilico, *op. ult. cit.*, 1081-1082 e A. Travi, *Nuovi fermenti nel diritto amministrativo verso la fine degli anni '90*, in *Foro it.*, 1997, 5, 168 ss., spec. 178.

¹⁸² Riconoscere all'atto di recesso natura negoziale, amministrativa o mista non inciderà sull'affermazione della reale e concreta sussistenza del principio di funzionalizzazione dell'attività privatistica dell'amministrazione. In questo senso anche G. Caputi e D. Villa, *Lo scioglimento del rapporto contrattuale per volontà della stazione appaltante: recesso e risoluzione*, cit., 900. Gli AA. sostengono che una volta che si sia imposto all'amministrazione il dovere di motivare il recesso, la mancanza dell'atto amministrativo non impedisce un sindacato sulla esistenza dei motivi di interesse pubblico e sulla natura emulativa o arbitraria del recesso.

4. Riflessioni conclusive sull'unitarietà della vicenda contrattuale: gli atti amministrativi negoziali e prime considerazioni in relazione alle ripercussioni sul riparto di giurisdizione in materia

In chiusura del primo capitolo, poi con maggiore analiticità nel corso dello studio e in particolare negli ultimi paragrafi, si è avvertito dell'orientamento dottrinale secondo cui la vicenda contrattuale negli appalti pubblici avrebbe una dimensione unitaria. Ebbene, quanto si è sostenuto fino ad ora pare sinceramente confermare l'assunto.

Si crede cioè che la tradizionale concezione bifasica dell'appalto pubblico – che sintetizza al meglio la contrapposizione dicotomica diritto pubblico-diritto privato – non sia più predicabile in un sistema di regole omogenee e insensibili a forzose frammentazioni. I “trascorsi” della responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione – prima esclusa nella fase dell'evidenza pubblica, poi passata per quella che è stata definita una «vittoria di Pirro»¹⁸³ e poi di recente correttamente ammessa dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (*supra* cap. II, sez. I)¹⁸⁴ – sono chiari sintomi della compenetrazione reciproca delle discipline¹⁸⁵. Ma se così è, se cioè la fase tradizionalmente definita “pubblicistica” è ora qualificata come uno stadio di formazione progressiva del contratto¹⁸⁶ – in cui il potere, secondo alcuni non sempre e solo autoritativo¹⁸⁷, è esercitato nell'ambito di vere e proprie trattative di diritto privato – allora non dovrebbero sorgere ostacoli nell'immaginare che anche la fase esecutiva, tradizionalmente definita “privatistica”, possa o meglio debba essere inquadrata (con formula più equilibrata) come una fase di realizzazione progressiva dell'interesse pubblico concreto¹⁸⁸, con ciò ripresentando tutti i caratteri e le peculiarità della fase dell'evidenza pubblica.

La “incerta certezza” sulla natura esclusivamente privatistica della fase esecutiva e per converso sull'operatività del principio di funzionalizzazione nell'attività privatistica della pubblica amministrazione deve allora essere risolta a partire dalle implicazioni delle irriducibili peculiarità del diritto amministrativo, sintetizzabili nella formula per la quale se tutto è preordinato ad uno scopo, tutto è rilevante e quindi necessariamente

¹⁸³ Così, A. Passarella, *Responsabilità precontrattuale della p.a. anche prima dell'aggiudicazione: un passo in avanti o una vittoria di Pirro?*, cit.

¹⁸⁴ Cfr. Cons. St., ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5.

¹⁸⁵ Afferma infatti il Cons. St., ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5, cit., che «nell'ambito del procedimento amministrativo (e del procedimento di evidenza pubblica in particolare) regole pubblicistiche e regole privatistiche non operano, dunque, in sequenza temporale (prime le une e poi le altre o anche le altre). Operano, al contrario, in maniera contemporanea e sinergica, sia pure con diverso oggetto e con diverse conseguenze in caso di rispettiva violazione».

¹⁸⁶ Così, Cass., sez. III, 10 giugno 2015, n. 12313.

¹⁸⁷ Chiaramente in tal senso, si v. F.G. Scoca, *Giurisdizione e riti processuali in materia di appalti di lavori pubblici*, in *L'appalto fra pubblico e privato*, Milano, Giuffrè, 2001, 1 ss., spec. 12.

¹⁸⁸ Cfr. V. Cerulli Irelli, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, cit., 140, il quale afferma che è nella fase esecutiva che «si realizza l'interesse pubblico nel concreto».

controllabile¹⁸⁹. Più in particolare, la specialità dell'azione amministrativa sta nel fatto di non poter essere assimilata in tutto e per tutto a quella privata, giacché, quale che ne sia l'ambito di intervento, essa è e rimane attività servente gli interessi generali e particolari della collettività e pertanto mai autonoma e arbitraria, ma discrezionale e funzionalizzata rispetto a fini prefissati e controllabili. La sussistenza del vincolo nel fine e la consequenziale necessità logico-giuridica del controllo sull'azione pubblica implicano infatti che l'amministrazione, (anche) laddove faccia ricorso all'uso dello strumento negoziale, debba "comportarsi" in modo differente rispetto al normale soggetto privato: difatti, mentre quest'ultimo agisce per gli interessi suoi propri ed «è *dominus* del modo in cui provvede a soddisfarli», l'amministrazione «che non è padrone degli interessi che cura, non può decidere liberamente come comportarsi»¹⁹⁰.

Sulla base di questi presupposti, l'aver riconosciuto lo statuto unitario della funzione amministrativa, nonché la doverosità costituzionale del procedimento e della motivazione, ha consentito di identificare, all'interno dell'attività privatistica dell'amministrazione, un sistema essenziale di regole e principi che consentono di escludere aree di insindacabilità, ovvero di defunzionalizzazione dell'attività amministrativa e, in definitiva, di confermare la fondatezza dei dubbi sopra evocati in merito alla correttezza delle ricostruzioni che pretendono di qualificare gli atti della fase esecutiva a partire dalla (presunta) natura eminentemente privatistica della fase in cui essi sono inseriti (*supra* §2), e magari operando sulla base di sconvenienti parallelismi con le vicende dell'appalto privato.

L'atto di recesso può allora ben dirsi atto di diritto privato, ma a condizione che si ricordi che, per quanto si è detto, esso assume tutte le sembianze (*rectius*, qualità) di quello amministrativo.

Ebbene, guardando al piano qualificatorio, se di atto di diritto privato si deve trattare, una volta escluso che si sia dinanzi ad una ipotesi di recesso *ad nutum*, può essere utile cercare di ricondurre la fattispecie di cui all'art. 109 d.lgs. n. 50/2016 ad una delle altre figure del recesso privatistico identificate dalla dottrina sulla base dei multiformi profili funzionali sopra ricordati (*supra* 3.2.); con la precisazione che non si tratterebbe comunque di atti esercizio di diritti potestativi, ma pur sempre di manifestazioni del potere amministrativo, ancorché non autoritativo. Ed allora, considerando in particolare la tripartizione proposta da Sangiorgi, il recesso di cui all'art. 109 d.lgs. n. 50/2016 può essere ascritto alla categoria del recesso vincolato o, di converso, a quello per giusta causa?

Con riferimento al recesso vincolato, può essere utile ricordare che le facoltà ascritte

¹⁸⁹ Così, S. Civitarese Matteucci, *Regime giuridico*, cit., 448.

¹⁹⁰ V. Onida, *La discrezionalità amministrativa e il sindacato giurisdizionale*, in *Giorn. dir. amm.*, 1995, 6, 669 ss., spec. 669. Cfr. altresì C. Franchini, *I contratti della p.a.*, cit., 60.

a quella categoria non sono giustificate da una generica prevalenza accordata dal legislatore al potere di derogare il vincolo contrattuale. Al contrario, quelle ipotesi, come nel caso del recesso di cui all'art. 1660, commi 2 e 3, c.c., sono piuttosto il frutto di «analitiche valutazioni [...]» che rendono preminente l'interesse del committente allo scioglimento del vincolo in ragione del sopravvenire di eventi modificativi dell'originario regolamento contrattuale; e ciò che più importa è che, come si è detto, si tratta di circostanze legalmente tipizzate o predeterminate.

Potrebbe allora sostenersi che il recesso del committente pubblico sia riconducibile alla categoria del recesso vincolato, perché il presupposto del suo esercizio, in quanto dipendente dal principio di legalità, sarebbe comunque tipizzato nella soddisfazione dell'interesse pubblico.

Alla suggestione proposta potrebbe però essere opposta, e non a torto, la diversità strutturale che intercorre tra *l'evento predefinito* (come lo è quello delle «variazioni di notevole entità» di cui all'art. 1660, comma 3, c.c.), che rappresenta il tratto caratterizzante del recesso vincolato, e *l'interesse pubblico*. Benché riferito alla revoca, l'art. 21-*quinquies* della l. n. 241/90, proprio con riferimento alle sopravvenienze, «spiega» chiaramente la dissociazione: la rivalutazione dell'assetto degli interessi è qualcosa che segue all'accadimento fattuale¹⁹¹. Il che porta ad affermare che la riconduzione della fattispecie di cui all'art. 109 d.lgs. n. 50/2016 entro le maglie del recesso vincolato sarebbe preclusa dalla indefinitezza dei presupposti fattuali altrimenti richiesti dalla categoria in esame.

Rimane da valutare la praticabilità della sussunzione del recesso del committente pubblico nell'ambito del recesso per giusta causa.

Anzitutto, è necessario ricordare che per la dottrina la giusta causa opera su «rapporti che, quanto meno, si svolgono nel tempo»¹⁹². Sicché, può proficuamente porsi l'interrogativo del suo legame con gli atti di scioglimento dei contratti di appalto pubblico.

Ciò che però più di tutto interessa rilevare è che il presupposto del recesso per giusta causa è sì pur sempre «un avvenimento della realtà sociale» che va «dal semplice fatto, al negozio giuridico; da un evento isolato, ad una complessa serie procedimentale»¹⁹³, ma, come si è già ricordato, si tratta pur sempre di «eventi non preventivamente definiti, e quindi caratterizzati più che in base ai loro dati obiettivi, dal modo in cui incidono sul rapporto preesistente»¹⁹⁴. Altrimenti a dirsi, il presupposto fattuale rimane, per così dire, atipico, mentre la fattispecie viene contraddistinta dalla particolare configurazione dell'effetto prodotto dall'evento, che si identifica nella «carica di intollerabilità» da quello determinata.

¹⁹¹ Cfr. M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 228.

¹⁹² S. Sangiorgi, *Giusta causa*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, Giuffrè, 1970, 537 ss.

¹⁹³ *Ivi*, 545.

¹⁹⁴ *Id.*, *Recesso*, cit., 6.

Orbene, benché l'art. 109 non preveda l'assoggettamento del recesso ad una giusta causa¹⁹⁵, essa potrebbe dirsi “requisito” comunque implicito, perché il presupposto del recesso del committente pubblico, nell'atipicità dell'elemento “catalizzatore”, si sostanzierebbe pur sempre nell'effetto negativo (di «intollerabilità») prodotto sull'interesse pubblico. In questa prospettiva, la previsione recata dall'art. 109, d.lgs. n. 50/2016, secondo la quale il recesso può avvenire «in qualunque momento» – che pure è tipica delle ipotesi di recesso *ad nutum* – non andrebbe intesa come una manifestazione di indifferenza del legislatore per i presupposti oggettivi del recesso, ma dovrebbe essere più limitatamente considerata in relazione alla “atemporalità” di quest'ultimo.

In senso contrario, potrebbe però essere sostenuto che così argomentando si porrebbe eccessiva enfasi, non sulla “causa” né sulla sua “giustizia”, ma sull'effetto prodotto e quindi sulla corrispondenza fra questo e l'inopportunità della prosecuzione del rapporto, così finendo surrettiziamente per convogliare un sindacato che dovrebbe concernere «l'esame delle condizioni di fatto» verso un controllo di tipo finalistico, laddove invece «il sindacato del giudice sulla giusta causa [...] non può involgere l'indagine [...] sugli scopi o sui fini particolari che hanno determinato l'imprenditore»¹⁹⁶.

Ciò posto, anche laddove fosse accolta la qualificazione del recesso di cui all'art. 109, d.lgs. n. 50/2016, entro una delle categorie privatistiche residuali (ovvero diverse da quella del recesso *ad nutum*), solo impropriamente la fattispecie potrebbe dirsi collocata entro una “classe tutta privatistica”, perché si dovrebbe pur sempre tenere conto dell'imposizione *ab externo* dello statuto amministrativistico. D'altronde, come è stato correttamente sostenuto in dottrina se il principio di legalità formale opera per ogni tipo di attività amministrativa, allora l'atto privatistico non sarebbe un normale atto negoziale, espressione e strumento dell'autonomia privata, ma rimarrebbe «atto esecutivo, il quale, pur conservando la natura di atto di diritto privato, assume tutte le caratteristiche dell'atto amministrativo, con tutte le inevitabili conseguenze»¹⁹⁷.

Se così è, sotto il profilo dell'analisi qualificatoria della fattispecie può allora affermarsi che rispetto alla tradizionale rappresentazione “monistica” degli atti dell'evidenza pubblica e di quelli dell'esecuzione – rispettivamente ed univocamente configurati in chiave provvedimentoale o negoziale – sembrano schiudersi nuovi spazi per abbracciare una concezione che sposti la dimensione “dualistica” dall'articolazione della vicenda contrattuale alla connotazione dell'atto.

E allora, a margine delle rappresentazioni del recesso poc'anzi proposte, che pure

¹⁹⁵ In relazione alla rilevanza della giusta causa al di fuori di un'esplicita previsione legislativa, si v. S. Sangiorgi, *Giusta causa*, cit., 550-553.

¹⁹⁶ P. Tullini, *Questioni interpretative in tema di «giusta causa»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 3, 653 ss., spec. 656.

¹⁹⁷ F. Merusi, *La legalità amministrativa*, cit., 58-59.

fanno emergere una certa sua “dualità”, la riflessione sulla multipolarità degli atti dell’esecuzione dovrebbe indurre anche a riconsiderare la categoria degli atti amministrativi negoziali: «atti a regime amministrativo», «ad effetti privatistici» e «a contenuto negoziale»¹⁹⁸.

Connotazione, questa, che evidenzia plasticamente la complessità strutturale della serie di atti che si susseguono nell’intera ed unitaria fattispecie. Da un lato, essi assumono una qualifica pubblicistica, data dall’essere il risultato dell’esercizio di un’attività discrezionale di valutazione o di disposizione dell’interesse pubblico¹⁹⁹: talvolta finalizzata all’identificazione dell’interesse in concreto (determina a contrarre e bando di gara), talaltra esercitata o in funzione antitetica rispetto a questi ultimi (atti di rimozione del vincolo contrattuale) o in funzione “accertatrice” della realizzazione dell’interesse perseguito (collaudo e verifica di conformità). Dall’altro lato, essi producono inevitabilmente effetti a connotazione puramente privatistica, tanto nell’ambito dell’evidenza pubblica (instaurando trattative di diritto privato) quanto durante la fase esecutiva, investendo oggettivamente e direttamente il contratto (si pensi al recesso o alla risoluzione).

In tale ottica, anche gli atti della fase esecutiva possono assumere la citata duplice qualifica: amministrativa per ciò che attiene alla regolamentazione dell’interesse pubblico

¹⁹⁸ G. Greco, *I contratti dell’amministrazione tra diritto pubblico e privato*, cit., 95, il quale peraltro non rinviene alcun motivo che giustifichi un trattamento differenziato della duplice serie di atti ad evidenza pubblica, poiché sia nella fase precontrattuale che in quella esecutiva si tratterebbe di atti amministrativi che esplicitano la volontà negoziale della pubblica amministrazione (v. pp. 73 ss.). Si consideri che nell’interpretazione dell’A. era forte l’idea di una connessione fra la natura ambivalente dell’atto e la configurabilità di una responsabilità precontrattuale della p.a. già nella fase dell’evidenza pubblica (v. pp. 115 ss.). Quest’ultimo collegamento è stato recentemente riproposto: si v. *ex multis*, M.C. Agnello, *Le zone d’ombra della responsabilità precontrattuale: il rapporto tra norme di relazione e di azione nella configurabilità della culpa in contrahendo della pubblica amministrazione*, in *Corr. giur.*, 2016, 1, 60 ss., spec. 62; A. Passarella, *Responsabilità precontrattuale della P.A. anche prima dell’aggiudicazione: un passo in avanti o una vittoria di Pirro?*, cit., 153; P.M. Piacentini, *Responsabilità della pubblica amministrazione e interesse legittimo*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2011, 10, 3341 ss., spec. 3347. La figura degli atti amministrativi negoziali è presente anche nel pensiero di S. Civitarese Matteucci, *Regime giuridico*, cit., 454 ss., il quale, in maniera del tutto condivisibile, parte da un presupposto diametralmente contrario a quello di Greco, negando che l’amministrazione nelle vicende privatistiche agisca in una condizione di autonomia negoziale (ma sul punto si v. *supra* nota 124). Sulle analogie e differenze nelle teorizzazioni dei due autori si veda A. Lolli, *L’atto amministrativo nell’ordinamento democratico*, cit., 122 ss.

¹⁹⁹ Cfr. S. Civitarese Matteucci, *op. ult. cit.*, 443 e 454. Non è infatti il tessuto privatistico in cui il potere si iscrive, ma è la natura discrezionale e finalizzata del potere e la sua funzionalizzazione a condizionare la natura dell’atto finale (cfr. F.G. Scoca, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Le trasformazioni del diritto amministrativo. Scritti degli allievi per gli ottanta anni di M.S. Giannini*, a cura di S. Amorosino, Milano, Giuffrè, 1995, 255 ss., spec. 275-276). Si v. anche F. Merusi, *Il diritto privato della pubblica amministrazione alla luce degli studi di Salvatore Romano*, in *Dir. amm.*, 2004, 4, 649 ss., spec. 652 e Id., *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, cit., 441: «gli atti della pubblica amministrazione, anche se espressi in forme di diritto privato, non potrebbero essere negozi, cioè atti normativi, bensì atti esecutivi, cioè atti del tutto simili agli atti amministrativi, con le caratteristiche e le problematiche proprie degli atti amministrativi». *Contra* A. Moliterni, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, cit., 430 ss.

e negoziale in relazione agli effetti prodotti²⁰⁰.

Quale che sia la prospettiva più corretta sotto il profilo qualificatorio, due dati su tutti paiono centrali.

L'uno attiene al superamento della necessità di individuare in modo eccessivamente parcellizzato la natura degli atti della fase esecutiva. Tendenza, questa, che pure pone non poche perplessità. A tal riguardo, basti il seguente esempio. Se si ricorda che il potere dell'amministrazione di recedere dal contratto in virtù della ricezione dell'informativa antimafia, secondo quanto prescritto dall'art. 94 del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, è stabilmente definito dalla giurisprudenza come potere autoritativo (pertanto conosciuto dal giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva); se si considera che la giustificazione dell'assunto risiede nel collegamento che l'atto ha con la fase di evidenza pubblica, poiché il presupposto dello scioglimento sarebbe la rivalutazione dei requisiti della parte contraente (*supra* §3.1.); risulterà allora arduo comprendere perché per il recesso "ordinario" la giurisprudenza prevede una diversa qualificazione, tenuto conto che, a considerarsi i presupposti che descrivono la finalità legale del recesso "ordinario" – il venir meno dell'utilità della prestazione appaltata o la perdita di fiducia nella figura dell'appaltatore (*supra* §3.2.) – anch'esso potrebbe sempre dirsi collegato ad una rivalutazione (discrezionale) di elementi comunque centrali nell'evidenza pubblica: l'interesse per l'opera, per il servizio o per la fornitura, da un lato, e, dall'altro lato, l'individuazione del miglior offerente (oggi più che mai collegata anche a parametri simil-fiduciari²⁰¹).

²⁰⁰ Cfr. G. Greco, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato*, cit., 101 ss. Giunge a simili conclusioni, ma valorizzando più correttamente i profili funzionali dell'attività pubblicistica posta in essere, S. Civitarese Matteucci, *Regime giuridico*, cit., 454-463, il quale afferma che la teorizzazione della «scissione dei significati e degli effetti riconducibili all'atto amministrativo di adesione al negozio può in alcuni casi essere applicata, in base ai principi o mediante specifiche previsioni di funzionalizzazione, anche ad alcuni altri atti unilaterali aventi contenuto potestativo», quali quelli di recesso e di risoluzione del contratto. In merito è opportuno precisare che l'A. riferendosi al recesso prendeva in considerazione quanto previsto nel progetto di riforma della legge n. 241/90 approvato dal Senato (d.d.l. AS n. 1281) e cioè che ai fini del recesso vi dovessero sussistere "*fondate ragioni di interesse pubblico per invocarne l'utilizzo*"; il che secondo l'A. «confermerebbe, pertanto, che alcuni atti, anche nella fase di gestione del rapporto, quando fuoriescono dalla mera esecuzione delle prestazioni, possono tornare ad assumere per l'ordinamento rilevanza pubblicistica, presentandosi, vale a dire, come atti amministrativi che spiegano effetti (in questo caso unilateralmente) nell'ordinamento civile». Pur trattandosi di formula non riproposta nel testo finale contenuto nell'art. 21-*sexies* della l. n. 241/90, si ritiene che le conclusioni dell'A. siano comunque e tuttora condivisibili in quanto, come si è sostenuto, la funzionalizzazione dell'atto di recesso prescinde dall'espressa previsione di legge e dal contesto (negoziale) in cui l'atto si inserisce. Cfr. altresì M. Giavazzi, *Gli interessi legittimi negoziali*, cit., 387 ss. Cfr. M. Mazzamuto, *Per una doverosità costituzionale*, cit., 164-165, il quale afferma che «anche quando rimanga in una vicenda uno spazio di qualificazione privatistica deve essere sempre possibile un punto di ancoraggio delle garanzie pubblicistiche, secondo il modulo dello sdoppiamento della fattispecie. Soltanto questa soluzione consente di affermare che i principi costituzionali (e la doverosità del diritto pubblico che ne discende) attengono alla pubblica amministrazione come soggetto e di affermare, al contempo, che ciò non esclude la qualificazione privatistica di parte del rapporto».

²⁰¹ Si pensi agli istituti del *rating* di impresa e di legalità previsti dall'art. 95, comma 13, d.lgs. n. 50/2016 o ai poteri di valutazione discrezionale della serietà-affidabilità dell'operatore incorso in una delle

Ma, si badi, con ciò non si vuole certo rivalutare la qualificazione in senso eminentemente pubblicistico degli atti di scioglimento della fase di esecuzione; si intende solo evidenziare le aporie dell'attuale interpretazione maggioritaria, che spesso è soltanto funzionale all'attrazione del sindacato dinanzi all'uno o all'altro giudice (*infra*, cap. III).

L'altro dato invece è connesso ad alcune delle ricadute pratiche delle qualificazioni sopra prospettate. Una volta riconosciuta la "dualità" dell'atto di recesso ed in particolare la sua conformazione imposta dallo statuto pubblicistico, dovrebbe essere rimessa in dubbio pure l'idea che il sindacato sull'illegittimità del recesso non possa condurre al ripristino del rapporto (*supra* §3.1.). A margine delle conferme che su di un piano più generale discendono da alcune pronunce giurisprudenziali²⁰² – peraltro immediatamente disattese da altri approdi pretori²⁰³ – la ricostituzione del vincolo dovrebbe discendere *a fortiori* proprio dal substrato pubblicistico degli atti dell'intera vicenda contrattuale. Di ciò peraltro avvertiva già la Corte costituzionale in un precedente del 2008 laddove il giudice delle leggi, principiando dalla condivisibile affermazione del duplice fine dei limiti imposti ai poteri privatistici della pubblica amministrazione (tutela del privato e anche e soprattutto «di più generali interessi collettivi») – ha ricordato che «forme di riparazione economica, quali, ad esempio, il risarcimento del danno o le indennità riconosciute dalla disciplina privatistica [...], non possono rappresentare, nel settore pubblico, strumenti efficaci di tutela degli interessi collettivi [...]»²⁰⁴.

Rispetto a quanto si è sostenuto, è certo che la persistenza della dimensione funzionale e di uno statuto pubblicistico nell'ambito del rapporto contrattuale possa risultare in contraddizione rispetto al *favor* legislativo (altrove definito ossessivo²⁰⁵) per l'impiego di modelli privatistici, ma ciò esprime nitidamente quanto sia «illusoria la prospettiva di un'amministrazione più snella ed efficiente solo perché abilitata a impiegare gli strumenti del diritto privato»²⁰⁶. Nell'ordine delle preoccupazioni sta allora il malinteso: non già che attraverso la funzionalizzazione, la procedimentalizzazione e la tutela di queste nelle forme tradizionali si finirebbe per negare la possibilità di una (legislativamente pretesa) privatizzazione sostanziale dell'attività, ma che, al contrario, attraverso la negazione di quelle (o quantomeno nella non corretta interpretazione delle conseguenze connesse alla

cause di esclusione di cui all'art. 80, comma 1, d.lgs. n. 50/2016, così come specificate dal comma 7 (*supra* cap. I, §3.2., lett. c).

²⁰² Cfr. Cass., sez. III, 26 giugno 2018, n. 16823.

²⁰³ Cfr. Trib. Roma, sez. spec. impr., 21 novembre 2018, cit., secondo cui «al riguardo deve ritenersi che ogni eventuale controversia in tal caso non possa che concernere la determinazione delle conseguenze economiche derivanti dallo scioglimento del vincolo contrattuale. Ed infatti, quand'anche il giudice dovesse accertare la illegittimità del recesso, ciò non determinerebbe mai il ripristino del contratto».

²⁰⁴ C. cost., 24 ottobre 2008, n. 351. Sul punto si v. anche C. Celone, *La responsabilità dirigenziale tra Stato ed enti locali*, Napoli, Editoriale scientifica, 2018, 278-279.

²⁰⁵ F. Merusi, *Il diritto privato della pubblica amministrazione*, cit., 651.

²⁰⁶ V. Onida, *La discrezionalità amministrativa e il sindacato giurisdizionale*, cit., 669.

loro ammissione all'interno di uno statuto unitario) si finirebbe per perdere le garanzie e quindi il *proprium* non già del diritto pubblico ma del diritto amministrativo. Il che, si crede utile ribadirlo, non è accettabile nell'ambito di una materia, quale quella degli appalti pubblici, oggi informata da regole e funzioni non più poste a presidio della sola concorrenza (interesse già conseguibile nella fase dell'evidenza pubblica), ma anche di ulteriori interessi pubblici, rispetto ai quali la funzionalizzazione è valutabile, in un'ottica di risultato, solo al termine della vicenda contrattuale complessivamente intesa: ed in tale prospettiva, pare utile rievocare quanto affermato da chi con una brillante formula ha ricordato che l'affermare il dovere dell'amministrazione di procedimentalizzare la sua funzione anche nell'ambito di rapporti privatistici non significa imporre quell'obbligo solo a garanzia della controparte privata (secondo la sola logica del rapporto), ma anche a garanzia "rovesciata" dell'amministrazione e degli amministrati (secondo la prospettiva del potere)²⁰⁷.

Ciò detto in relazione alla natura ambivalente degli atti della vicenda contrattuale – che hanno così recuperano così quella duplicità che invece ha tradizionalmente caratterizzato la vicenda contrattuale – rimane da evidenziare che gli studi sugli atti amministrativi negoziali gettano anche un ponte con il tema del riparto di giurisdizione.

Per spiegare come ciò avvenga, conviene circoscrivere il campo di indagine, muovendo dall'ultimo atto analizzato, ovvero da quello di recesso.

Tanto negli appalti pubblici quanto in quelli privati l'azione di contrasto esercitata dalla controparte avverso l'esercizio del recesso non si realizza opponendo un diritto soggettivo alla prosecuzione dell'opera²⁰⁸. Vero è che se il committente facesse uso di poteri a lui non attribuiti, l'appaltatore sarebbe titolare di una situazione di diritto soggettivo «non disponibile» da parte del primo²⁰⁹; ma, una volta che quel potere sia stato accordato dalla legge o dal contratto, il diritto alla prosecuzione dell'opera sarebbe assoggettato alla altrui determinazione unilaterale e pertanto rimarrebbe inopponibile da parte dell'appaltatore.

Se queste considerazioni valgono egualmente sia per gli appalti privati sia per quelli pubblici, esse, applicando la teoria degli atti amministrativi negoziali, divergono in relazione alle posizioni giuridiche e alle connesse tecniche di tutela fatte valere dalla controparte che subisce il recesso.

Difatti, se nel caso dell'appalto privato l'aspirazione alla conservazione del bene

²⁰⁷ Così F.P. Pugliese, *Il procedimento amministrativo tra autorità e contrattazione*, 1495.

²⁰⁸ Cfr. G. Iudica, *Il contratto di appalto*, in *I contratti, Obbligazioni*, III, in *Diritto civile*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, coordinato da A. Zoppini, Milano, Giuffrè, 2009, 341; M.C. Cervale, *Artt. 1655-1702*, in *Commentario al Codice civile*, a cura di P. Cendon, Milano, Giuffrè, 2008, 394.

²⁰⁹ Così G. Greco, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato*, cit., 109. Così anche S. Civitarese Matteucci, *Regime giuridico*, cit., 460, in particolare nota 120.

della vita (la prosecuzione dell'opera) è mediatamente tutelata facendo valere il diritto a che il committente tenga comportamenti secondo buona fede e comunque non abusivi²¹⁰, nel caso dell'appalto pubblico l'estensione alla fase esecutiva delle regole dell'evidenza pubblica operata da Greco attribuisce all'appaltatore una pretesa, ovvero un interesse legittimo, ad evitare l'adozione dell'atto amministrativo negoziale sfavorevole: o, meglio a dirsi, «ad ottenere il rispetto delle norme che regolano l'azione della Pubblica amministrazione»²¹¹.

Più in generale, può allora dirsi che secondo la teoria degli atti amministrativi negoziali, pur nell'assenza dell'autoritatività del potere, «accanto alla situazione di soggezione – che qualunque privato presenterebbe rispetto all'esercizio di un diritto potestativo di altro privato – si giustappone nella specie la pretesa alla legittimità dell'azione dell'Amministrazione»²¹². Duplice ne è quindi l'esito. Non solo la pretesa del privato si riempirebbe di contenuto (il rispetto delle regole dell'evidenza pubblica e delle prescrizioni speciali previste dalla normativa di riferimento), ma la relativa controversia sarebbe conosciuta, stante la titolarità di una posizione di interesse legittimo, dal giudice amministrativo in sede di giurisdizione di legittimità, il quale potrebbe disporre di conseguenza l'annullamento dell'atto illegittimo.

A prescindere dalla condivisione di questa teoria – alla quale potrebbe essere opposta la rottura della correlazione biunivoca potere autoritativo-interesse legittimo, essendo ritenuto insussistente il primo ed al contempo sussistente il secondo – la sua esposizione si mostra foriera di ulteriori spunti di riflessione, laddove si consideri che parte della dottrina aderente a quell'orientamento ha affermato che il riparto di giurisdizione nel settore degli appalti pubblici non si giustificerebbe in ragione della sussistenza dell'autoritatività nei vari procedimenti di evidenza pubblica (per l'appunto reputata essere normalmente assente): la giurisdizione del giudice amministrativo si fonderebbe piuttosto in

²¹⁰ Si consideri che parte della dottrina era giunta in passato a configurare l'esistenza di un interesse legittimo di diritto privato capace di assicurare un controllo sull'attività privata discrezionale del tutto simile a quello dell'eccesso di potere. Cfr. L. Bigliazzi Geri, *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1967, ove afferma che «l'estensione anche al merito del controllo del giudice sul cattivo uso della discrezionalità costituisce la necessità di fondo, la ragione determinante, che induce a conferire rilievo alla figura dell'interesse legittimo»; Id., *Interesse legittimo: diritto privato*, in *Digesto disc. Priv., sez. civ.*, IX, Torino, Utet, 1993. Per un'approfondita analisi della tematica si veda G. Poli, *L'interesse legittimo (di diritto amministrativo) nel prisma del diritto privato*, in *Dir. pubbl.*, 2012, 1, 81 ss., spec. 85-103. Parte della giurisprudenza tuttora si riferisce all'interesse legittimo di diritto privato (cfr. Cass., sez. lav., 14 aprile 2015, n. 7495). Parte della dottrina civilistica ha contestato aspramente la teorizzazione di siffatta posizione giuridica definendola superflua ed inutile (cfr. G. D'Allura, *La tutela aquiliana degli interessi legittimi - Introduzione al tema*, in *La tutela aquiliana degli interessi legittimi: atti del Convegno di Catania dei giorni 5 e 6 novembre 2004*, Catania, L. Strano, 2005, 1 ss., spec. 16-17).

²¹¹ G. Greco, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato*, cit., 109.

²¹² *Ivi*, 103 (si v. anche pp. 109 e 150). Cfr. altresì E. Picozza, in *I lavori pubblici*, a cura di E. Picozza, M.A. Sandulli, M. Solinas, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da G. Santaniello, Padova, 1990, 447. Ampiamente sul punto anche M. Giavazzi, *Gli interessi legittimi negoziali*, cit., 399 ss.

virtù della funzionalizzazione dell'attività amministrativa²¹³.

Quest'ultima affermazione è qui di grande interesse perché valorizza ancora una volta l'unitarietà della vicenda contrattuale, ponendo in secondo piano la questione della qualifica della posizione giuridica soggettiva: il che induce a formulare una riflessione conclusiva.

Nell'unitarietà di una vicenda caratterizzata dall'esercizio (persistentemente funzionalizzato) di un'attività che, fuori dai casi di mera esecuzione dell'adempimento delle obbligazioni contrattuali, si manifesta tramite la spendita di poteri pubblicistici ad effetti negoziali, pare allora lecito domandarsi se non sarebbe più opportuno accentrare la materia degli appalti pubblici in capo alla sola giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Come si vedrà, alla proposta concentrazione della giurisdizione non pare ostare la tendenziale assenza di poteri autoritativi nella fase esecutiva, quantomeno perché, in fondo, ciò in parte avviene anche nella fase dell'evidenza pubblica. Senonché, non ci si può limitare a questa osservazione. E, allora, senza anticipare conclusioni che saranno più ampiamente svolte nel prosieguo, possono identificarsi almeno tre percorsi.

Innanzitutto, in continuità rispetto a quanto si è detto, una via potrebbe essere quella schiusa dalla teorizzazione degli atti amministrativi negoziali, ma, come si è già detto, essa si arenerebbe dinanzi all'affermazione non revocabile in dubbio, secondo la quale l'interesse legittimo vi è se c'è spendita di potere autoritativo.

Due sono allora gli altri percorsi possibili. L'uno muove nel solco del riparto di giurisdizione tradizionale e si risolve nell'identificazione generalizzata di una connessione anche solo mediata tra le fattispecie collocate nella fase esecutiva e il potere esercitato in sede di avvio della procedura²¹⁴. L'altro, invece, in maggiore connessione rispetto al problema della frammentazione del riparto (questione peraltro capitale per gli appalti pubblici), è quello di conseguire su di un piano più generale e sistematico il superamento dell'attuale riparto di giurisdizione. Ma l'obiettivo dei due modi di ragionare sarebbe comunque comune: la realizzazione di quella concentrazione di giurisdizione già oltreconfine avverata²¹⁵ e che, guardando al nostro ordinamento, è stata quantomeno

²¹³ Così, M. Giavazzi, *Gli interessi legittimi negoziali*, cit., 425.

²¹⁴ Si v. anche quanto affermato da A. Angiuli, *Contratto pubblico e sindacato del Giudice Amministrativo*, cit., 117, secondo la quale gli atti posti in essere nella fase esecutiva, pur se sprovvisti di natura autoritativa, vivrebbero pur sempre in un contesto di autoritatività "allargata", perché «chiaramente ricollegabili, almeno sul piano funzionale, a norme attributive di poteri».

²¹⁵ Il riferimento è qui fatto, come peraltro già anticipato in Premessa, all'ordinamento francese e tedesco, ove la materia degli appalti pubblici è stata attribuita unitariamente ad una sola giurisdizione: in Francia, a quella del giudice amministrativo e, in Germania, a quella del giudice ordinario (pur convivendo, in quest'ultimo ordinamento, un meccanismo giudiziale di natura amministrativa dinanzi al *Vergabekammer*, su cui in particolare si v. U. Stelkens, *L'amministrazione pubblica dei contratti in Germania*, in *Amministrazione pubblica dei contratti*, a cura di D. Sorace, Napoli, Editoriale scientifica, 2013, 387 ss.). Sul

correttamente auspicata²¹⁶.

tema, imprescindibile è il rinvio a A. Massera, *L'attività contrattuale*, in *Diritto amministrativo comparato*, a cura di G. Napolitano, Milano, Giuffrè, 2007, 175 ss. In merito all'ordinamento francese, si v. L. Richer e F. Lichère, *Droit des contrats administratifs*, Issy-les-Moulineaux, 2016; M. Antonioli e F. Cardarelli, *Il recepimento della Direttiva 66/2007/CE nell'ordinamento francese*, in *Il sistema della giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa*, a cura di G. Greco, Milano, Giuffrè, 2010, 223 ss.; W. Gasparri, *La struttura del contentieux administratif, le tutele differenziate e i riti speciali nell'ordinamento francese*, in *Discipline processuali differenziate nei diritti amministrativi europei*, a cura di D. Sorace, Firenze, 2009, 123 ss., spec. 179 ss.). Per il sistema di giustizia degli appalti pubblici in Germania, si v. F. Cortese e F. Secchi, *Appalti pubblici comunitari e sistema di tutela nell'ordinamento tedesco*, in *Il sistema della giustizia amministrativa degli appalti pubblici in Europa*, cit., 261 ss.; P.M. Huber, *La tutela giurisdizionale in materia di appalti pubblici – in particolare al di sotto della soglia comunitaria*, in *I contratti della pubblica amministrazione in Europa*, a cura di E. Ferrari, Torino, 2003, 149 ss.

²¹⁶ Cfr. M. Dugato, *Organizzazione delle amministrazioni aggiudicatrici*, cit., 680 ss.; A. Angiuli, *Contratto pubblico e sindacato del Giudice Amministrativo*, cit., 108 ss.; A. Cicchinelli, *L'esecuzione dei contratti e la tutela dell'ambiente*, cit.; F.G. Scoca, *Giurisdizione e riti processuali*, cit., 16-17, ove l'A. si domanda: «una volta creata una materia di giurisdizione esclusiva, qual è la ragione per mantenerla suddivisa in due sottomaterie, continuando a distinguere tra formazione ed esecuzione del contratto?».

CAPITOLO III

L'ATTRIBUZIONE UNITARIA DELLA VICENDA CONTRATTUALE ALLA GIURISDIZIONE ESCLUSIVA DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO

SOMMARIO: **1.** Primi appunti in relazione alla giurisdizione “contesa” in materia di appalti pubblici. **2.** Alcune lezioni offerte dalla storia: il *vulnus* originario di tutela negli appalti. L’interesse legittimo e il giudice amministrativo quale risposta ad un problema pratico. La pretesa divisione fra le due giurisdizioni. **3.** Considerazioni a margine della disciplina attuale. La pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 24411/2018: se precisazioni vi sono, confusione vi era, e non è detto che sia risolta; **3.1.** *Oltre la confusione: contraddizioni e vicissitudini della giurisdizione esclusiva nella vicenda contrattuale*; **3.2.** *Un argumentum ab auctoritate sull’incertezza del riparto*. **4.** L’irraggiungibile e l’attuabile a Costituzione invariata. Dalla frammentazione alla unitarietà, attraverso la rilettura dei vincoli costituzionali: il giudice amministrativo come giudice dell’intera vicenda contrattuale; **4.1.** *Spunti di riflessione dal caso delle sanzioni irrogate dalla Banca d’Italia e dalla Consob: un recente caso di giurisdizione esclusiva del giudice ordinario*; **4.2.** *Dalle implicazioni sistematiche del caso trattato all’epilogo determinato dalle riflessioni di Merusi sul principio del giusto processo ex art. 111 Cost.*; **4.3.** *Sulla (certa) critica in relazione alla (dubbia) violazione dell’art. 111, penultimo comma, Cost. Ad essere ricorribili in Cassazione sono le sentenze del giudice ordinario o le pronunce sui diritti soggettivi?* **5.** In conclusione: la conoscenza unitaria di una vicenda unitaria da parte del giudice amministrativo.

1. Primi appunti in relazione alla giurisdizione “contesa” in materia di appalti pubblici

Il carattere ambiguo e dicotomico della vicenda contrattuale, già manifestatosi sotto il profilo della fattispecie sostanziale (v. *supra* cap. II, sez. I e II), è storicamente apparso anche sul piano processuale.

Alla luce dell’attuale riparto di giurisdizione, che ai sensi dell’art. 103 Cost. si fonda su di un criterio anch’esso ambiguo, ovvero sulla divisione dicotomica fra interessi legittimi e diritti soggettivi, si potrebbe credere che il riparto di giurisdizione in materia sia stato sempre definito in ragione della natura della posizione soggettiva lesa. Lo studio dell’*excursus* storico dimostra, invece, come la distribuzione della giurisdizione fra il giudice ordinario e quello amministrativo, al pari della controversa attribuzione della natura pubblicistica o privatistica della vicenda contrattuale, abbia risentito più della adeguatezza del sistema rispetto a concrete esigenze di tutela piuttosto che della consonanza rispetto ad una regola formale presupposta: e, vale la pena anticiparlo, quelle esigenze di tutela sono sempre andate a favore dell’attribuzione della materia (o meglio, come si vedrà, di segmenti di essa) al giudice amministrativo.

2. Alcune lezioni offerte dalla storia: il *vulnus* originario di tutela negli appalti. L’interesse legittimo e il giudice amministrativo quale risposta ad un problema pratico. La pretesa divisione fra le due giurisdizioni

Recentemente, la dottrina amministrativistica ha definito “balletto delle giurisdizioni” un lungo e travagliato slittamento della giurisdizione dal giudice amministrativo a quello ordinario¹. Sia consentito prendere a prestito l’espressione per riferirsi ad un settore del tutto differente, ovvero a quello degli appalti, salvo poi ritornare, ma il motivo sarà chiarito in seguito, sulla vicenda che ha motivato l’impiego di quella metafora.

Ebbene, perché il riparto di giurisdizione può essere accostato all’immagine del balletto? Le ragioni sono duplici. La prima è che, come si dirà a breve, i trasferimenti della giurisdizione da un plesso all’altro sono stati tanti e tali che si spera peraltro di non averne perso traccia; la seconda è che, come si vedrà più oltre, anche quando il riparto è stato positivizzato, l’un giudice è stato legittimato a “balzare” nella fase di regola attribuita all’altro (*infra* §3).

Ciò detto, vi è un dato risalente, ma alquanto utile, per narrare il fenomeno in parola:

¹ M. Clarich e A. Pisaneschi, *Le sanzioni amministrative della Consob nel “balletto” delle giurisdizioni: nota a Corte costituzionale 27 giugno 2012, n. 163*, in www.giustizia-amministrativa.it.

sino al 1865 tutte le controversie sugli atti e sui rapporti precedenti e successivi alla stipula del contratto con la pubblica amministrazione erano attribuite al contenzioso amministrativo².

È fatto noto che, nel Regno di Sardegna, rispetto alla posizione di quanti auspicavano una giurisdizione unica (Galvagno e Boncompagni) prevalse l'interpretazione opposta, favorevole al riordino del contenzioso amministrativo; una soluzione questa che avrebbe sventato, secondo il Rattazzi, la compromissione di «gravi interessi»³. Così, con le leggi di riordino del contenzioso amministrativo (le cosiddette leggi Rattazzi) la giustizia amministrativa del Regno di Sardegna fu riordinata intorno ai due poli della giustizia ordinaria e di quella speciale; e siccome quelle leggi erano ampiamente ispirate al modello francese basato sul doppio controllo giurisdizionale⁴ – al centro il *Conseil d'Etat* e in periferia i *Conseils de Préfecture* – anche nel Regno sardo il Consiglio di Stato divenne “giudice supremo del contenzioso” subentrando alla Camera dei conti nel ruolo di giudice di appello delle controversie decise in primo grado dai Consigli di governo.

Ciò che qui più rileva è che proprio una delle leggi Rattazzi, ovvero la l. 30 ottobre 1859, n. 3708 riconobbe ai menzionati Consigli di governo la funzione di giudice ordinario del contenzioso amministrativo in una pluralità di controversie fra cui per l'appunto la materia dei contratti di appalto, inclusa la loro esecuzione⁵.

Una attribuzione del tutto affine era prevista anche nel Regno delle due Sicilie, ove la l. 21 marzo 1817, all'art. 8, attribuiva ai giudici del contenzioso amministrativo la giurisdizione in merito alla “validità di tutti i contratti fatti dall'amministrazione pubblica”, alla “legalità delle solennità adoperate negli stessi contratti” e alla “interpretazione e spiegazione de' medesimi”, nonché, ai sensi dell'art. 10, la competenza su “tutte le questioni che potranno sorgere tra l'amministrazione pubblica, e gli appaltatori di opere e di lavori pubblici, ne' termini dell'art. 8”⁶.

Senonché, con la legge abolitiva del contenzioso amministrativo, la l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. E, tutte le controversie in materia di contratti furono attratte al

² Si v. l'ampio e ricco studio di G.M. Racca, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, cit., 403 ss., a cui si deve parte della ricostruzione proposta in questo paragrafo.

³ Cfr. A. Salandra, *La giustizia amministrativa nei governi liberi*, Torino, Unione tipografico-editrice, 1904, 306-307.

⁴ Così, G. Carlotti e M. Fratini, *L'appello al Consiglio di Stato*, Milano, Giuffrè, 2008, 13.

⁵ In merito si v. A. Salandra, *La giustizia amministrativa nei governi liberi*, cit., 308-309; F. Astone, *La giustizia amministrativa prima e dopo l'Unità: il contenzioso amministrativo, la sua abolizione e l'istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato*, in www.giustizia-amministrativa.it, 4-5; A. Pajno, *Il riparto della giurisdizione*, in *Trattato di diritto amministrativo*, V, *Diritto amministrativo speciale, Il processo amministrativo*, a cura di S. Cassese, Milano, Giuffrè, 2003, 4193 ss., spec. 4207.

⁶ Si v. Gran Corte civile, 1^a Camera, 11 settembre 1835, n. 1415, contenuta nella raccolta pubblicata da M. Agresti, *Decisioni delle Gran Corti Civili in materia di diritto*, VII, Napoli, 1834-1835, 282 ss. In tema anche L. Marotta, *Osservazioni sulle leggi dell'amministrazione civile del Regno delle due Sicilie*, Napoli, 1824; più di recente, F. Astone, *La giustizia amministrativa prima e dopo l'Unità: il contenzioso amministrativo, la sua abolizione e l'istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato*, cit., 3.

sindacato del giudice ordinario. Come osservato in dottrina, infatti, «il legislatore dell'unificazione non ha avuto dubbi nell'attribuire al giudice ordinario quei contratti – appalti e forniture – che la legge Rattazzi assegnava ai giudici del contenzioso»⁷.

È a questo punto che si concretizza il *trait d'union* tra il problema “sostanziale”, relativo alla natura dell'evidenza pubblica, e la vicenda critica del riparto di giurisdizione. Difatti, se, come si è ricordato (*supra* cap. II, sez. I, §1), le ragioni legate all'inquadramento pubblicistico della fase di scelta del contraente ruotavano attorno alla azionabilità di una pretesa in giudizio da parte del concorrente, è altresì evidente che una tale qualificazione avrebbe (e ha consentito) l'inquadramento delle posizioni giuridiche soggettive nell'alveo degli interesse legittimi, con la conseguente attribuzione della disciplina alla giurisdizione del giudice amministrativo⁸.

La ricerca di una di tutela effettiva per il partecipante alla gara o per il terzo interessato a parteciparvi si radicava sulla incapacità del sistema di accordare garanzie adeguate alle pretese dei soggetti lesi: vuoi perché le disposizioni della legge di contabilità erano ritenute poste ad esclusivo vantaggio della pubblica amministrazione; vuoi per i limiti intrinseci al diritto civile, data la pretesa incoercibilità della libertà della stazione appaltante⁹; vuoi in definitiva perché le ipotesi che precedono si fondano storicamente (anche) su di una «considerevole timidità»¹⁰ del giudice ordinario nell'adempiere il compito affidatogli. Il giudice civile, infatti, da un lato, ha scontato la sua stessa pulsione naturale – ovvero l'attitudine ad arretrare il suo giudizio rispetto all'autonomia dei privati – e, dall'altro lato, la ha persino accentuata, perché, se essa doveva valere per le controversie

⁷ B. Sordi, *Pubblica amministrazione, negozio, contratto: universi e categorie ottocentesche a confronto*, in *Dir. amm.*, 1995, 4, 483 ss. Peraltro, come è stato ricordato in dottrina, ancora prima della legge del 1865, il giudice ordinario conosceva già di alcune questioni inerenti ai rapporti con la pubblica amministrazione, fra cui in particolare quelle relative ai contratti diversi dagli appalti e forniture (cfr. R. Cavallo Perin, *Procedimento amministrativo e giustizia amministrativa*, in *Storia d'Italia. Annali 14. Legge diritto giustizia*, Torino, Einaudi, 1998, 255 ss., spec. 257).

⁸ Così, G. Greco, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato*, cit., 16-23.

⁹ Come si è ricordato, al tempo mancava (perché ampiamente contestata sul piano teorico e pratico) una disciplina della responsabilità precontrattuale per il caso delle interruzioni delle trattative (*supra* cap. II, sez. I, §1).

¹⁰ V.E. Orlando, *La giustizia amministrativa*, in *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V.E. Orlando, I, Milano, Società editrice italiana, 1900, 635, il quale sottolinea il fatto che il giudice ordinario mantenne un atteggiamento «affatto difforme dallo spirito liberale da cui quella riforma era animata». Similmente, si v. F. Merusi, *Dal 1865...e ritorno...al 1864. Una devoluzione al giudice ordinario della giurisdizione nei confronti della pubblica amministrazione a rischio di estinzione*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 3, 671 ss., che afferma che a seguito della legge abolitiva del contenzioso «qualcuno cominciò a pensare di essere caduto in una trappola abilmente tesa da falsi liberali per giustificare un potere dispotico dell'Esecutivo [...]» (p. 682). In merito alla deferenza mostrata dal giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione si v. S. Battini, *La giustizia amministrativa in Italia: un dualismo a tradizione monista*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, 1, 47 ss., per il quale il sistema dualistico italiano si fonderebbe in maniera del tutto peculiare «su una interpretazione (erronea) di una legge monistica», perché, se l'approdo giurisprudenziale è stato nel senso di escludere che dinanzi al potere vi sia diritto (e quindi di sottrarre la giurisdizione al giudice ordinario nelle controversie di diritto pubblico), a questo esito la Corte di cassazione è giunta «in applicazione di una legge che dice espressamente il contrario» (p. 85).

tra privati, *a fortiori* doveva operare a fronte dell'attività discrezionale (e al tempo non necessariamente motivata) svolta dalla pubblica amministrazione nel perseguimento di un pubblico interesse¹¹.

In definitiva, come osservato in dottrina, non vi fu coordinamento e coerenza tra la disciplina relativa ai lavori pubblici – fondata sulla specialità della disciplina sostanziale rispetto a quella operante fra i privati – e la legge del 1865, perché quest'ultima «accogliendo integralmente il modello monista del giudice unico, tale specialità aveva voluto rimuovere, invece, dall'orizzonte processuale»¹².

Ora, a volersi guardare il problema della deferenza del giudice ordinario da un angolo prospettico più ampio, si può ammettere che la stessa genesi del problema del riparto di giurisdizione nel nostro ordinamento sia strettamente legata alla legge abolitiva del contenzioso amministrativo e alla soluzione che la legislazione successiva (l. 31 marzo 1889, n. 5992) accordò al *vulnus* prodottosi nella tutela di quelle posizioni giuridiche soggettive diverse dai diritti civili e politici; soluzione che come osservato in dottrina non fu quella dell'abrogazione della legge abolitiva del contenzioso amministrativo, ma quella di affiancare al giudice dei diritti un altro giudice, che per logica «doveva evidentemente tutelare qualche altra situazione giuridica soggettiva»¹³: l'interesse legittimo. E che tale “non diritto” non dovesse essere conosciuto dal giudice ordinario (approdando così ad un sistema di giustizia monistico) fu conseguenza della ricordata *deference* (ossequiosa del principio di divisione dei poteri, perché *juger l'administration c'est encore administrer*) mostrata da quel giudice rispetto agli atti adottati dalla pubblica amministrazione. Di qui poi il problema di comprendere quali fossero i ricorsi attribuiti alla competenza del giudice ordinario e quali quelli conosciuti dalla IV sezione del Consiglio di Stato; il che equivaleva a sciogliere l'interrogativo in ordine alla sussistenza o meno dell'interesse legittimo: un interrogativo questo sopravvissuto alla Costituzione italiana, la quale avrebbe recepito un impianto “ambiguo”, fondando sull'“ambiguo” interesse legittimo il criterio di riparto della giurisdizione¹⁴.

Come si è però anticipato, l'attrazione delle controversie alla cognizione del giudice amministrativo non ha seguito la logica appena accennata della preventiva definizione della posizione giuridica vantata (intesa pertanto come un *prius* logico), ma ha piuttosto

¹¹ Cfr. G.M. Racca, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, cit., 409-410. L'A. ricorda che persino nell'ipotesi dell'impugnazione degli atti dell'amministrazione che privassero di efficacia il contratto – ipotesi apparentemente più piana, perché il contraente era titolare di un diritto soggettivo certamente e normalmente azionabile dinanzi al giudice civile – l'attore in giudizio non ha mai potuto usufruire di una tutela effettiva, perché il sindacato del giudice ordinario si è limitato a quello estrinseco e formale.

¹² S. Fantini e H. Simonetti, *Le basi del diritto dei contratti pubblici*, cit., 8.

¹³ F. Merusi, *Dal 1865...e ritorno...al 1864*, cit., 683.

¹⁴ Così, S. Battini, *La giustizia amministrativa in Italia*, cit., 88.

rappresentato una precisa e pragmatica risposta ad una esigenza pratica di tutela, rispetto alla quale il riconoscimento di un interesse legittimo è stato per l'appunto un *posterius*¹⁵. Ed è così, che, come ricordato in dottrina, nei rapporti precontrattuali con la pubblica amministrazione il privato ha normalmente inseguito il sindacato offerto dal giudice amministrativo, perché la neoistituita Sezione IV del Consiglio di Stato, che si riteneva titolare del giudizio sugli atti propedeutici e incidenti sul rapporto contrattuale, era capace di assicurare una tutela ben più incisiva di quella “garantita” dalla magistratura ordinaria, consentendo l’annullamento delle esclusioni e delle aggiudicazioni¹⁶.

Il celebre caso Trezza portato dapprima all’attenzione della IV Sezione e poi delle Sezioni Unite¹⁷ è stato (ed è tuttora) emblema della contrapposizione non solo sulla investitura a giudicare le controversie relative alla fase precontrattuale di scelta del contraente, ma anche del diverso approccio delle due magistrature rispetto al dato sostanziale. Il giudice amministrativo, che si considerava competente in materia, poneva la regola della caducazione del contratto a seguito dell’annullamento dell’aggiudicazione (così tutelando, nel caso di specie, i ricorrenti, soggetti terzi rispetto alla trattativa privata); il giudice civile, una volta annullata la pronuncia per difetto di giurisdizione, escludeva invece l’invalidità (oggi si direbbe, piuttosto, l’inefficacia) del contratto, sul presupposto dell’intangibilità dell’autonomia del soggetto pubblico, dell’assenza di una norma sulla responsabilità precontrattuale e, in definitiva, si vorrebbe aggiungere, dell’inattitudine a fare applicazione della teoria degli *actes détachables*: «il caso è significativo proprio in quanto evidenzia che il diniego della giurisdizione amministrativa lasciava i terzi interessati privi di ogni tutela»¹⁸.

Con la ricordata istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato ciò che si realizza è, in definitiva, la coesistenza dei due ordini di magistrature sulla medesima fase della vicenda contrattuale, ovvero su quella della scelta del contraente¹⁹. E poiché, come si è detto, nel confronto che ne è derivato è il giudice amministrativo ad aver saputo assicurare una tutela maggiore ai privati, è quest’ultimo che, negli anni ’30 del Novecento, uscirà vincitore dalla situazione di *impasse medio tempore* formatasi, nella quale il giudice civile

¹⁵ Si consideri quanto sostenuto da M. Nigro, *La riforma del processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1980, 17, secondo il quale in determinate ipotesi «non è che il giudice amministrativo tuteli interessi legittimi; è che una situazione è di interesse legittimo perché la tutela il giudice amministrativo».

¹⁶ Così, G.M. Racca, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, cit., 412-414.

¹⁷ Cfr. Cons. St., sez. IV, 3 agosto 1896, n. 349, in *La Legge*, 1896, 2, 529 e Cass., sez. un., 24 giugno 1987, in *Foro it.*, 1897, 1, 1363.

¹⁸ G.M. Racca, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, cit., 147 (ma si v. più in generale le pp. 415-418).

¹⁹ Vero è però che per un momento la giurisprudenza del Consiglio di Stato si adeguò a quella patrocinata dalle Sezioni Unite, negando la propria giurisdizione quantomeno: i) sui ricorsi presentati avverso i decreti reali di annullamento degli atti preparatori e del visto di esecutorietà di contratti già in via di esecuzione (cfr. Cons. St., sez. IV, 17 dicembre 1932, n. 413, in *Foro amm.*, 1933, 1, 42); ii) sui ricorsi proposti nei confronti del contratto stipulato, chiedendone l’annullamento.

continuava a ritenersi “competente” in relazione alla legittimità degli atti amministrativi che precedevano la stipula del contratto.

Lo spostamento di baricentro a favore del giudice amministrativo avviene sulla base del disposto del r.d. 3 marzo 1934, n. 383, ma è bene evidenziare che la normativa ivi recata non era atta ad attribuire a quel giudice per intero la fase di scelta del contraente, ma solo (seppur “sempre”) tutte le controversie relative a ricorsi proposti nei confronti degli atti governativi di annullamento di atti viziati da incompetenza, eccesso di potere e violazione di legge (art. 6), così da sottrarre al giudice ordinario l’annullamento dei contratti²⁰. Vero è però che sul presupposto che si trattasse comunque di diritti soggettivi, non solo talvolta la giurisprudenza negò qualsiasi efficacia alla disposizione²¹, ma la dottrina affermò finanche di essere in presenza di una surrettizia ipotesi di giurisdizione esclusiva²². La giurisprudenza e la dottrina successiva si conformarono però all’orientamento maggioritario, perché si attestò la tesi secondo cui, nella peculiare ipotesi del ricorso avverso l’annullamento degli atti prodromici al contratto stipulato, la controversia avrebbe riguardato l’uso del potere autoritativo, con conseguente esclusione della sussistenza di posizioni di diritto soggettivo a favore della affermazione dell’interesse al corretto uso del potere da parte dell’amministrazione²³.

Si assiste a questo punto ad una situazione peculiare, perché all’estensione della giurisdizione del giudice amministrativo sull’annullamento del contratto non è corrisposto almeno immediatamente un ampliamento della “competenza” di quel giudice anche sulle controversie inerenti alla fase di scelta del contraente nella sua interezza. Il che era logico,

²⁰ Cfr. Cons. St., sez. V, 24 marzo 1936, *Ditta Bracchi e Alessandri c. Ministero dell’interno e Comune di Udine*, in *Foro it.*, 1936, pt. III, 283-291, secondo cui «l’intervento legislativo nel caso particolare è giustificato dalla necessità e dalla urgenza di regolarlo [...] in rapporto ai vincoli contrattuali cui le pubbliche Amministrazioni si possono trovare legate per errata valutazione dei pubblici interessi, oltre che per errore nella applicazione della legge» (p. 290).

²¹ Cons. St., sez. V, 14 gennaio 1936, *Ditta Faldrini e Pedrotti c. Ministero dell’interno, Prefetto di Sondrio e Comune di Chiesa*, in *op. ult. cit.*, 282-283, che negò ogni efficacia all’art. 6 del r.d. 3 marzo 1934, n. 383, affermando che l’impugnazione dell’annullamento d’ufficio «di atti relativi ad un contratto comunale (deliberazione, approvazione prefettizia, visto di esecutorietà) già reso esecutivo è di competenza dell’autorità giudiziaria, in quanto si lamenta la lesione di un diritto subiettivo» (p. 282).

²² C. Vitta, *L’impugnazione dei decreti reali che annullano contratti di enti pubblici*, in *Riv. amm.*, 1936, 297 ss., ma la tesi è sconfessata da Cons. St., sez. V, 24 marzo 1936, *Ditta Bracchi e Alessandri c. Ministero dell’interno e Comune di Udine*, cit., secondo cui la normativa in commento «non istituisce una giurisdizione esclusiva del Consiglio di Stato in eccezione all’art. 2 della legge sul contenzioso amministrativo, come fa l’art. 29 del testo unico 26 giugno 1924, n. 1054» e da U. Forti, *Ancora del cosiddetto annullamento dei contratti e della competenza amministrativa*, in *Foro it.*, 1936, III, 283 ss., il quale afferma la sussistenza di una posizione di interesse legittimo in capo ai ricorrenti. La tesi è sostenuta anche da G. Miele, *Questioni vecchie e nuove in materia di distinzione del diritto dall’interesse nella giustizia amministrativa*, in *Foro amm.*, 1940, IV, 67 ss.

²³ Cfr. Cass., sez. un., 2 novembre 1951, *Comune di Garzigliana c. Bessone*, in *Foro it.*, 1951, pt. I, 1484. In dottrina cfr. C. Lessona, *Competenza in materia di gravami contro i decreti di annullamento ex art. 6 t.u. legge com. e prov.*, in *Foro it.* 1947, I, 61, e A.M. Sandulli, *Sulla competenza a giudicare del mancato riconoscimento da parte dei comuni delle obbligazioni contratte sotto il regime repubblicano fascista*, in *Foro it.*, 1949, I, 32 ss., spec. 33.

se si considera che è dal recepimento della tesi sulla distinzione fra la serie negoziale e quella procedimental-pubblicistica²⁴, e non già attraverso l'applicazione del criterio della qualificazione normativa dell'interesse legittimo²⁵, che la giurisprudenza civilistica, negò la sussistenza di interessi legittimi nelle procedure di scelta, specie in quelle caratterizzate da trattative private²⁶.

In piena coerenza con il progressivo slittamento precedente verificatosi, ma questa volta per *motu proprio* della giurisprudenza²⁷, si verificò l'ennesimo trasferimento della giurisdizione a favore del giudice amministrativo. E, si vorrebbe dire, “ancora una volta”, quello spostamento fu motivato dall'insufficienza della tutela offerta dal giudice ordinario nella fase precontrattuale e, in maniera più determinante, ma evidentemente connessa, dalla «accresciuta domanda di protezione posta dalle norme europee»²⁸.

Il nuovo assetto di riparto recava così la compresenza di due giudici sulla stessa fase (quella attinente alle vicende relative agli atti prodromici al contratto), ma si trattava, per l'appunto, non già di una *sovrapposizione*, ma di una *compresenza* ordinata su controversie differenti e differenziate in ragione della posizione giuridica soggettiva vantata dal privato secondo il modello di riparto fissato dall'art. 103 Cost.

La “spartizione” della giurisdizione fra la fase pubblicistica e quella privatistica è invece fatto più recente e saldamente assestato almeno²⁹ a far data dalla l. 21 luglio 2000,

²⁴ Cfr. M.S. Giannini, *Attività amministrativa*, cit., 995 ss.; Id., *Lezioni tenute durante l'anno accademico 1961-1962*, Roma, 1962, 49.

²⁵ Cfr. F. Falconi, *In tema di posizioni giuridiche soggettive nei contratti della pubblica amministrazione*, in *Foro amm. acque pubbl.*, 1971, II, 82 ss., spec. 92-93.

²⁶ Così, L. Tozzi, *La scelta del contraente privato nell'attività contrattuale della p.a.: posizioni soggettive tutelabili*, in *Foro amm. acque pubbl.*, 1975, II, 381 ss., spec. 385.

²⁷ Cfr. Cass., sez. un., 15 aprile 1978, n. 1777; 15 gennaio 1983, n. 328.

²⁸ G.M. Racca, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, cit., 441. Le Sezioni Unite si sarebbero così sgravate di un doppio peso: da un lato il contenzioso sulla fase di scelta del contraente e dall'altro l'altrimenti “defatigante” necessità di «proporre un'interpretazione innovativa della buona fede e della responsabilità precontrattuale» atta a garantire comunque una tutela nella fase precontrattuale.

²⁹ Perché in realtà già l'art. 33, comma 2, lett. d), del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, elencava in via esemplificativa fra le materie rimesse alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo anche quelle “aventi ad oggetto le procedure di affidamento di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture, svolte da soggetti comunque tenuti alla applicazione delle norme comunitarie o della normativa nazionale o regionale”. Sul punto era però sorto un contrasto, posto che il comma 1 dell'art. 33 riferiva la giurisdizione esclusiva alle “controversie in materia di pubblici servizi”, così per alcuni limitando l'applicazione del comma 2 alle sole procedure d'appalto svolte da soggetti preposti alla gestione di un pubblico servizio (così, M. Lipari, *La nuova giurisdizione esclusiva in materia edilizia, urbanistica e dei pubblici appalti*, in *Urb. app.*, 1998, 6, 592 ss., spec. 598). Per l'opposta tesi cfr. L.V. Moscarini, *Risarcibilità del danno da lesione di interessi legittimi e nuovo riparto di giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 4, 803 ss. (spec. 816) e R. Villata, *Prime considerazioni sull'art. 33 del d.lg. n. 80/1998*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 1, 281 ss. (spec. 291-292). Per quest'ultimo in particolare l'ammissibilità della tesi estensiva si sarebbe potuta fondare su due presupposti: i) l'inclusione nella locuzione “pubblico servizio” di tutte le attività di scelta del contraente (si aggiungerebbe, secondo il modello francese del criterio del *service public*); ii) la valorizzazione, per motivi di coerenza, dell'abrogazione generalizzata, recata dall'art. 35, comma 5, del d.lgs. n. 80/1998, dell'art. 13 della l. 19 febbraio 1992, n. 142 (secondo cui la domanda di risarcimento per ogni lesione subita “a causa di atti compiuti in violazione del diritto comunitario in materia di appalti pubblici

n. 205³⁰ e quindi ribadito dal d.lgs. n. 163/2006 e dal d.lgs. n. 104/2010.

L'art. 6 della l. n. 205/2000, infatti, con disposizione mai smentita dalla normativa successiva, ma solo ampliata, attribuì alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo “tutte le controversie relative a procedure di affidamento di lavori, servizi o forniture svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale”³¹.

Senonché, risolto il problema del riparto sulla fase precontrattuale e di tutta conseguenza ridimensionato di fatto il dilemma sulla natura del potere e degli atti dell'evidenza pubblica, se ne “enfaticizzò” un altro ben maggiore. A seguito della storica contesa della giurisdizione sulla fase precontrattuale, il conflitto fu trasferito sul terreno dell'incursione dei due giudici nei rispettivi (e *medio tempore* definiti) due marco-ambiti di “attribuzione”.

Con riferimento alle questioni sorte in relazione al riparto è sinceramente arduo scegliere il tempo verbale più opportuno per descriverle, giacché non è affatto agevole sapere se quelle contese siano o meno da consegnare alla storia. Con maggior grado di certezza possono invece essere identificati gli àmbiti contesi – giurisdizione sulla responsabilità precontrattuale, sulla sorte del contratto e sugli atti dell'esecuzione – anche perché la scelta è in parte guidata dagli istituti fino ad ora considerati.

Se le perplessità relative alla responsabilità precontrattuale e agli atti dell'esecuzione sono sopravvissute al d.lgs. n. 104/2010, è bene allora qui interrogarsi in merito al tema, già affrontato sotto il profilo sostanziale (*supra* cap. II, sez. II, §1 e 1.1.), della giurisdizione sulla validità del contratto nei casi di annullamento dell'aggiudicazione.

Non è qui utile soffermarsi sulle molteplici contrapposizioni sorte in giurisprudenza essendo piuttosto sufficiente e conveniente muovere dall'arresto delle Sezioni Unite del 2007, che, appare quasi superfluo dirlo, disattendendo la tesi del giudice amministrativo hanno radicato la giurisdizione sulla sorte del contratto in capo al giudice ordinario³².

In conformità ad un precedente di qualche anno prima³³, le ragioni della cassazione si appuntarono sulla consistenza delle posizioni giuridiche coinvolte nella fattispecie in questione. In particolare, secondo la Corte, poiché la domanda posta al giudice a seguito

di lavori o di forniture o delle relative norme interne di recepimento” era proponibile al giudice ordinario da chi avesse previamente ottenuto dal giudice amministrativo l'annullamento dell'atto lesivo).

³⁰ Sul punto si v. A. Pajno, *Il riparto della giurisdizione*, cit., 4291-4294.

³¹ La l. n. 205/2000 non ha però abrogato la lett. e) dell'art. 33 del d.lgs. n. 80/1998. La disposizione ivi prevista è stata infatti solo traspunta alla lett. d).

³² Il riferimento è fatto a Cass., sez. un., 28 dicembre 2007, n. 27169. Il caso origina dalla pronuncia del Consiglio Stato del 28 settembre 2005, n. 5196, resa sull'appello proposto nei confronti della sentenza del Tar Puglia, Lecce, sez. II, 14 giugno 2004, n. 3721.

³³ Cfr. Cass., sez. un., 21 settembre 2006, n. 20504.

dell'annullamento dell'aggiudicazione era atta ad impedire l'esecuzione del contratto, «le situazioni giuridiche soggettive delle quali si chiede l'accertamento negativo hanno consistenza di diritti soggettivi pieni»; dal che se ne fece conseguire la giurisdizione del giudice ordinario, data peraltro la preclusione (fissata dall'art. 244 del d.lgs. n. 163/2006) a che il giudice amministrativo conoscesse degli atti conseguenti all'aggiudicazione «a cominciare dal contratto stipulato»³⁴.

Interessante è notare l'affermazione, resa *ad abundantiam* dalla Corte e poi contraddetta dall'evoluzione giurisprudenziale e normativa, secondo cui la soluzione ivi accolta sarebbe stata resa in conformità all'art. 103 Cost., giacché nella materia dei contratti di appalto il criterio di riparto non solo sarebbe insensibile al tipo e alla natura (civilistica o amministrativistica) del tipo di invalidità affliggente il contratto, ma non dipenderebbe neppure dal grado e dai «profili di connessione tra dette disfunzioni ed il sistema delle invalidità-inefficacia del contratto».

Si tratta di una affermazione fondamentale perché, a distanza di un anno, l'inflessibile regola del riparto ostativa alla possibilità di estendere la cognizione del giudice amministrativo sul contratto, fondata «unicamente sulla separazione imposta dall'art. 103, comma 1, Cost. tra il piano del diritto pubblico (e del procedimento amministrativo) ed il piano negoziale, interamente retto dal diritto privato»³⁵, viene sovvertita da una celebre ordinanza della stessa Corte di cassazione³⁶.

La pronuncia solo incidentalmente indugia sul limite costituzionale della connessione delle situazioni giuridiche fatte valere in giudizio, ma in realtà fonda il proprio *revirement* a favore del giudice unico sulla sorte del contratto muovendo dai (e ragionando pressoché esclusivamente sui) principi di effettività della tutela, di concentrazione dei giudizi e di ragionevole durata³⁷: principi sì imposti dalla direttiva 2007/66/CE, ma rispetto ai quali quest'ultima non piegava necessariamente ad unità il dualismo giurisdizionale³⁸.

Se è vero, come è stato talvolta sostenuto, che le Sezioni Unite avrebbero soltanto adeguato la loro interpretazione al combinato disposto fra le prescrizioni delle sentenze

³⁴ Si conforma all'orientamento patrocinato dalle Sezioni Unite anche Cons. St., ad. plen., 30 luglio 2008, n. 9.

³⁵ Cass., sez. un., 28 dicembre 2007, n. 27169.

³⁶ Cass., sez. un., ord., 12 gennaio 2010, n. 2906, in *Urb. app.*, 2010, 4, 421-427, con commenti di C. Lamberti, *Il punto di vista amministrativistico*, 427 ss. e di R. Calvo, *Il punto di vista civilistico*, 435 ss.

³⁷ Così, F. Cardarelli, *Commento a Cass. SS.UU. ord. 2906 del 12.01.2010*, in *federalismi.it*, 18 febbraio 2010, 10, e G. D'Angelo, *Direttiva n. 2007/66/ce e giurisdizione nelle controversie sui contratti pubblici*, in *Corr. giur.*, 2010, 6, 747 ss., spec. 752-753.

³⁸ D'altronde lo stesso art. 2 della direttiva 2007/66/CE stabilisce che i poteri di privazione degli effetti e di irrogazione delle sanzioni alternative «possono essere conferiti ad organi distinti responsabili di aspetti differenti della procedura di ricorso». Si v. le considerazioni svolte da F. Saitta, *Contratti pubblici e riparto di giurisdizione: prime riflessioni sul decreto di recepimento della direttiva n. 2007/66/CE*, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

nn. 204/2004 e 191/2006 della Corte costituzionale e il nesso di consequenzialità individuato dalla direttiva 2007/66/CE³⁹, pare altrettanto innegabile il ritardo con cui la giurisprudenza si è avveduta del “collegamento” rilevante ai fini dell’attribuzione delle controversie al giudice “esclusivo”⁴⁰. Con la conseguenza che quella scelta tardiva può ragionevolmente ritenersi fondata su postulati del tutto differenti da quelli prescritti dall’art. 103 Cost.: l’esito può apparire forte, ma sinceramente ciò che emerge dalla vicenda è che l’interconnessione delle posizioni giuridiche soggettive non è stato un *prius*, ma un *posterius* di un’argomentazione svolta sulla base di principi (effettività della tutela, concentrazione dei giudizi, celerità delle procedure⁴¹) che da presupposti pratici della giurisdizione esclusiva ne sono divenuti presupposti teorici.

Coerentemente rispetto all’epilogo degli altri contrasti giurisprudenziali, anche l’*excursus* pretorio sulla giurisdizione relativa alla sorte del contratto ha avuto come esito l’affermazione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Dapprima prevista dal legislatore nazionale attraverso una modifica recata all’art. 244 del d.lgs. n. 163/2006⁴², poi trasposta nel d.lgs. n. 104/2010 all’art. 133, comma 1, lett. e), l’estensione della giurisdizione esclusiva “alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell’aggiudicazione ed alle sanzioni alternative” è oggi pacifica.

Altro è a dirsi invece per la cognizione del giudice amministrativo in relazione alla fase successiva alla stipula. Difatti, se di regola è il giudice ordinario a conoscere dell’esecuzione⁴³, tanto l’art. 244 del d.lgs. n. 163/2006 quanto l’art. 133, comma 1, lett. e), del d.lgs. n. 104/2010 hanno sempre previsto (implicitamente e esplicitamente) due ipotesi di incursione del giudice amministrativo nella fase esecutiva.

Da un lato, quelle disposizioni non hanno escluso la devoluzione alla giurisdizione

³⁹ In tal senso F. Forte, *I nuovi confini della giurisdizione sui contratti*, in *La gestione del nuovo processo amministrativo: adeguamenti organizzativi e riforme strutturali. Atti del LVI Convegno di studi di scienza dell’amministrazione, Varenna-Villa Monastero – 23-25 Settembre 2010*, Milano, 2011, 191 ss., spec. 222-227.

⁴⁰ Cfr. V. Cerulli Irelli e F. Luciani, *La giurisdizione amministrativa esclusiva nel settore degli appalti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 12, 1339 ss., ove gli AA. affermano che la questione della sorte del contratto si collochi in un ambito nel quale «l’incontro tra manifestazione di potere pubblico (l’aggiudicazione) e situazioni di diritto soggettivo (derivanti dal vincolo negoziale) farebbero ragionevolmente ipotizzare, invero, l’esistenza della giurisdizione amministrativa esclusiva» (p. 1341). Nello stesso senso, si v. F. Saitta, *Contratti pubblici e riparto di giurisdizione*, cit.

⁴¹ Si v. F. Saitta, *Contratti pubblici e riparto di giurisdizione*, cit., ricorda che «è di tutta evidenza, infatti, che i tempi necessari per lo svolgimento di due distinti processi, complessivamente articolati in cinque gradi di giudizio, fanno sì che la pronuncia che finalmente accerterà con efficacia di giudicato la sorte del contratto arrivi quasi sempre quando il contratto stesso è già stato interamente eseguito».

⁴² Modifica apportata dall’art. 7 del d.lgs. 20 marzo 2010, n. 53.

⁴³ Cfr. F. Caringella, *La giurisdizione esclusiva del G.A. in materia di appalti pubblici dopo la legge 205/2000*, in *Urb. app.*, 2001, 1, 70 ss., spec. 72-74. Si consideri che l’A. ha escluso che l’art. 4, comma 1, lett. b) e c), della l. n. 205/2000, fosse determinante ai fini dell’estensione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo alla fase esecutiva: l’applicazione del rito abbreviato ivi disposto per i provvedimenti relativi alle procedure di aggiudicazione, di affidamento e di “esecuzione degli appalti di gare, forniture e servizi” infatti «presuppone, senza fondarla la giurisdizione amministrativa» (p. 74).

amministrativa di legittimità dei ricorsi relativi all'uso dei poteri autoritativi permanenti nella fase esecutiva; dall'altro lato, quelle medesime norme hanno ribadito⁴⁴ l'estensione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo alla fase esecutiva e più in particolare al divieto di rinnovo tacito dei contratti, alle clausole di revisione del prezzo e ai relativi provvedimenti applicativi nei contratti ad esecuzione continuata o periodica (*ex art. 115 del d.lgs. n. 163/2006*), e ai provvedimenti applicativi dell'adeguamento dei prezzi (*ex art. 133, commi 3 e 4, del medesimo decreto*).

3. Considerazioni a margine della disciplina attuale. La pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di cassazione n. 24411/2018: se precisazioni vi sono, confusione vi era, e non è detto che sia risolta

L'analisi che precede ha consentito di dimostrare un dato. Il riparto di giurisdizione in materia (*rectius*, la progressiva devoluzione delle controversie al giudice amministrativo) ha origini molto simili a quelle legate all'introduzione dell'interesse legittimo nel nostro ordinamento.

Così come sono state le ragioni di tutela (ovvero di tutela denegata) ad aver imposto la nascita dell'interesse legittimo e la "riaffermazione" del giudice amministrativo, così nell'ambito degli appalti la (ri)attribuzione della giurisdizione su molteplici momenti della vicenda contrattuale al giudice amministrativo è stata motivata dalla necessità di conferire alla materia un giudice "competente" e "capace" di assicurare una tutela ai soggetti a vario titolo interessati: lo si è detto, l'interesse legittimo è un *posterius* e l'intreccio dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi finisce per essere una condizione non solo autoevidente, ma anche secondaria.

Il dato che rimane da spiegare, ma del quale si è già avvertito, è invece quello relativo alla mancanza di chiarezza dell'attuale sistema di riparto.

La tradizionale narrazione del riparto di giurisdizione in materia di appalti descrive una ripartizione chiara articolata secondo una logica binaria e dicotomica. Il giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva è il giudice della fase pubblicistica. Il giudice ordinario ha giurisdizione invece sulla fase privatistica, perché lì si registrano tendenzialmente situazione di parità fra le parti che implicano la sussistenza di diritti soggettivi.

Come si è detto lo stato delle cose è ben più complesso e articolato: il giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva è anche giudice dell'invalidità del contratto; egli è giudice di alcuni episodi collocati della fase esecutiva e tassativamente

⁴⁴ Perché si tratta di una disposizione invero già prevista dall'art. 6 della l. 24 dicembre 1993, n. 537.

individuati dal legislatore; e quello stesso giudice, ma questa volta in sede di legittimità, conosce anche dei poteri autoritativi che permangono nella fase esecutiva.

Si potrebbe dire che un sistema di tal fatta presenti solo i limiti intrinseci della fisiologica incertezza dei sistemi dualistici di giurisdizione: altrimenti a dirsi, «una incertezza applicativa al margine, non una incongruenza e instabilità del criterio da applicare»⁴⁵. D'altronde se il criterio fosse instabile, si concretizzerebbe senz'altro una violazione del principio della effettività della tutela.

A latere di ogni dubbio sulla congruenza e stabilità del criterio di riparto (*infra* §4 ss.), vi è qui motivo di interrogarsi sulla presunta “normalità” e quindi, in definitiva, dell'irrelevanza dell'incertezza applicativa di un criterio che origina proprio dalla compresenza di due giudici la cui sussistenza è riconosciuta «affinché venga assicurata, sulla base di distinte competenze, una più adeguata risposta alla domanda di giustizia, e non già affinché sia compromessa la possibilità stessa che a tale domanda venga data risposta»⁴⁶.

Ebbene, l'applicazione del criterio di riparto nella materia dei contratti di appalto, così come da ultimo descritto, ai più è apparsa chiara (l'espressione è volutamente vaga ed è impiegata al solo fine di accentuare il clamore per quanto ora si dirà).

«Da tempo», affermava infatti la Cassazione nel 2017, «le Sezioni unite hanno chiarito che “nelle procedure ad evidenza pubblica [...] la cognizione di comportamenti ed atti assunti prima dell'aggiudicazione e nella successiva fase compresa tra l'aggiudicazione e la stipula dei singoli contratti, spetta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo»⁴⁷. Soffermarsi sui termini può essere utile, perché se è “da tempo” che le Sezioni Unite “hanno chiarito”, significa che l'applicazione del criterio è certa e stabile. Ma un conto è dire che lo è stata, altro è dire che lo sia.

Nel 2018, infatti, gli operatori economici, la dottrina e, con sorpresa, le stesse Sezioni Unite scoprono, con la sentenza del 5 ottobre 2018, n. 24411, che l'orientamento “da tempo” ritenuto indubitabile (e peraltro confermato nello stesso 2018⁴⁸) era errato: il giudice del riparto⁴⁹, così come il giudice amministrativo anche nella sua composizione più

⁴⁵ S. Battini, *La giustizia amministrativa in Italia*, cit., 94 (corsivo di chi scrive).

⁴⁶ Cass., sez. un., 9 ottobre 2008, n. 24883.

⁴⁷ Cass., sez. un., 29 maggio 2017, n. 13454.

⁴⁸ Cfr. Cass., sez. un., 9 aprile 2018, n. 8721, secondo cui «nei contratti ad evidenza pubblica, le questioni insorte nella fase anteriore all'aggiudicazione nonché in quella intermedia, ove prevista, fra l'aggiudicazione e la stipulazione del contratto» sono attribuite alla giurisdizione del giudice amministrativo in ragione del rilievo «attribuito, in tali periodi, alla preminenza della posizione della p.a., dotata di poteri di natura pubblicistica». Le Sezioni Unite affermano solo che le controversie relative all'esecuzione anticipata (e quindi sì poste fra l'aggiudicazione e la stipula) dovrebbero essere attribuite del giudice ordinario.

⁴⁹ Cass., sez. un., 8 luglio 2015, n. 14188; 23 luglio 2013, n. 17858; 9 novembre 2012, n. 1939; 5 aprile 2012, n. 5446; 13 marzo 2009, n. 6068.

autorevole⁵⁰ hanno sbagliato. Ciò in quanto dal 2018, con la ricordata sentenza n. 24411/2018 delle Sezioni Unite, la giurisdizione del giudice amministrativo sulla fase pubblicistica si arresta all'aggiudicazione definitiva (salvo poi estendersi ai controlli sull'aggiudicazione): ma, si avverte, l'*excursus* storico ha dimostrato che le Sezioni Unite potrebbero sempre cambiare idea⁵¹ e ciò non può essere obliterato come una fisiologica incertezza, perché, ammesso che non si voglia sostenere che la stabilità a lungo termine (cioè calibrata sui tempi dei *revirements*) abbia una diversa e minore incidenza sulla certezza del diritto, appare sinceramente evidente che un sistema di tal fatta non sia affatto conforme ai principi desumibili da quello di effettività della tutela⁵².

La pronuncia delle Sezioni Unite del 2018 si rivela di grande interesse non solo perché dimostra come la regola del riparto sia lungi dall'averne (e dal garantire) stabilità, ma anche perché frammenta ancora di più l'unitarietà della complessiva operazione economica.

Quello che segue è un elenco infelice, perché ripetitivo e impreciso, ma dovrebbe agevolare la percezione di disorientamento che l'attuale articolazione comporta: a) *giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva* (fase di affidamento); b) *giudice ordinario* (dall'aggiudicazione alla stipula); c) *giudice amministrativo in sede di legittimità* (dall'aggiudicazione alla stipula, in relazione ai casi di esercizio del potere autoritativo, quali quelli di controllo in relazione al consolidamento dell'efficacia dell'aggiudicazione, di revoca dell'aggiudicazione pre-stipula, etc.); d) *giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva* (fra l'aggiudicazione e la stipula, per l'annullamento d'ufficio, perché la "revisione" atterrebbe a vizi attinenti la fase di affidamento); e) *giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva* (sorte del contratto); f) *giudice ordinario* (fase esecutiva); g) *giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva* (fase esecutiva, per le controversie di cui all'art. 133, comma 1, lett. e), n. 2); h) *giudice amministrativo in sede di legittimità* (fase esecutiva, ancora in relazione ai casi di esercizio del potere autoritativo); i) *giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva* (fase esecutiva, ancora in relazione all'annullamento d'ufficio anche a seguito della stipula, perché

⁵⁰ La posizione è implicita in molti passaggi della più volte citata sentenza del Cons. St., ad. plen., 20 giugno 2014, n. 14. Cfr. anche Cons. St., sez. V, 10 febbraio 2010, n. 691; Cass., sez. un., 11 gennaio 2011, n. 391, in *Urb. app.*, 2011, 4, 420 ss., con commento di R. Proietti, *Riparto di giurisdizione e di competenza legislativa in tema di appalti: stipula del contratto e revoca dell'aggiudicazione*; Cons. St., sez. V, 2 maggio 2017, n. 1976

⁵¹ Ancora una volta si fa riferimento ad un'espressione impiegata da S. Battini, *La giustizia amministrativa in Italia*, cit., 88, con riferimento all'interrogativo relativo alla sussistenza di posizioni di diritto soggettivo nei casi di violazione delle regole sull'esercizio del potere autoritativo: «La vigente legge monistica del 1865 dice che può esserci. La Cassazione, interpretandola, dice di no. Ma non sempre. E comunemente potrebbe cambiare idea».

⁵² In merito, si v. M. Luciani, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in *Rivista AIC*, 2014, 4, *passim*.

l'annullamento atterrebbe a vizi attinenti la fase di affidamento).

Ebbene, pare sinceramente aver avuto ragione chi, già prima del 2018, ha perentoriamente affermato che, a guardare gli ambiti di attribuzione del giudice amministrativo, si dovrebbe parlare di un giudice «*part time*»⁵³.

3.1. *Oltre la confusione: contraddizioni e vicissitudini della giurisdizione esclusiva nella vicenda contrattuale*

Ciò che poi desta perplessità nell'articolato sistema che fuoriesce dal combinato disposto dell'ordine legislativo e giurisprudenziale è il carattere contraddittorio del trattamento riservato alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Possono essere identificate tre ipotesi di “manipolazione” della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e ad esse corrisponde un diverso modo di intendere la concentrazione dei giudizi.

Da un lato, vi sono ipotesi in cui la giurisdizione esclusiva potrebbe essere facilmente “invocata” per la sua ammissibilità sotto il profilo teorico-concettuale (data la sussistenza dell'indistricabile intreccio di interessi legittimi e di diritti soggettivi) ma essa è prevista in ragione della sua capacità di concentrare i giudizi: la compresenza delle posizioni qui è motivo di separazione e non è già presupposto per la concentrazione, che infatti viene riconosciuta giudizialmente per soddisfare esigenze di garanzia. È il caso della ricordata vicenda legata alla sorte del contratto, giacché, come si è detto, le Sezioni Unite hanno attribuito quella controversia alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo per soddisfare un'esigenza concreta, senza prendere mai seriamente in considerazione l'art. 103 Cost. (*supra* §2)⁵⁴.

Dall'altro lato, vi sono ipotesi in cui sussiste ancora una volta l'ammissibilità astratta della giurisdizione esclusiva, ma nelle quali, a differenza del caso precedente, si cerca di negare la giurisdizione “unica”: qui il presupposto dell'intreccio ancora una volta è ritenuto inconferente, come pure le esigenze di concentrazione dei giudizi.

Infine, vi sono ipotesi in cui, a fronte di premesse simili, la giurisdizione esclusiva è talvolta affermata e talaltra no in ragione della natura dell'atto.

Queste due ultime ipotesi, prima soltanto invocate quale terreno di contesa (*supra* §2) e di cui ora invece si dirà, sono riferibili rispettivamente al caso della responsabilità precontrattuale e a quello degli atti adottati nella fase esecutiva.

⁵³ A. Angiuli, *Contratto pubblico e sindacato del Giudice Amministrativo*, cit., 105.

⁵⁴ Cfr. anche P. de Lise, *Effettività della tutela e processo sui contratti pubblici*, in www.giustizia-amministrativa.it.

Quanto alla responsabilità per *culpa in contrahendo*, sul punto assumono rilievo alcune sentenze del giudice ordinario e di quello amministrativo ben catalogate dall'Ufficio Studi del Consiglio di Stato proprio in sede di primo commento alla ricordata pronuncia delle Sezioni Unite n. 24411/2018⁵⁵.

Ma per capire il senso di quel contrasto è bene ricordare un dato che appare sinceramente scontato e che invece è talvolta "sopraspeduto". Ebbene, se la giurisdizione del giudice amministrativo prevista per le procedure di affidamento di contratti pubblici, in quanto giurisdizione esclusiva, prevede la cognizione non solo degli interessi legittimi, ma anche dei diritti soggettivi; se la responsabilità precontrattuale presuppone che la controversia sia relativa alla lesione di diritti soggettivi, ciò però non escludendo la sussistenza di interessi legittimi, tenuto conto che il comportamento scorretto dell'amministrazione si fonda comunque sull'esercizio (seppure legittimo) del potere; allora, in queste ipotesi, sussiste sia l'interferenza fra posizioni giuridiche soggettive sia il collegamento con il potere che legittimerebbe l'attribuzione della controversia alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Quelle che precedono non sono asserzioni di chi scrive, ma corrispondono al tenore di un celebre arresto della adunanza plenaria del Consiglio di Stato⁵⁶; ma si tratta comunque di affermazioni del tutto condivisibili, perché corrispondono al senso della tradizionale interpretazione che la dottrina e la giurisprudenza hanno fornito in relazione all'ammissibilità delle ipotesi di giurisdizione esclusiva⁵⁷. E così, come è stato sostenuto in relazione all'estensione della giurisdizione esclusiva sulla sorte del contratto, anche in relazione all'ambito della responsabilità precontrattuale vi è allora da chiedersi: «se la giurisdizione esclusiva non fosse consentita in simili ipotesi, in quali altre sarebbe lecito prevederla?»⁵⁸.

Vi è però che a margine di alcuni arresti giurisprudenziali conformi alla suesposta

⁵⁵ Consiglio di Stato, Ufficio Studi, *Sezioni unite: il segmento procedimentale tra l'aggiudicazione e la stipula del contratto esula dalla giurisdizione esclusiva del G.A.*, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁵⁶ Cons. St., ad. plen., 5 settembre 2005, n. 6. In dottrina si v. V. Cerulli Irelli e F. Luciani, *La giurisdizione amministrativa esclusiva nel settore degli appalti pubblici*, cit., 1340.

⁵⁷ Cfr. Cass., sez. un., ord., 29 maggio 2017, n. 13454, in *Corr. giur.*, 2017, 1011, secondo cui «Il legislatore del 2000 così come quello del cod. proc. amm. (art. 133) prevedono la cognizione, da parte del giudice amministrativo, sia delle controversie relative a interessi legittimi della fase pubblicistica sia delle controversie di carattere risarcitorio originate dalla caducazione di provvedimenti della fase pubblicistica, ovverosia le pretese di sostanziale responsabilità precontrattuale. Si realizza, infatti, quella situazione d'interferenza tra diritti e interessi, tra momenti di diritto comune e di esplicazione del potere che si pongono a fondamento costituzionale delle aree conferite alla cognizione del giudice amministrativo, [...] riguardo ad atti e comportamenti assunti prima dell'aggiudicazione o, come nella specie, nella successiva fase compresa tra l'aggiudicazione e la mancata stipula del contratto».

⁵⁸ F. Saitta, *Contratti pubblici e riparto di giurisdizione*, cit.

tesi⁵⁹ sussistono anche tesi favorevoli a riconoscere la giurisdizione del giudice ordinario e che fondano l'assunto su di riduttiva interpretazione del collegamento mediato fra diritto soggettivo e potere autoritativo⁶⁰.

Inutile dire che, stando così le cose, al lungo elenco poc'anzi riportato (*supra* §3) dovrebbero aggiungersi altre ipotesi di incursione del giudice ordinario nella fase normalmente conosciuta da quello amministrativo. Avvertimento questo che non vale solo a rievocare (e a giustificare) il riferimento al balletto delle giurisdizioni di cui prima si sospettava solo la presenza, ma è un'avvertenza che si impone necessariamente dal momento che la responsabilità precontrattuale è stata estesa anche alla fase precedente a quella ricompresa fra l'aggiudicazione e la stipula del contratto. Se la tesi favorevole alla devoluzione al giudice ordinario delle controversie sulla responsabilità precontrattuale dovesse essere accolta, rimarrebbe qui allora da domandarsi cosa ne sia della concentrazione dei giudizi e fino a che livello possa essere esasperata la frammentazione delle sedi competenti su di una vicenda unitaria.

Ciò detto in relazione alla responsabilità precontrattuale, vi è da soffermarsi sul diverso "impiego" della giurisdizione esclusiva a fronte degli atti adottati dall'amministrazione nella fase esecutiva del contratto.

Si è già ampiamente argomentato (*supra* cap. II, sez. II, §2 e 3.1.) in relazione alla tradizionale lettura in chiave privatistica degli atti di autotutela esercitati nella fase esecutiva del rapporto. Si è detto delle criticità che siffatta interpretazione lascia aperte e si è cercato di fornire una prospettiva alternativa che concili i due regimi applicabili sotto la formula "atti amministrativi negoziali". Ma ciò che qui rileva è un altro aspetto. Non si tratta di insistere sulla disapprovazione rispetto all'orientamento che iscrive acriticamente nelle maglie del diritto privato una serie di atti per il sol fatto di essere collocati nella fase esecutiva, ma è piuttosto opportuno enfatizzare le contraddizioni che il sistema

⁵⁹ Cfr. Tar Toscana, Firenze, sez. I, sentenza 5 marzo 2014, n. 418, in *Resp. civ. prev.*, 2014, 5, 1678 ss., con nota di F. Geuna, *La responsabilità precontrattuale nei contratti pubblici sussiste solo in caso di legittimo affidamento*; Cons. St., sez. IV, 11 novembre 2008, n. 5633.

⁶⁰ Il che, se non si va errando, è desumibile da un'affermazione della Cass., sez. un. 24 settembre 2018, n. 22435, ripresa dal Tar Lombardia, Milano, sez. III, 12 ottobre 2018, n. 2267, nell'ambito di una argomentazione, riferita sì ad un caso di contestazione della responsabilità precontrattuale da parte della stazione appaltante nei confronti del privato, ma impiegata in senso ben più ampio. Secondo le pronunce citate, con riferimento alle materie attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, deve tenersi fermo il *discrimen* tra il risarcimento per illegittimità del provvedimento e quello da lesione dell'affidamento ingenerato dal comportamento dell'amministrazione, «rimanendo privo di rilievo che tale comportamento sia più o meno direttamente connesso all'esercizio dell'attività appartenente al settore di competenza esclusiva». In quest'ultimo caso, secondo le sentenze citate, il soggetto leso non contesterebbe la lesione di un suo interesse legittimo, ma un danno derivante dall'affidamento riposto sulla legittimità dell'attribuzione favorevole poi caducata: «viene quindi in rilievo in questa ipotesi non solo la situazione lesa, che peraltro è riferibile a un diritto soggettivo e non a un interesse legittimo, ma anche la natura stessa del comportamento lesivo che non consiste tanto ed esclusivamente nella illegittimità dell'agire della p.a. ma piuttosto nella violazione del principio generale del *neminem laedere*».

restituisce all'interprete.

Può dirsi che la natura di un atto dipenda dalla giurisdizione che lo conosce?

La storia insegna che sì è possibile. L'inquadramento della fase di scelta del contraente nell'alveo privatistico e, a partire dalle distorsioni in punto di tutela prodotte dalla l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. E, l'opposta qualificazione in termini meramente pubblicistici dovrebbero indurre a rammentare che la natura dell'attività e (conseguentemente) delle posizioni giuridiche vantate sono spesso un *posterius*.

Ulteriori indicazioni in tal senso possono però farsi derivare dall'art. 133, comma 1, lett. e), n. 2, del d.lgs. n. 104/2010⁶¹, perché si tratta di una disposizione che lascia aperto un profilo di non poco rilievo.

Quasi ogni atto della fase privatistica viene ritenuto atto paritetico⁶² e quindi attratto alla giurisdizione del giudice ordinario perché involgente posizione di diritto soggettivo. E allora perché per le ipotesi previste dall'art. 133, comma 1, lett. e), n. 2, si è sentita l'esigenza di una giurisdizione esclusiva?

È una domanda a cui è difficile dare risposta, non solo perché quanto previsto dall'art. 133 è oramai "un dato di fatto" per la giurisprudenza – le ipotesi previste dal n. 2 della lett. e) vengono tralattivamente ricordate come fattispecie a margine (se è consentito, dei "salvo che") – ma anche perché, a ben guardare, nella sostanza quelle fattispecie non si distinguono in misura determinante dagli altri "poteri privatistici" esercitati dall'amministrazione nella fase esecutiva.

Non si vuole negare che nei casi di divieto di rinnovo tacito del contratto o di revisione e adeguamento dei prezzi sussistano i presupposti per l'attribuzione delle controversie alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo⁶³. Anzi che la devoluzione sia legittima è fatto ampiamente dimostrato in dottrina⁶⁴.

Per quanto riguarda le controversie relative al divieto di rinnovo tacito del contratto,

⁶¹ Si tratta di dubbi che, stante la coincidenza delle disposizioni, varrebbero (se non fosse stato abrogato) anche per l'art. 244 del d.lgs. n. 163/2006, in relazione al quale peraltro, muovendo dall'attribuzione delle controversie risarcitorie alla giurisdizione esclusiva, era emerso un'incertezza in dottrina sulla possibile estensione della giurisdizione del giudice amministrativo oltre le ipotesi recate dallo stesso art. 244. In tal senso cfr. G. Misserini, *Fase di esecuzione degli appalti pubblici e conseguente riparto di giurisdizione*, in *Urb. app.*, 2006, 8, 933 ss. L'A. proprio in relazione ad atti di cui qui ci si è a lungo interrogati (atti di autotutela privatistica) ipotizza una conclusione, rispetto alla quale prende poi subito le distanze: «la stretta connessione che sussiste fra azione finalizzata al vaglio dell'atto di rescissione o di risoluzione e quella tesa al ristoro dei danni patiti, dovrebbe condurre a ritenere appartenere allo spettro della giurisdizione amministrativa esclusiva anche la prima tipologia di azione». Ma, come si diceva, subito dopo l'A. esclude questa interpretazione ermeneutica, perché ciò avrebbe condotto ad un eccesso di delega: il legislatore delegato, per l'A., quindi, avrebbe solo inteso «confermare la regola generale di cui all'art. 7, comma 3, della legge TAR».

⁶² Si v. l'ampia analisi di S. Vinti, *Limiti funzionali all'autonomia negoziale*, cit., 449 ss.

⁶³ Si v. l'*excursus normativo-giurisprudenziale* svolto da S. Salvago, *La ripartizione della giurisdizione negli appalti pubblici*, in *Giust. civ.*, 2013, 11-12, 771 ss.

⁶⁴ Cfr. V. Ricciuto V. e A. Nervi, *Il contratto della pubblica amministrazione*, cit., 239-240.

infatti, sebbene il giudice amministrativo sia chiamato a conoscere di un comportamento dell'amministrazione, in dottrina la legittimità della devoluzione è sostenuta «per la connessione tra il rinnovo vietato e il cattivo esercizio del potere da parte dell'amministrazione che ha proceduto senza gara al nuovo affidamento»⁶⁵.

Per quanto attiene alla revisione e all'adeguamento dei prezzi, invece, la giurisdizione esclusiva si giustifica in ragione della compresenza delle posizioni di interesse legittimo e di diritto soggettivo⁶⁶. Il primo sarebbe relativo all'*an* della revisione – questa essendo «correlata all'esercizio di un potere discrezionale riconosciuto dalla norma alla stazione appaltante, sulla base di valutazioni correlate a preminenti interessi pubblici» – mentre il secondo atterrebbe al *quantum* della variazione, ovvero all'«entità di un diritto soggettivo»⁶⁷.

Ciò che si contesta è il fatto che per attività del tutto assimilabili – si pensi al recesso dal contratto – sia negata la giurisdizione esclusiva.

La giurisprudenza e la dottrina giustificano il fatto sulla base della presunta assenza di posizioni di interesse legittimo. Ma vi è da chiedersi allora perché in relazione all'*an* della rideterminazione dei prezzi sussistano posizioni di interesse legittimo e non così anche in relazione alla posizione vantata dal privato a fronte della determinazione della p.a. di recedere o di risolvere il contratto: non ricorrono in entrambi i casi quelle «valutazioni correlate a preminenti interessi pubblici»⁶⁸ che secondo la giurisprudenza e la dottrina giustificano la sussistenza di interessi legittimi? E in senso diametralmente opposto, cioè volto ad attrarre anche la revisione dei prezzi nell'alveo degli atti a matrice esclusivamente privatistica, non vi è nel codice civile una disposizione cui ricollegare un potere di tal fatta? Ebbene, se sotto la vigenza del d.lgs. n. 163/2006, l'art. 115 prevedeva

⁶⁵ V. Cerulli Irelli e F. Luciani, *La giurisdizione amministrativa esclusiva nel settore degli appalti pubblici*, cit., 1347. Cfr. Cons. St., sez. V, 8 luglio 2008, n. 3391, che chiaramente afferma che «l'impresa ricorrente fa valere il suo interesse legittimo al rispetto delle norme dettate in materia di scelta del contraente e l'eventuale nullità o inefficacia della clausola contrattuale che preveda un rinnovo o una proroga va accertata in via incidentale dal giudice amministrativo, competente a conoscere in via principale della eventuale lesione del predetto interesse legittimo». Se non si va errando, legge criticamente quella devoluzione A. Angiuli, *Contratto pubblico e sindacato del Giudice Amministrativo*, cit., 96, laddove ricorda che alla base della controversia relativa al mancato rinnovo non vi sia alcun provvedimento amministrativo. In generale, sul rinnovo dei contratti pubblici si v. le riflessioni di S. Calvetti, *C'era una volta, il rinnovo dei contratti pubblici*, in *Urb. app.*, 2012, 4, 432 ss.; Id., *È davvero ammissibile il rinnovo "espresso" dei contratti pubblici?*, in *Urb. app.*, 2014, 10, 1083; Id., *Proroghe, affidamenti diretti ed immodificabilità del contratto*, in *Urb. app.*, 2018, 4, 562 ss.

⁶⁶ Che, è bene precisare, prima dell'adozione dell'art. 244 del d.lgs. n. 163/2006 legittimava in giurisprudenza la separazione delle sedi decisionali, con la conseguenza che il giudice amministrativo aveva giurisdizione sull'*an*, mentre quello ordinario sul *quantum* della revisione o adeguamento. Cfr. Cass., civ., 13 settembre 2005, n. 18126, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 9, 1286.

⁶⁷ V. Cerulli Irelli e F. Luciani, *La giurisdizione amministrativa esclusiva nel settore degli appalti pubblici*, cit., 1345. *Contra*, F. Liguori, *La funzione amministrativa, l'autoritatività e il diritto privato*, in *La funzione amministrativa. Aspetti di una trasformazione*, Napoli, Editoriale scientifica, 2009, 10 ss., spec. 50 ss.

⁶⁸ *Ex multis* Cass., sez. I, 15 novembre 2016, n. 23278 e Id., sez. un., 23 luglio 2015, n.15474.

l'inserimento obbligatorio nei contratti della clausola di revisione dei prezzi, *quid iuris* ora che l'art. 106, comma 1, lett. a), del d.lgs. n. 50/2016, prevede la facoltatività dell'inserimento della clausola? La disposizione di cui all'art. 106 rimarrebbe certo speciale, ma non vi sarebbe una qualche coincidenza con "la facoltà riconosciuta ai privati" dall'art. 1664 c.c. «che ha natura dispositiva, essendo rimessa alla volontà delle parti»⁶⁹? Vi è allora che le coincidenze e confronti, spesse volte impiegate per sostenere la natura privatistica di molti degli atti che intervengono nella fase dell'esecuzione, sono poi raramente ricordate e rievocate quando vi è una norma, come l'art. 133 c.p.a. che destina l'atto e la sua controversia alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo⁷⁰.

3.2. *Un argumentum ab auctoritate sull'incertezza del riparto*

Nella seconda sezione del secondo capitolo si è dato conto dell'incertezza che gravita attorno alla qualificazione pubblicistico-provvedimentale o negozial-privatistica di molti istituti che hanno naturale collocazione nella fase che segue la stipula. Come già evidenziato, la riconducibilità di quegli atti al *genus* pubblicistico o privatistico ha immediati riflessi in punto di giurisdizione ed anzi in dottrina si è segnalato il fatto che spesso la presa di posizione muova dall'esigenza pragmatica di attribuire la relativa controversia al giudice ordinario o di converso a quello amministrativo⁷¹ (*supra* cap. II, sez. II, §2).

Si tratta di una situazione che produce una grave incertezza e che dà motivo di dubitare dell'efficacia dell'attuale sistema processuale nella materia *de qua*⁷², la cui insufficienza, trent'anni fa, era stata sanzionata dal Considerando n. 4 della Direttiva 1989/665/CEE come fatto che "dissuade le imprese comunitarie dal concorrere nello Stato dell'autorità aggiudicatrice interessata". Poco importa se quella Direttiva, così come quella del 2007, si riferivano ai ricorsi contro le violazioni della normativa comunitaria

⁶⁹ Cons. St., sez. III, 19 giugno 2018, n. 3768.

⁷⁰ A uguali conclusioni si è giunti in relazione agli atti della fase dell'evidenza pubblica (*supra* cap. II, sez. II, §2).

⁷¹ Così, A. Angiuli, *Contratto pubblico e sindacato del Giudice Amministrativo*, cit., 114.

⁷² Si consideri a tal riguardo l'ulteriore frammentazione che sarebbe prodotta dall'accettazione della tesi sostenuta da S. Vinti, *Limiti funzionali all'autonomia negoziale*, cit., 587-593. Per l'A. gli atti adottati dall'amministrazione nella fase esecutiva, in quanto atti negoziali, sarebbero conosciuti dal giudice ordinario, ma poiché la loro adozione è gravata da un dovere imposto dalla funzionalizzazione «è necessario immaginare che vi sia un soggetto titolare di una posizione attiva correlata» che, anche in qualità di terzo, sia legittimato ad agire dinanzi al giudice amministrativo «affinché l'amministrazione eserciti i doverosi poteri» (p. 587). Ciò che qui merita di essere evidenziato è l'ulteriore frammentazione delle sedi titolari della giurisdizione sulla fase esecutiva, anche se a margine di questo profilo vi è da segnalare una contraddizione data dal fatto che, se non si va errando, la suesposta interpretazione esclude da un lato l'autoritatività del potere (e quindi il sindacato del giudice amministrativo) e dall'altro riconosce la facoltà dei terzi di attivarsi dinanzi ad esso per l'inadempimento del dovere di agire per realizzare l'interesse pubblico (il che, postulando la titolarità di un interesse legittimo, presupporrebbe la sussistenza di un potere autoritativo).

relativa alla sola fase della procedura di aggiudicazione (e al più dell'infrazione dello *stand still period*), perché è dato segnalato da più parti che la Direttiva 2014/24/UE si riferisca in via del tutto innovativa anche alla fase esecutiva⁷³. Se è permesso prendere a prestito una felice formula – altrove impiegata ma pur sempre nell'ambito di una dotta argomentazione sulla revisione del riparto di giurisdizione (*infra* §4.2.) – si dovrebbe passare da una *lettura storica* del fine delle “direttive ricorsi” ad una lettura per *combinato disposto* rispetto all'estensione dell'oggetto di interesse della più recente normativa europea.

Così come si è scelto di non elencare ogni vicenda della fase esecutiva, così in questo paragrafo sarebbe ultroneo descrivere tutti i contrasti giurisprudenziali che sono maturati su quelle fattispecie, ovvero sulla loro natura e quindi sulla giurisdizione invocabile. È conveniente allora fare ricorso ad un *argumentum ab auctoritate*, ma non già “scorrettamente” per trovare una conferma del dubbio qui evocato, quanto piuttosto per dare voce a chi – in qualità di Presidente del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana e ben conoscendo (dall'interno) i molteplici contrasti giurisprudenziali sorti sulle controversie attinenti alla fase esecutiva – ha denunciato, muovendo da un certo dichiarato *favor* per l'attribuzione “in blocco” della materia al giudice amministrativo, l'affanno secolare «su un tema complesso, che invece dovrebbe essere il più elementare del mondo, perché è la preconditione perché la giustizia possa funzionare con efficienza»⁷⁴.

Ciò che più interessa non è già la soluzione che viene accordata da Rosanna De Nicolis⁷⁵, ma il quadro giurisprudenziale che in quella sede viene tratteggiato e che dà conferma di un disordine imperante, rispetto al quale si invoca una nuova stagione di pronunce «orientate in favore non già di soluzioni autoreferenziali e conservative di competenze, ma di soluzioni semplici e razionali che assicurino la concentrazione delle tutele, in una data materia, davanti a un unico giudice, secondo un principio riconosciuto dalla stessa Corte costituzionale come l'essenza della giurisdizione esclusiva».

Possono essere qui riportati tre esempi emblematici: la contesa giurisdizione sulle *jus variandi*, sul subappalto e sulla cessione del contratto di appalto.

Per quanto concerne le modifiche e varianti in parte la questione è già stata anticipata (*supra* cap. II, sez. II, §2); ciononostante, merita qui di essere ribadito il frastagliato quadro giurisprudenziale sul tema riparto nelle relative controversie. Da un lato, infatti, parte della giurisprudenza amministrativa afferma la propria giurisdizione, peraltro in sede di

⁷³ Cfr. A. Cicchinelli, *L'esecuzione dei contratti e la tutela dell'ambiente*, cit. e A. Lamorgese, *La rilevanza pubblica dell'esecuzione del contratto di appalto con la pubblica amministrazione*, cit., *passim*.

⁷⁴ R. De Nicolis, *Il riparto di giurisdizione in materia di pubblici appalti*, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁷⁵ La quale apertamente cerca «momenti pubblicistici» nella fase esecutiva. Prospettiva questa che è legittima, ma che, come si è detto, non esce dall'*impasse* e che per le ragioni che seguiranno deve ritenersi superata da un diverso modo di intendere il riparto.

giurisdizione esclusiva, sul presupposto che, benché l'approvazione delle varianti avvenga nella fase esecutiva, la relativa determinazione «involge pur sempre aspetti inerenti l'affidamento di lavori pubblici, nella forma di atti di sottomissione ovvero di contratti accessori al contratto di appalto»⁷⁶; dall'altro lato, invece, altra giurisprudenza amministrativa afferma la giurisdizione del giudice ordinario in virtù della collocazione temporale della fattispecie e soprattutto sulla base del già ricordato approccio atto a valorizzare il confronto con il corrispondente istituto civilistico, giungendo così alla conclusione che si tratterebbe «di un potere di modifica unilaterale del contratto di appalto che partecipa della stessa natura del “potere di diritto privato” riconosciuto al committente, anche per i contratti di appalto tra privati, dagli artt. 1661 c.c.»⁷⁷.

Quanto al subappalto, invece, l'attuale riparto di giurisdizione si articola su tre “livelli”. Le questioni inerenti al contratto di subappalto sono attribuite al giudice ordinario. Al pari, sono attribuite al giudice ordinario le controversie relative alle obbligazioni nascenti dal subappalto, ovvero quelle attinenti ai pagamenti della stazione appaltante nei confronti del subappaltatore e quelle relative alla remunerazione dovuta da quest'ultimo nei confronti dei propri dipendenti. In tutti questi casi si controverte di atti di natura privatistica collocati in un rapporto paritario. Vi sono infine i casi relativi al procedimento di autorizzazione al subappalto e, come noto, se manca il provvedimento autorizzatorio il subappalto è nullo⁷⁸.

Per una parte degli interpreti, la mancata autorizzazione del subappalto sarebbe atto privatistico ascrivibile al *genus* definito dall'art. 1656 c.c.⁷⁹ o, fuoriuscendo dalla configurazione di un diritto privato speciale, si afferma comunque la natura vincolata dell'attività, così escludendo la sussistenza del potere autoritativo⁸⁰. Il che talvolta, ovvero proprio nel caso da ultimo citato, avviene non senza qualche contraddizione, laddove dapprima si afferma l'assenza della ponderazione di interessi ai fini del rilascio dell'autorizzazione, ma poi subito dopo si ammette che, una volta accertato il possesso dei requisiti, l'amministrazione sarebbe comunque chiamata a decidere se l'esecuzione possa «trarre giovamento dal coinvolgimento di un'altra impresa»: e allora verrebbe da chiedersi dove

⁷⁶ Tar Umbria, 28 ottobre 2016, n. 677.

⁷⁷ Tar Calabria, Catanzaro, sez. I, 24 febbraio 2017, n. 321.

⁷⁸ Cfr. Tribunale Bari, sez. IV, 2 marzo 2017, n. 1124.

⁷⁹ Tar Lazio, Roma, sez. III, 23 gennaio 2010, n. 776, secondo cui «la decisione di ricorrere al subappalto non sembra in alcun modo riconducibile alle procedure di scelta dell'affidatario, traducendosi essenzialmente in una peculiare modalità esecutiva dell'opera, rimessa, come tale, alla determinazione delle parti».

⁸⁰ In tal senso Tar Lazio, Roma, sez. III, 4 gennaio 2010, n. 34, secondo cui la disciplina del codice appalti non definisce una «diversità ontologica del potere permissivo, ove esercitato dal committente pubblico, rispetto a quello conferito dall'art. 1656 cod. civ., non risultando delineato dalla normativa di settore alcun ambito di discrezionalità amministrativa entro il quale procedere alla consueta ponderazione degli interessi in gioco». Sulla sussistenza del potere autoritativo nei casi di attività vincolata si v. *infra* §4.1.

non stia nella vicenda in esame la ponderazione degli interessi.

Per altra parte della giurisprudenza, invece, le controversie in esame apparterrebbero alla giurisdizione del giudice amministrativo, perché non si discuterebbe «dell'applicazione del regolamento negoziale, ma di disposizioni pubblicistiche che presidiano finalità diverse dalla esecuzione dell'opera»⁸¹.

Senonché anche questo filone giurisprudenziale presenta alcuni problemi applicativi a margine, se non altro perché è poi dubbio se la giurisdizione del giudice amministrativo sia quella di sola legittimità⁸² o piuttosto quella esclusiva. Con l'ulteriore annotazione che l'operazione ermeneutica svolta dai sostenitori della giurisdizione esclusiva – secondo i quali «si potrebbe, con un “oculato utilizzo” della dizione “procedure di affidamento” [...] ritenere che anche l'affidamento in subappalto è in fondo una sub-procedura di affidamento all'interno di quella di scelta del contraente, quasi un’“appendice” procedurale da ricondurre nell'alveo dell'art. 244»⁸³ – reitera l'*impasse* che vige in materia, promuovendo quel sistema di reciproche forzature che non aiutano il sistema, ma che anzi lo frammentano.

Ebbene, in questo “errore” pare incorrere anche chi si citava all'inizio del paragrafo con l'*argumentum ab auctoritate*. Il che non vale solo a escludere l'acriticità del richiamo operato ad inizio paragrafo, ma è anche utile ad evidenziare che il mantenimento della frammentazione e, a contrario, la pretesa unificazione della giurisdizione si risolvono sempre in operazioni parziali, se condotte muovendo per confronto con gli omologhi istituti privatistici o pubblicistici. Il che, per chiudere sul punto, è stato fatto non solo dai sostenitori della giurisdizione ordinaria (in virtù del rinvio all'art. 1656 c.c.), ma anche, come si è appena anticipato, dai patrocinatori della giurisdizione unica alla luce dell'equivalenza fra ammissione alla gara e autorizzazione al subappalto⁸⁴.

Verrebbe da chiedersi quante e quanto forzate debbano essere le operazioni da svolgere per ricostruire dall'esterno una giurisdizione unitaria sulla materia contrattuale. Difatti, la via del collegamento di ogni atto esecutivo rispetto al potere presupposto esercitato in sede di gara non si reggerebbe su di un vero e proprio collegamento giuridico, quanto piuttosto (ma non è detto che ciò sia necessariamente errato) sulla descrizione cronologico-temporale degli eventi, perché il potere esercitato a monte della gara (ammesso che sia potere autoritativo⁸⁵) deve sempre dirsi avvinto in un nesso di presupposizione necessaria rispetto ad ogni atto o comportamento della fase esecutiva che, come

⁸¹ Tar Sicilia, Palermo, sez. I, 13 aprile 2010, n. 4961. Cfr. in dottrina, A. Valletti, *Il giudice amministrativo e il subappalto: più di un'occasione mancata*, in *Urb. app.*, 2008, 4, 475 ss.

⁸² Così, Cons. St., sez. V, 21 novembre 2007, n. 5906.

⁸³ A. Valletti, *Il giudice amministrativo e il subappalto: più di un'occasione mancata*, cit., 477.

⁸⁴ Così, R. De Nictolis, *Il riparto di giurisdizione in materia di pubblici appalti*, cit., 29.

⁸⁵ *Contra*, F. Merusi, *Annullamento dell'atto amministrativo e caducazione del contratto*, cit., 575.

tale, altrimenti non esisterebbe. Poche certezze sarebbero poi garantite dall'enucleazione di singoli episodi di autoritatività o dalla riconduzione di alcuni istituti nell'alveo delle "procedure di affidamento" di cui all'art. 133 c.p.a., se non altro perché l'unitarietà della giurisdizione deriverebbe, in maniera del tutto farragিনosa, dalla sommatoria di singoli segmenti.

E così, se si volesse procedere per quest'ultima via si dovrebbe riprendere da capo il discorso per ogni ulteriore "frammento".

Il che potrebbe essere certamente fatto ad esempio anche per il tema della cessione del contratto di appalto⁸⁶, ma l'operazione appare sinceramente superflua perché ci si troverebbe dinanzi al consueto stallo. Basti considerare, per fugare ogni dubbio in merito, che a fronte della soluzione accordata dalle Sezioni Unite – secondo cui la verifica svolta dalla stazione appaltante per l'autorizzazione della modificazione soggettiva dell'esecuzione «non costituisce esplicazione di autorità o di comparazione e ponderazione di interessi»⁸⁷ – parte degli interpreti ha sostenuto la preferenza per l'attribuzione delle controversie al giudice amministrativo; il che è stato sostenuto non solo muovendo dalla similitudine con la verifica che si svolge in sede di aggiudicazione, ma anche in forza del richiamo alla tesi favorevole alla giurisdizione amministrativa patrocinata proprio dal pubblico ministero nella requisitoria presentata nel ricorso alle citate Sezioni Unite⁸⁸: il che confermerebbe, secondo una lettura filosofica del fenomeno, che "tutto può essere il contrario di tutto", ma solleciterebbe al contempo, secondo la prospettiva giuridica, una certa sfiducia nella stabilità del sistema e, in definitiva, nella certezza del diritto.

4. L'irraggiungibile e l'attuabile a Costituzione invariata. Dalla frammentazione alla unitarietà, attraverso la rilettura dei vincoli costituzionali: il giudice amministrativo come giudice dell'intera vicenda contrattuale

Nelle pagine che precedono si spera di aver descritto l'attuale condizione di forte frammentazione e confusione che perversa nella materia del riparto di giurisdizione nel settore degli appalti. Si è anche spiegato perché le ricostruzioni fino ad ora proposte per l'attribuzione dell'intera vicenda alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo siano, non già inammissibili, ma quantomeno insufficienti e insicure.

Vi è quindi l'esigenza di fornire un'ipotesi risolutiva e alternativa rispetto a quelle già evocate.

⁸⁶ Oggi prevista dall'art. 106, comma 1, lett. d) del d.lgs. n. 50/2016.

⁸⁷ Cass., sez. un., 18 novembre 2016, n. 23468.

⁸⁸ Così, R. De Nictolis, *Il riparto di giurisdizione in materia di pubblici appalti*, cit., 30-32.

Come si dirà a breve, l'ordinamento consente di giungervi, muovendo da una ricostruzione più sistematica e pervenendo ad una revisione del riparto a costituzione invariata, perché ciò che si ritiene possibile riformare non è già l'art. 103 Cost., ma l'interpretazione che di quell'articolo è stata data dalla Corte costituzionale nella celebre sentenza n. 204/2004. Più in particolare, e senza anticipare rilievi che saranno oggetto di maggiore approfondimento nel prosieguo, lo studio si articolerà nei seguenti passaggi. Attraverso la valorizzazione a livello sistematico di alcuni arresti della Corte costituzionale e dei consequenziali interventi legislativi (*infra* §4.1.) si cercherà di giustificare le ragioni teoriche a favore di una rinnovata estensione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo; sulla base di queste premesse sarà allora possibile confrontarsi con una illuminante tesi avanzata da Fabio Merusi (*infra* §4.2.).

Sia poi consentita una annotazione di metodo. Si è qui scelto di procedere evitando infruttuose esposizioni degli approdi a cui è giunto il giudice delle leggi nella sentenza n. 204/2004, perché si tratta di un arresto già ampiamente conosciuto. Al contrario, si è preferito recuperare parte delle conclusioni della Consulta muovendo da ciò che qui è più utile, ovvero da alcune delle critiche che sono state elaborate da una parte degli interpreti.

Si deve allora prioritariamente affermare che se il sistema italiano è annoverabile fra i modelli dualistici – essendovi una compresenza di due ordini giudiziari diversi, quello ordinario e quello amministrativo «fra i quali è divisa in parti uguali la giurisdizione nei confronti della pubblica amministrazione»⁸⁹ – la giurisdizione esclusiva, si consenta

⁸⁹ M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, Bologna, il Mulino, 2002, 65. Si v. anche S. Battini, C. Franchini, R. Perez, G. Vesperini e S. Cassese, *Manuale di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 2014, 474. Si consideri che dalla lettura del testo costituzionale emerge(va) un sistema alquanto diverso sia da quello francese – poiché le controversie conoscibili dal giudice amministrativo italiano sono qualitativamente diverse e numericamente inferiori a quelle riconducibili ai *services publics*, che riguardano l'attività «esercitata con strumenti non autoritativi, cioè senza far uso di *puissance publique*» (A. Sandulli, *La tutela giurisdizionale nelle «controversie in materia di pubblici servizi»*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2001, 5, 789 ss., spec. 794 – sia da quello tedesco – perché in Italia le controversie di cui sia parte la pubblica amministrazione sono conosciute tanto dal giudice amministrativo quanto da quello ordinario in base alla situazione giuridica dedotta in giudizio (così, A. Carbone e C. Bellesini, *Riparto di giurisdizione e controversie di diritto pubblico*, in *La giustizia amministrativa in Italia e in Germania: contributi per un confronto*, a cura di V. Cerulli Irelli, Milano, Giuffrè, 2017, 31 ss., spec. 34). L'evoluzione normativa e giurisprudenziale ha invece dimostrato il contrario. Il sistema infatti è stato dapprima orientato verso il modello francese del *service public* e del *bloc de compétences* sulla spinta rispettivamente degli artt. 33 e 34 del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, così come modificato dall'art. 7 della l. 21 luglio 2000, n. 205. In tal senso, si v. S. Cassese, *Verso la piena giurisdizione del giudice amministrativo: il nuovo corso della giustizia amministrativa italiana*, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, 12, 1221 ss., spec. 1222, secondo il quale il legislatore delegato ha adoperato più di un metodo per fondare la giurisdizione esclusiva: quello del servizio pubblico, quello basato sull'elencazione di materie, alcune a titolo meramente esemplificativo, altre con un maggiore criterio di tassatività. Si v. altresì A. Sandulli, *op. cit.*, 791-801. In tal senso anche, Cons. St., ad. plen., ordinanza, 30 marzo 2000, n. 1, in *Corr. giur.*, 2000, 5, 600, secondo cui il legislatore delegato avrebbe «richiamato un concetto indeterminato, quanto mai elastico e poliseno, nella consapevolezza che esso è stato già utilizzato (con la formazione di una stabile giurisprudenza) per ripartire la giurisdizione tra i giudici dell'autorità giudiziaria e quelli del contenzioso amministrativo nell'ordinamento francese (in cui, in estrema sintesi, il tribunale dei conflitti ha sostanzialmente ritenuto che i giudici amministrativi abbiano giurisdizione quando vi siano controversie per le quali non debba applicarsi il solo diritto privato)». A seguito poi delle sentenze

l'azzardo, potrebbe avverare in potenza un'ipotesi domestica, ma eccezionale, di monismo giudiziale inerente alle vicende coinvolgenti la pubblica amministrazione. Il che è chiaro solo che si consideri che, se la giustificazione della giurisdizione esclusiva è tradizionalmente ancorata alla sussistenza di un indistricabile intreccio tra diritti e interessi legittimi nella materia devoluta alla sua cognizione, è stato però correttamente affermato che è «spesso non difficile distinguere le diverse situazioni soggettive nelle materie di giurisdizione esclusiva»: sicché essa in definitiva «obbedisce all'esigenza di *concentrare* in un'unica sede giurisdizionale la tutela di situazioni soggettive spesso connesse ad un unico rapporto giuridico»⁹⁰.

Come risaputo, però, e qui sta la prima critica, la Corte costituzionale con la sentenza n. 204/2004 ha di fatto neutralizzato le potenzialità (e quindi l'evoluzione) della giurisdizione esclusiva, che in pochi anni ha visto mutare, con alterne fortune, il proprio ruolo e la propria rilevanza. Fino al 2004, essa è stata determinante e altresì capace di subentrare a quella, «piuttosto residuale»⁹¹, di legittimità; ma poi, cioè dopo il 2004, è stata dissolta⁹² in quest'ultima e quindi (in teoria) è divenuta inesistente: perché se il criterio di riparto è definito rispetto alle particolari materie in ragione dell'esistenza o dell'inesistenza del potere amministrativo⁹³ «ebbene si nega la ragione stessa dell'esistenza della giurisdizione esclusiva»⁹⁴.

La critica è corretta, ma è stata contraddetta dall'evoluzione normativa successiva,

della Corte costituzionale del 6 luglio 2004, n. 204 e dell'11 maggio 2006, n. 191, il modello di riparto è stato assimilato a quello tedesco delle controversie di diritto pubblico, la Corte avendo eliminato ogni rilievo al criterio della *causa petendi* (così, A. Carbone e C. Bellesini, *op. cit.*, 36).

⁹⁰ A. Pajno, *La giurisdizione*, in *Diritto processuale amministrativo*, a cura di A. Sandulli, Milano, Giuffrè, 2013, 27 ss., spec. 71.

⁹¹ S. Cassese, *Verso la piena giurisdizione*, cit., 1226 e nello stesso senso A. Sandulli, *La tutela giurisdizionale nelle «controversie in materia di pubblici servizi»*, cit., 799.

⁹² Così, F.G. Scoca, *Sopravvivrà la giurisdizione esclusiva?*, in *Giur. cost.*, 2004, 4, 2209 ss., spec. 2210.

⁹³ In dottrina è stato osservato che la Corte costituzionale, in particolare con la sentenza n. 204/2004, avrebbe modificato la stessa regola generale di riparto così come scolpita dall'art. 103 Cost. Invero, se le particolari materie devolute alla giurisdizione esclusiva devono partecipare della medesima natura di quelle attribuite alla giurisdizione generale di legittimità – e cioè se in entrambi i casi la materia è contrassegnata dall'evenienza che la pubblica amministrazione agisca come autorità attraverso la spendita, anche mediata, del potere – allora la giurisdizione generale di legittimità è «ancorata alla nozione di potere amministrativo» (S. Battini, *La giustizia amministrativa in Italia: un dualismo a tradizione monista*, cit., 92). Così anche L. Torchia, *La giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo alla prova dell'evoluzione*, in *L'amministrazione pubblica, i cittadini, la giustizia amministrativa: il percorso delle riforme. Atti del Convegno di Lecce del 16-17 ottobre 2015*, a cura di P.L. Portaluri, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016, 109 ss., spec. 115; F. Patroni Griffi, *Le trasformazioni nella giustizia amministrativa dalla l. n. 205 del 2000 al codice del processo amministrativo*, in AA.VV., *Il Consiglio di Stato: 180 anni di storia*, Bologna, il Mulino, 2011, 511 ss., spec. 523; G. Verde, *Introduzione*, in *La giurisdizione: dizionario del riparto*, diretto da G. Verde, Bologna, Zanichelli, 2010, 1 ss., spec. 17.

⁹⁴ A. Police, *Giudice "del potere" e poteri del giudice: un chiasmo complicato*, in *La sentenza della Corte costituzionale 6 luglio 2004 n. 204, atti del Convegno sul riparto della giurisdizione nelle controversie in cui è parte la pubblica amministrazione (Lucera, 19 febbraio 2005)*, a cura di E. Follieri, Milano, Giuffrè, 2006, 25 ss., spec. 27.

perché, sembrerà banale dirlo, una giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo vi è ancora ed è alquanto estesa (cfr. art. 133, d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, d'ora in poi c.p.a.)⁹⁵.

E allora sia consentito passare alla critica tuttora valida sollevata da chi, muovendo da acute riflessioni sulla possibilità di fare salva la devoluzione delle materie alla giurisdizione esclusiva, ha contestato il risultato finale conseguito dalla Corte: la Consulta avrebbe impropriamente determinato la vanificazione dell'approccio del legislatore degli anni '90 che aveva cercato «di suddividere le competenze delle due giurisdizioni sulla base di vocazioni [...] così utilizzando al meglio *le due giurisdizioni*»⁹⁶.

È evidente che quella che precede più che una critica rappresenta una legittima prospettiva di evoluzione del sistema e pertanto essa non può smentire *sic et simpliciter* il limite posto dalla Corte costituzionale. Ciò non significa però che quella rappresentazione non possa fornire uno spunto e il supporto necessario per argomentare in ordine al superamento dell'attuale divieto di attribuzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo di materie non necessariamente caratterizzate dall'esercizio di un potere autoritativo.

Per farlo è necessario considerare una vicenda del tutto differente da quella qui trattata, ovvero quella relativa al ricordato (*supra* §1) balletto relativo al riparto delle sanzioni irrogate dalla Banca d'Italia e dalla Consob. Come si vedrà, il caso considerato dimostra non solo come la regola del riparto sia ancora avvolta da una nube di incertezze foriere di non irrilevanti contraddizioni, ma anche come essa sia di fatto rispondente, caso per caso, all'opportunità "politica" della scelta che ne sta a monte.

4.1. *Spunti di riflessione dal caso delle sanzioni irrogate dalla Banca d'Italia e dalla Consob: un recente caso di giurisdizione esclusiva del giudice ordinario*

Il tema del riparto di giurisdizione relativo alle sanzioni amministrative emesse dalla

⁹⁵ Le ipotesi di giurisdizione esclusiva tipicizzate all'art. 113 c.p.a. «sono divenute a tal punto numerose da farla sembrare (di nuovo) la più importante tra le forme di giurisdizione rimesse al giudice amministrativo» (A. Police, *La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, in *Il nuovo diritto processuale amministrativo*, a cura di G.P. Cirillo, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da G. Santaniello, XLII, Padova, Cedam, 2014, 135 ss., spec. 179. Rileva la contraddizione anche A. Travi, *Giudizio civile e giudizio amministrativo: le ragioni e le espressioni della diversità*, in *L'amministrazione pubblica, i cittadini, la giustizia amministrativa*, cit., 67 ss., spec. 69.

⁹⁶ A. Barbera, *L'ordinamento della giustizia amministrativa, tra Parlamento e Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2004, 4, 715 ss., spec. 729 (il corsivo nel testo aggiunto da chi scrive). Si consideri che per l'A. la Corte non avrebbe di fatto neutralizzato la giurisdizione esclusiva, ma anzi avrebbe fornito una "lettura in continuità" con la logica della sussistenza di un nodo gordiano nelle sole materie caratterizzate da un preminente interesse pubblico.

Banca d'Italia e dalla Consob è alquanto risalente, perché, anche a volersi considerare il solo periodo che va dalla fine degli anni '90 ad oggi, è da almeno vent'anni (cioè, dall'entrata in vigore del d.lgs. n. 80/98) che senza soluzione di continuità le tre voci (legislatore, giurisprudenza e dottrina) si confrontano sul tema, talvolta affermando la giurisdizione del giudice amministrativo, talaltra (da ultimo) smentendola.

Non vi è qui motivo di soffermarsi sui plurimi *revirements* che si sono susseguiti nel tempo. Al contrario, è sufficiente indugiare sugli ultimi due episodi delle cinque stagioni di riforma⁹⁷.

Il codice del processo amministrativo del 2010 aveva attribuito le sanzioni irrogate dalla Banca d'Italia e dalla Consob alla competenza funzionale inderogabile del Tar Lazio (Roma), in sede di giurisdizione esclusiva e con cognizione estesa al merito (artt. 133, comma 1, lett. l), 134, comma 1, lett. c) e 135, comma 1, lett. c)⁹⁸. Una scelta questa assolutamente coerente rispetto alla generale attribuzione di tutte le sanzioni delle *Authorities* alla cognizione del medesimo giudice. Sennonché, come risaputo, la Corte costituzionale, con le sentenze del 27 giugno 2012, n. 162⁹⁹ e del 15 aprile 2014, n. 94¹⁰⁰, ha

⁹⁷ Di seguito, per completezza, si riportano i primi tre episodi del riparto di giurisdizione relativo alle sanzioni irrogate dalla Banca d'Italia e dalla Consob. Per le sanzioni della Banca d'Italia la scelta di radicare la giurisdizione in capo al giudice ordinario (in specie alla Corte di appello di Roma con competenza esclusiva e funzionale) può essere fatta risalire all'art. 90, comma 3, del R.D.L. n. 375/36. Opzione legislativa, questa, che si mostrerà "coerente" con la più generale attribuzione al giudice ordinario di tutte le controversie inerenti ai giudizi di opposizione alle sanzioni pecuniarie previste dalla l. 24 novembre 1981, n. 689, e che troverà poi conferma con l'adozione del Testo Unico Bancario (art. 145 del d.lgs. n. 385/93, d'ora in poi t.u.b.). Con la medesima "coerenza", il legislatore fissò anche per le sanzioni irrogate dalla Consob la giurisdizione del giudice ordinario, così disponendo all'art. 44, comma 3, del d.lgs. n. 145/1996 e poi all'art. 195 del Testo Unico della Finanza (d.lgs. n. 58/98, d'ora in poi t.u.f.). Sennonché, dapprima sulla base del disposto dell'art. 33, comma 1, del d.lgs. 80/98 e poi in virtù della modifica apportata dalla l. n. 205/2000 – intervento resosi necessario a seguito della declaratoria di incostituzionalità della prima versione dell'art. 33 del d.lgs. 80/98 (sentenza della Corte costituzionale del 17 luglio 2000, n. 292) – tanto l'art. 145 t.u.b. quanto l'art. 195 t.u.f. vennero considerati tacitamente abrogati, con la conseguenza che fu affermata la giurisdizione del giudice amministrativo in relazione ai giudizi di opposizione alle sanzioni di Banca d'Italia e di Consob (cfr. Corte di appello, Napoli, sez. I, 5 luglio 2001 e Tar Lazio, Roma, sez. I, 7 settembre 2001, entrambe in *Corr. giur.*, 2002, 4, 500 ss., con nota di A. Di Amato, *Sanzioni agli esponenti aziendali di banche e imprese d'investimento e problemi di giurisdizione*. Cfr. altresì Cons. St., Sez. VI, 13 maggio 2003, n. 2533, in www.giustizia-amministrativa.it). In corrispondenza della riforma del diritto societario, il legislatore ristabilì – *rectius*, ribadì, considerando che gli artt. 145 t.u.b. e 195 t.u.f. non erano stati medio tempore formalmente abrogati – la giurisdizione del giudice ordinario per le sanzioni in materia creditizia e mobiliare (art. 1, comma 2, d.lgs. n. 5/2003); soluzione questa poi ribadita anche all'art. 26 della l. 262/2005.

⁹⁸ Con il (tacito) plauso, peraltro, della giurisprudenza amministrativa: si v. Cons. St., 21 settembre 2011, n. 5296, che definisce come «insuperabile» il dettato legislativo dell'art. 133 c.p.a.

⁹⁹ In *Giur. cost.*, 2012, 3, 2204 ss., con osservazioni di G. Serges, *La difficile determinazione dei confini della giurisdizione esclusiva mediante rinvio ai principi desumibili dalla giurisprudenza*. In tema, si v. anche A. Police e A. Daidone, *Il conflitto in tema di giurisdizione sulle sanzioni della Consob ed i limiti della Corte costituzionale come giudice del riparto*, in *Giur. it.*, 2013, 3, 684 ss.

¹⁰⁰ In *Giur. cost.*, 2014, 2, 1681, con osservazioni di G. Serges, *La giurisdizione in materia di sanzioni inflitte dalla Banca d'Italia tra i principi elastici di delega e reviviscenza di disposizioni abrogate*. Cfr. anche il commento di M.A. Impinna, *Nota a Corte costituzionale 15 aprile 2014, n. 94*, in *Giur. comm.*, 2015, 1, 11 ss.

dichiarato l'incostituzionalità del comparto normativo di cui sopra.

Le conseguenze sono state duplici, ovvero dirette e indirette. Da un lato, le dichiarazioni di incostituzionalità hanno determinato direttamente la reviviscenza della normativa abrogata dal codice del processo amministrativo (artt. 145, comma 4-8, t.u.b. e 195, co. 4-8, t.u.f.)¹⁰¹; dall'altro, la vicenda ha sollecitato l'intervento del legislatore, che, in occasione del recepimento della direttiva CRD IV (direttiva 2013/36/UE), ha riconfermato agli artt. 145 t.u.b. e 195 t.u.f. la giurisdizione del giudice ordinario.

Le ragioni poste a fondamento delle sentenze della Consulta, pur attenendo ad un profilo formale (l'eccesso di delega legislativa), trovavano fondamento su di un dato sostanziale (la natura dell'attività sanzionatoria esercitata). Fra i criteri di delega, infatti, l'art. 44 della l.d. n. 69/2009 prescriveva l'adeguamento delle "norme vigenti alla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori". È su tale parametro – forma di riconoscimento istituzionale alla figura del giudice legislatore¹⁰² – che si fonda in via esclusiva l'argomentazione della Corte costituzionale, tanto nella sentenza del 27 giugno 2012, n. 162 quanto in quella del 15 aprile 2014, n. 94.

Ebbene, se l'orientamento prevalente, soprattutto in giurisprudenza, era quello favorevole a escludere il carattere discrezionale dell'attività sanzionatoria¹⁰³ – ed anzi, soprattutto ai fini dell'applicazione dell'art. 21-*octies*, comma 2, l. n. 241/90, di quella ne è tradizionalmente affermata la natura vincolata¹⁰⁴ – allora, per la Corte, la giurisdizione non poteva che appartenere al giudice ordinario.

Sono due le modalità attraverso le quali è possibile commentare le sentenze della Consulta.

L'una è quella che si "limita" a rilevare l'errore sul dato sostanziale. Tenuto conto delle ragioni che militano a favore del carattere discrezionale dell'attività sanzionatoria della Banca d'Italia e della Consob¹⁰⁵; rilevato il parallelismo che (talvolta) sussiste in

¹⁰¹ Più in generale sul tema della reviviscenza della norma abrogata si v. A. Morrone, *Abrogazione e "reviviscenza" nella motivazione della sent. n. 13 del 2012 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2012, 1, 121 ss.

¹⁰² L'espressione è riferibile a M. Cappelletti, *Giudici legislatori?*, Milano, Giuffrè, 1984. Recentemente sul tema, si v. S. Staiano, *In tema di teoria e ideologia del giudice legislatore*, in *federalismi.it*, 2018, spec. 37 ss.; V. Ferrari, *L'equivoco del giudice legislatore*, in *Foro it.*, 2017, 9, 295 ss.; R. Pardolesi e G. Pino, *Post-diritto e giudice legislatore. Sulla creatività della giurisprudenza*, in *Foro it.*, 2017, 5, 113 ss.; N. Lipari, *Giudice legislatore*, in *Foro it.*, 2017, 1, 492 ss.

¹⁰³ Imprescindibile è il rinvio alla più autorevole voce dottrinale in tema di assenza di discrezionalità nell'attività sanzionatoria, ovvero a C.E. Paliero e A. Travi, *La sanzione amministrativa: profili sistematici*, Milano, Giuffrè, 1988, *passim*, e Id., *Sanzioni amministrative, ad vocem*, in *Enc. dir.*, XLI, Milano, Giuffrè, 1989.

¹⁰⁴ Cfr. Cass., sez. I, 30 giugno 2016, n. 13433; sez. II, 14 dicembre 2015, n. 25142; sez. un., 30 settembre 2009, n. 20929.

¹⁰⁵ In tema sia consentito il rinvio ai recenti commenti di G. Mulazzani, *Art. 142-bis*, G. Mulazzani, *Art. 144-bis*, in *Commentario al Testo Unico Bancario*, diretto da R. Costi e F. Vella, Milano-Padova, Wolters Kluwer-CEDAM, 2019, 1000 ss.; E. Guarnieri, *Art. 144-ter, ivi*, 1005 ss.; Id., *Art. 145, ivi*, 1030 ss.; C. Sereni Lucarelli, *Art. 144-quater, ivi*, 1012 ss. Più in particolare, in relazione alla sussistenza di

punto di disciplina sostanziale con le sanzioni irrogate dall'AGCM, la cui cognizione è peraltro attribuita al giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva¹⁰⁶ e considerata la recente statuizione della stessa Corte costituzionale in riferimento alla natura (discrezionale) del potere sanzionatorio esercitato dalla stessa AGCM¹⁰⁷; allora le

discrezionalità nel *quantum* e nell'*an* sanzionatorio si consideri quanto segue. Su di un piano generale, rispetto alla tesi favorevole a inquadrare la determinazione sul *quantum* nell'alveo della discrezionalità giudiziale (cfr. Cass., sez. I, 23 giugno 1987, n. 5489 e A. Vigneri, *Commento alla l. 24 novembre 1981, n. 689 (modifiche al sistema penale). Profili generali della sanzione amministrativa*, in *Nuove leg. civ. comm.*, 1982, 5, 1110 ss., spec. 1120), in dottrina si è affermato che la discrezionalità giudiziale diverrebbe «semplicemente discrezionalità amministrativa, ove esercitata (non dal giudice, ma) dall'Amministrazione, nell'esercizio del potere amministrativo» (F. Goisis, *Discrezionalità ed autoritatività nelle sanzioni amministrative pecuniarie, tra tradizionali preoccupazioni di sistema e nuove prospettive di diritto europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2013, 1, 79 ss., spec. 123). In relazione alla disciplina positiva delle sanzioni di Banca d'Italia e di Consob si consideri poi che gli artt. 144-*quater* t.u.b. e 194-*bis* t.u.f. prevedono una pluralità di criteri – funzionali alla determinazione del *quantum* sanzionatorio, della durata della sanzione e (ma solo per le sanzioni di cui al t.u.f.) della tipologia – che possono costituire un indice sintomatico della discrezionalità sottesa alla scelta. A latere di criteri che nella sostanza ricalcano e ripropongono quelli oggettivi e soggettivi previsti dall'art. 11 della l. n. 689/81, alla lett. h) del comma primo degli artt. 144-*quater* t.u.b. e 194-*bis* t.u.f. sono contemplate finanche le conseguenze sistemiche della violazione: non quindi le conseguenze effettive (che si suppone essere riconducibili al concetto di gravità della violazione), ma anche quelle soltanto “potenziali”, il cui apprezzamento, nell'ottica della dottrina minoritaria, si sostanzierebbe in una valutazione discrezionale. In riferimento alla discrezionalità nell'*an* sanzionatorio, invece, innanzitutto in una pluralità di casi (cfr. l'art. 144-*ter*, comma 1, lett. a), t.u.b., e l'art. 190-*bis*, comma 1, lett. a), t.u.f.) l'irrogazione della sanzione presuppone il compimento di un apprezzamento condotto sulla base di concetti giuridici indeterminati – quali quelli di gravità, offensività o pericolosità dell'infrazione (merita evidenziarlo, spesso non specificati dalle Autorità nei provvedimenti attuativi) – che «null'altro è se non una valutazione basata, primariamente, sull'interesse pubblico sussidiato» (F. Goisis, *op. ult. cit.*, 139). Il che, anche a volersi escludere il carattere discrezionale, dovrebbe almeno comportare la sussistenza di un caso di discrezionalità tecnica (in tal senso, cfr. B.G. Mattarella, *Le sanzioni amministrative nel nuovo ordinamento bancario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1996, 3, 679 ss., spec. 708-709 e M. Clarich e A. Pisaneschi, *Le sanzioni amministrative della Consob nel “balletto” delle giurisdizioni*, cit., 11). Si consideri inoltre che tanto il t.u.b. quanto il t.u.f., rispettivamente agli artt. 144-*bis* e 194-*quater*, prevedono che in luogo della sanzione amministrativa possa essere disposto un ordine a porre termine alle violazioni (da adempiere nei modi e nel termine indicato dall'Autorità sanzionatrice). Il carattere discrezionale del potere è fatto emergere dalla circostanza per la quale la misura alternativa presupponebbe, ancora una volta, un apprezzamento della scarsa offensività o pericolosità dell'infrazione; con la conseguenza che l'irrogazione della sanzione conseguirebbe all'esercizio di un'attività propriamente discrezionale, perché subordinata «ad una valutazione in ordine alla cura concreta dell'interesse pubblico da parte dell'Autorità procedente» (S. Cimini, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche*, cit., 114). La natura discrezionale del potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti è sostenuta anche da G.D. Comporti, *Introduzione: dal potere discrezionale alle scelte negoziali*, cit., 7.

¹⁰⁶ In relazione alla facoltà, riconosciuta dall'art. 14-*ter*, a che l'AGCM chiuda il procedimento senza accertare l'infrazione, laddove valuti l'idoneità degli impegni assunti dall'impresa a far venire meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria, si v. B. Rabai, *La conclusione del procedimento sanzionatorio antitrust mediante accettazione di impegni. considerazioni sul rapporto tra public e private enforcement*, in *Dir. amm.*, 2018, 1, 165 ss., secondo cui quella scelta è rimessa «alla (ampia) discrezionalità» della AGCM, la quale, dato il fine rappresentato dalla tutela della concorrenzialità dei mercati, «valuterà, in ragione del contesto sociale ed economico nel quale si troveranno ad operare, di volta in volta, gli operatori, quali strumenti utilizzare» (p. 190). Cfr. anche l'ampio studio di A.M. Chiariello, *La discrezionalità dell'antitrust nell'irrogazione delle sanzioni e la tutela del legittimo affidamento*, in *Munus*, 2017, 3, 701 ss.

¹⁰⁷ Cfr. C. cost., 6 febbraio 2019, n. 13, che ha escluso la legittimazione dell'AGCM a proporre la questione di legittimità costituzionale sulla base del presupposto che l'*Authority* farebbe uso di una tipica funzione amministrativa discrezionale di ponderazione di interessi pubblici e privati. Per la Corte, infatti,

conclusioni della Corte e, più in generale della giurisprudenza maggioritaria, avrebbero potuto essere diverse.

Ma così è, e il dato (ovvero, il difetto di discrezionalità) può essere confutato dalla dottrina, ma esso rimane e rimarrà immutato, almeno fino ad un futuro *revirement*, peraltro non legislativo, ma (necessariamente) giurisprudenziale.

Se quanto precede lascia permanere «il sospetto che si tratti di valutazioni influenzate dal riparto di giurisdizione»¹⁰⁸, rimane allora da comprendere perché l'esclusione del carattere discrezionale dell'attività sanzionatoria svolta dalla Banca d'Italia e dalla Consob abbia "consentito" alla Corte costituzionale di devolvere la cognizione della materia al giudice ordinario, il quale di regola non conosce le controversie inerenti al potere amministrativo.

Ebbene, che a fronte di un'attività amministrativa non discrezionale non sussista sempre la giurisdizione del giudice amministrativo è considerazione ricorrente tanto in dottrina quanto in giurisprudenza.

Secondo la distinzione elaborata da Capaccioli esisterebbero infatti due tipi di norme. L'una risponde allo schema del potere (norma-potere-fatto), l'altra allo schema del rapporto (norma-fatto); la prima si pone nel campo degli interessi legittimi, la seconda tutela il diritto soggettivo¹⁰⁹. Nel pensiero del giurista, mentre l'atto discrezionale «è atto di autorità», l'atto vincolato, in quanto riconducibile allo schema "norma-fatto", «non è atto autoritativo in senso proprio, perché costituisce soltanto applicazione, al caso, di una disciplina esterna»¹¹⁰: l'amministrazione, in altre parole, si troverebbe in posizione di obbligo¹¹¹.

Secondo l'indirizzo pretorio maggioritario, poi, la giurisdizione deve essere identificata caso per caso in relazione al fine del vincolo. Se esso è posto a favore dell'interesse privato, la posizione che si oppone all'attività amministrativa è di diritto soggettivo, con conseguente attribuzione delle controversie al giudice ordinario (è il caso, ad esempio, dell'iscrizione a registri o albi professionali); se esso è posto a favore dell'interesse pubblico, allora vi saranno interessi legittimi e quindi giurisdizione del giudice

l'Autorità godrebbe di un «ampio margine di discrezionalità amministrativa» e ciò sarebbe dimostrato proprio da alcuni istituti, talvolta operanti al di fuori dell'ambito sanzionatorio (cfr. art. 4 della l. n. 287/90 "Deroghe al divieto di intese restrittive della libertà di concorrenza") talaltra al suo interno (cfr. l'art. 15, comma 2-bis, relativo ai cosiddetti *leniency programs*, e il già citato art. 14-ter).

¹⁰⁸ S. Cimini, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche*, cit., 96, ove l'A. si riferisce alla pronuncia delle sezioni unite della Corte di cassazione del 29 aprile 2007, n. 24816; in tal senso, si v. anche F. Goisis, *Discrezionalità ed autoritatività nelle sanzioni amministrative pecuniarie, tra tradizionali preoccupazioni di sistema e nuove prospettive di diritto europeo*, cit., 83.

¹⁰⁹ Cfr. E. Capaccioli, *Manuale di diritto amministrativo*, I, Padova, Cedam, 1983, 267-268.

¹¹⁰ *Ivi*, 289.

¹¹¹ Nello stesso senso, cfr. A. Orsi Battaglini, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 1, 3 ss.

amministrativo (si considerino, a titolo di esempio, gli interventi repressivi in caso di attività abusive)¹¹².

Stando così le cose, e se è su queste tesi che si fonda l'orientamento pretorio sulle sanzioni di Banca d'Italia e di Consob, si potrebbe ipotizzare che la Corte costituzionale abbia avallato l'indirizzo secondo il quale il potere autoritativo sussiste solo in presenza di discrezionalità, così finendo per superare, o meglio modificare, il proprio precedente risalente alla sentenza n. 204/2004.

Ma questo la Corte costituzionale non lo ha mai affermato¹¹³ ed anzi in un suo precedente ha recisamente sostenuto il contrario, qualificando la corrispondenza vincolo-diritto soggettivo come «postulato privo di qualsiasi fondamento»¹¹⁴.

Vi sono pertanto (e peraltro) sufficienti ragioni per ritenere che la Corte non abbia inteso attribuire al giudice ordinario la cognizione delle sanzioni della Banca d'Italia e della Consob sulla base della negazione dell'autoritatività delle attività non discrezionali.

In primo luogo, vi è un dato apparentemente trascurato, che è quello logico-terminologico. Il ragionamento può così riassumersi. Se c'è potere vi *può essere* a valle un provvedimento (il procedimento, infatti, potrà concludersi anche con un accordo sostitutivo), ma se c'è provvedimento vi *deve essere* a monte un potere amministrativo¹¹⁵. Sia allora sufficiente evidenziare che tanto il legislatore quanto la giurisprudenza dichiarano il carattere provvedimentale dell'atto sanzionatorio¹¹⁶, con la conseguenza che a monte deve esservi un potere autoritativo¹¹⁷.

¹¹² Cfr. Cass., sez. un., 11 ottobre 1955, n. 2994, in *Foro it.*, 1955, 1, 1291 ss. Si v. per la giurisprudenza più recente l'ampia sintesi formulata da F. Caringella, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 72 ss.

¹¹³ Cfr. W.T. Mangoni, *Sulla giurisdizione in materia di sanzioni irrogate dalla Consob e dalla Banca d'Italia*, in www.diritto-amministrativo.org.

¹¹⁴ C. cost., 16 aprile 1998, n. 127, in *Giur. cost.*, 1998, 2, 1012 ss.

¹¹⁵ Si consideri quanto affermato da Giannini, ovvero che ciò che caratterizza il provvedimento è l'«essere l'affermazione del momento dell'autorità» (M.S. Giannini, *Atto amministrativo, ad vocem*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, Giuffrè, 1959, 164). L'affermazione tocca il tema più vasto dei caratteri del provvedimento, ed in particolare quello della discussa sussistenza dell'attributo dell'autoritarità: in merito sia sufficiente il rinvio a R. Villata e M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2017, 12 ss., secondo cui risulta confermato che «l'imperatività connota il potere rivolto alla cura dei pubblici interessi ed è propria di ogni provvedimento amministrativo che ne costituisce esercizio».

¹¹⁶ Così il primo, che agli artt. 145 t.u.b. e 195 t.u.f. stabilisce che le sanzioni amministrative previste rispettivamente nel t.u.b. e nel t.u.f. sono applicate con *provvedimento motivato*. Così anche la seconda, la quale recepisce la terminologia legislativa e ne fa ampio ricorso, specie in applicazione dell'art. 21-*octies*, comma 2, l. n. 241/90 (cfr. Cass., sez. II, 3 settembre 2018, n. 21553; 2 aprile 2015, n. 6778; Id., sez. un., 30 settembre 2009, n. 20929). Si consideri peraltro che, secondo parte della dottrina, l'art. 21-*octies*, comma 2, della l. n. 241/90 confermerebbe la natura provvedimentale dell'atto conclusivo del procedimento inerente all'attività vincolata. In tal senso si v. F.G. Scoca, *L'interesse legittimo: storia e teoria*, cit., 441-442, secondo cui un ulteriore dato «indiziante» del superamento della tesi della Scuola fiorentina è recato dagli artt. 31, comma 3, e 34, comma 1, lett. c), c.p.a. dai quali si desume che «la situazione soggettiva del privato a fronte di tale attività (*vincolata*) resta in ogni caso, di interesse legittimo, o quanto meno, viene (dovrebbe venire) trattata positivamente come interesse legittimo» (così a p. 442, corsivo di chi scrive).

¹¹⁷ Cfr. F.G. Scoca, *L'interesse legittimo: storia e teoria*, cit., 438-439, secondo cui «se di adempimento, tuttavia, in alcuni casi si trattasse, allora sarebbe difficile richiamare le figure del provvedimento e del potere costitutivo».

In secondo luogo, né la Corte né la giurisprudenza da essa richiamata si soffermano sul tipo di interesse (pubblico o privato) tutelato dal vincolo¹¹⁸.

Il dato che, però, pare a tutti gli effetti più dirimente è un altro e cioè che, come sostenuto da attenta dottrina, il potere autoritativo è da considerarsi sempre tale (unitarietà del potere autoritativo) a prescindere dal carattere (discrezionale o vincolato) dell'attività esercitata. Il potere autoritativo non è solo quello che determina l'assetto degli interessi (potere "determinante"), ma anche quello "costitutivo" dell'effetto voluto dalla legge¹¹⁹: «opinare in senso diverso significa confondere il piano dell'autoritatività del potere, che dipende da una scelta dell'ordinamento generale, con quello delle modalità di esercizio di tale potere [...]»¹²⁰.

Ritornando alle conclusioni della Corte costituzionale, si può allora dire che essa abbia commesso un secondo errore? Non solo la Corte non avrebbe affermato la natura discrezionale dell'attività sanzionatoria, ma dalla sua negazione avrebbe tratto una conseguenza in punto di giurisdizione altrettanto discutibile.

Ancora una volta, però, l'interprete non può fermarsi a questa osservazione: se non altro per il fatto che, se «il giudice costituzionale modifica l'ordinamento giuridico»¹²¹, ciò impone di ricercare, nell'ordinamento dato, una nuova sistematicità.

Ora, se l'attività sanzionatoria (discrezionale o vincolata che sia) è esercizio di potere autoritativo – che si è ricordato essere l'elemento determinante ai fini del riparto di giurisdizione – si pone la questione di come conciliare questo dato con l'attribuzione delle controversie relative al contenzioso sul procedimento sanzionatorio al giudice ordinario. Il che impone di considerare (e, come si vedrà, di accettare) una soluzione già ipotizzata da Sandulli proprio in relazione all'attribuzione al giudice civile delle controversie inerenti alle sanzioni di cui alla l. n. 689/81¹²²: l'affermazione di un caso di giurisdizione

¹¹⁸ In tal senso cfr. A. Carbone e C. Bellesini, *Riparto di giurisdizione e controversie di diritto pubblico*, cit., 64. Il che, forse, si motiva sulla base del fatto che gli interessi tutelati dai vincoli variamente emergenti nella vicenda sanzionatoria sono plurimi, ovvero al contempo pubblici (per esempio con riferimento all'*an*, e tenuto presente che un vincolo nell'*an* non sussiste sempre) e privati (per esempio, se guardati nella prospettiva del *quantum* sanzionatorio predefinito per legge nel minimo e nel massimo edittale).

¹¹⁹ Così F.G. Scoca, *L'interesse legittimo: storia e teoria*, cit., 436 ss.; Id., *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, cit., 286 ss. L'A. riprende la distinzione elaborata da A.M. Sandulli, *In tema di provvedimenti ministeriali su delibera del consiglio dei ministri*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1949, 1, 894 ss., ora in *Scritti giuridici*, III, Napoli, Jovene, 1990, 93 ss. Si v. anche B.G. Mattarella, *L'imperatività del provvedimento amministrativo: saggio critico*, Padova, Cedam, 2000, 436 ss.

¹²⁰ E. Casetta, *Riflessioni in tema di discrezionalità amministrativa, attività vincolata e interpretazione*, in *Dir. econ.*, 1998, 3, 503 ss., spec. 522.

¹²¹ M. Fierro, *Il diritto europeo e i giudici comuni*, in *I diritti fondamentali nell'ordinamento giuridico comunitario e negli ordinamenti nazionali*, a cura di M. Fierro, R. Nevola e D. Diaco, Servizio studi della Corte costituzionale, Madrid, 27 ottobre 2017, 61.

¹²² Cfr. A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., spec. 1283-1285, secondo il quale la posizione di interesse legittimo sussisterebbe in ragione della discrezionalità amministrativa nella commisurazione della sanzione. In tal senso, anche A. Romano, *Giurisdizione ordinaria e giurisdizione*

esclusiva del giudice ordinario.

Come noto, in merito all'ammissibilità di una giurisdizione esclusiva del giudice ordinario nel nostro ordinamento si sono sviluppati due orientamenti¹²³.

Secondo una prima tesi, l'art. 103 Cost. fisserebbe in modo complementare i limiti esterni delle due rispettive giurisdizioni, in modo che la correlazione biunivoca interessi legittimi-giudice amministrativo e diritti soggettivi-giudice ordinario potrebbe "interrompersi" solo nei casi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo; l'art. 113 Cost. avrebbe in quest'ottica solo la funzione di definire i limiti interni del giudicato del giudice ordinario, fermo restando il limite esterno definito dalla sussistenza di posizioni giuridiche di diritto soggettivo: in sostanza il giudice ordinario potrebbe annullare gli atti amministrativi nelle sole controversie ove si faccia questione di diritti soggettivi¹²⁴. Come osservato da altra parte della dottrina, a favore della tesi restrittiva militerebbe il fatto che «il potere di annullare l'atto presuppone l'esistenza della giurisdizione, non fonda la stessa»¹²⁵.

Secondo un secondo e opposto orientamento, invece, non sussisterebbe alcun limite costituzionale all'attribuzione al giudice ordinario delle controversie ove si faccia questione di interessi legittimi. Difatti, mentre l'art. 103 Cost. definirebbe il solo limite esterno della giurisdizione amministrativa e non anche di quella ordinaria, l'art. 113, comma 3, Cost. legittimerebbe l'estensione della giurisdizione (piena, ovvero caducatoria) anche sugli atti adottati nell'esercizio del potere autoritativo, al cui cospetto si sostanziano posizioni di interesse legittimo¹²⁶.

amministrativa dopo la legge n. 205 del 2000 (Epitaffio per un sistema), in *Dir. proc. amm.*, 2001, 3, 602 ss., spec. 624-625, secondo cui «quando l'impugnazione dell'ordinanza-ingiunzione portata davanti al giudice civile (art. 22), si basa, per esempio, sulla incompetenza dell'organo emanante, non sembra che il suo vizio differisca sostanzialmente da quello canonicamente oggetto della giurisdizione amministrativa della legittimità, a tutela di interessi legittimi». *Contra*, C.E. Paliero e A. Travi, *La sanzione amministrativa*, cit., 282, per il quale la giurisdizione esclusiva del giudice ordinario può essere invocata solo laddove la norma allo stesso tempo attribuisca la giurisdizione al g.o. e qualifichi espressamente in termini di interesse legittimo la posizione giuridica soggettiva.

¹²³ In tema, si v. la sintesi operata da R. De Nictolis, *Giurisdizione ordinaria e pubblica Amministrazione: limiti esterni*, in *www.treccani.it*; F. Caringella, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 387; I. Zingales, *Pubblica Amministrazione e limiti della giurisdizione tra principi costituzionali e strumenti processuali*, Milano, Giuffrè, 2007, 87 ss.

¹²⁴ Cfr. M. Mazzamuto, *Verso la giurisdizione esclusiva del giudice ordinario?*, in *Giur. it.*, 1999, 5, 1123 ss., spec. 1126; M.S. Giannini e A. Piras, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, Giuffrè, 1970, 229; E. Cannada Bartoli, *La tutela giudiziaria del cittadino verso la pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1964, 29-30; C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1958, 871.

¹²⁵ R. Villata, *Giustizia amministrativa e giurisdizione unica*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 2, 285 ss., spec. 287.

¹²⁶ Ai sensi dell'art. 113, comma 3, Cost., infatti, il legislatore può "determinare quali organi di giurisdizione possono annullare gli atti della pubblica amministrazione nei casi e con gli effetti previsti dalla legge stessa". Cfr. G. Berti, *Artt. 113 e 103, 1° e 2° comma, Cost.*, in *La magistratura*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, IV, Bologna-Roma, Zanichelli-Foro italiano, 1987, 85 ss., spec. 87, secondo il quale per il costituente è un dato «di secondaria importanza» che il provvedimento

Ciò posto, è evidente che intendere la giurisdizione del giudice ordinario sulle sanzioni irrogate dalla Banca d'Italia e dalla Consob come un'ipotesi di giurisdizione esclusiva speculare a quella del giudice amministrativo presupporrebbe prioritariamente l'adesione all'orientamento più estensivo sopra delineato.

Alcuni dati sembrano effettivamente militare a favore di quest'ultima tesi.

Innanzitutto, quando l'orientamento più restrittivo sostiene che rinvio di cui all'art. 113, comma 3, Cost. sia riferibile ai soli casi in cui l'atto amministrativo violi diritti soggettivi, lo afferma identificando, quali ipotesi emblematiche, i casi caratterizzati dall'esercizio di attività vincolate o dalla sussistenza di diritti assoluti¹²⁷. Senonché, se per i primi si è detto che l'attività vincolata è sempre riconducibile al potere e quindi alla figura dell'interesse legittimo, per i secondi è sufficiente qui ricordare che matura in giurisprudenza il convincimento che «la cognizione e la tutela dei diritti fondamentali [...] non appare affatto estranea all'ambito della potestà giurisdizionale amministrativa, nella misura in cui il loro concreto esercizio implica l'espletamento di poteri pubblicistici»¹²⁸: il che basterebbe per sostenere che, nell'ottica della tesi minoritaria, l'art. 113 Cost. avrebbe un margine di applicazione francamente residuale.

Qualche ulteriore spunto può desumersi, se non si va errando, da alcune pronunce della stessa Corte costituzionale, laddove si è affermato che «resta rimesso alla scelta discrezionale del legislatore ordinario – suscettibile di modificazioni in relazione ad una valutazione delle esigenze della giustizia e ad un diverso assetto dei rapporti sostanziali – il conferimento ad un giudice, sia ordinario, sia amministrativo, del potere di conoscere ed eventualmente annullare un atto della pubblica amministrazione»¹²⁹.

Ma che si sia dinanzi ad un caso di giurisdizione esclusiva del giudice ordinario è

amministrativo siano annullato dal giudice ordinario o da quello amministrativo. Si v. anche I. Zingales, *Pubblica Amministrazione e limiti della giurisdizione tra principi costituzionali e strumenti processuali*, cit., 95, il quale esclude che con l'impiego all'art. 113, comma 3, Cost. del termine "atti" «si sia fatto esclusivo riferimento agli atti emessi in carenza assoluta di potere, agli atti di natura privata o agli atti paritetici della pubblica amministrazione». Aderisce alla tesi estensiva anche A. Proto Pisani, *L'art. 113, 3° comma, Cost.: una norma, troppo spesso dimenticata, fondamentale per la tutela effettiva del cittadino contro atti della pubblica amministrazione*, in *Foro it.*, 2015, 5, 186 ss. Si v. anche Cass., sez. un., 14 aprile 2011, n. 8487, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 4, 597, secondo cui «la chiara scelta operata dal legislatore tramite l'art. 152 citato (*d.lgs. 196/2003*) non contrasta con l'art. 103 Cost., non essendo vietata l'attribuzione al g.o. della cognizione anche degli interessi legittimi» (corsivo di chi scrive).

¹²⁷ Cfr. G. Verde, *L'unità della giurisdizione e la diversa scelta del Costituente*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 2, 343 ss., spec. 350-351.

¹²⁸ Cons. St., ad. plen., 12 aprile 2016, n. 7. Nello stesso senso, cfr. C. cost., 27 aprile 2007, n. 140, la quale nega che sussista «alcun principio o norma nel nostro ordinamento che riservi esclusivamente al giudice ordinario - escludendone il giudice amministrativo - la tutela dei diritti costituzionalmente protetti». In tema si v. P. Tanda, *Il sistema dualistico di contenzioso amministrativo: dalla L.A.C. ai recenti orientamenti favorevoli al ritorno del modello monistico a giurisdizione unica*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 1, 85 ss., spec. 115-121.

¹²⁹ C. cost., 23 luglio 2001, n. 275; l'interpretazione in dottrina è confermata da G. D'Alessio, *Incarichi dirigenziali, riparto di giurisdizione e poteri del giudice ordinario*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2001, 3-4, 631 ss., spec. 642. Nello stesso senso si v. C. cost., 9 dicembre 2002, n. 525.

considerazione derivante in maniera forse più “piana” dalla breve indagine compiuta: se infatti il potere amministrativo è sempre tale; se dinanzi ad esso si sostanziano solo posizioni di interesse legittimo; allora, conformemente a quanto sostenuto da una parte della dottrina¹³⁰, la devoluzione – prima, giurisprudenziale, e, poi, legislativa – delle controversie relative alle sanzioni della Banca d’Italia e della Consob al giudice ordinario non può che essere intesa come un caso di giurisdizione esclusiva del giudice ordinario. Una conclusione quindi pressoché “imposta” da un epilogo della vicenda contenziosa che mette in disparte qualsivoglia riflessione in ordine alla ragionevolezza della scelta legislativa. Costatazione quest’ultima che, tenuto conto della diversa “sorte” riservata alle sanzioni dell’AGCM, consiglia di ricordare quanto altrove affermato proprio in riferimento alle possibilità aperte dal terzo comma dell’art. 113 Cost. e cioè che «le scelte attribuite al legislatore» dovrebbero «rispondere ad un disegno di ragione»¹³¹.

4.2. *Dalle implicazioni sistematiche del caso trattato all’epilogo determinato dalle riflessioni di Merusi sul principio del giusto processo ex art. 111 Cost.*

Se il caso riportato ha consentito di individuare un’ipotesi di devoluzione degli interessi legittimi al giudice ordinario, si tratta ora di comprendere come ciò possa avere una qualche rilevanza sull’ampliamento della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo anzitutto su di un piano generale e poi più nello specifico (e di tutta conseguenza) sull’intera e unitaria vicenda contrattuale.

Come si è rilevato, l’art. 103 Cost., siccome interpretato dalla Corte costituzionale, regola il riparto di giurisdizione fra il giudice amministrativo e quello ordinario sulla base dell’esercizio (anche mediato) del potere amministrativo. Si è detto, però, che l’ordinamento contempla due possibili elementi di rottura, ovvero la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e quella del giudice ordinario. L’una è esplicita nel dettato costituzionale, ma è di fatto “neutralizzata” (anche se solo formalmente) dall’interpretazione fornita dal giudice delle leggi; l’altra è implicita, ma ha una capacità estensiva possibilmente assorbente.

Il perché di questa “capienza” è dato dal fatto che nell’art. 113 Cost. manca il riferimento alle *particolari materie*; un dato questo che può motivarsi tenuto conto di quanto affermato da una parte della dottrina per giustificare il ruolo di giudice dei conflitti giurisdizionali devoluto al solo vertice della magistratura ordinaria (*id est* alla Corte di

¹³⁰ Cfr. S. Cimini, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche: uno studio critico*, cit., 400 ss.

¹³¹ R. Cavallo Perin, *Il contenuto dell’articolo 113 Costituzione fra riserva di legge e riserva di giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 1988, 4, 517 ss., spec. 527.

cassazione): «alla magistratura ordinaria, in quanto tale, era riconosciuta una legittimazione tendenzialmente onnicomprensiva»¹³². E pur trattandosi, come sarà presto chiarito e come ammesso dallo stesso Autore, di una visione che è oramai recessiva, rimane fermo però il dato segnalato: le due giurisdizioni esclusive sono assoggettate ad un diverso regime, cosicché la tassatività, talvolta, è accompagnata da un limite ulteriore (art. 103 Cost.) e, talaltra, è al contrario da quello affrancata (art. 113, comma 3, Cost.).

Ciò però non è affatto irrilevante, perché implica che nell'art. 113, comma 3, Cost. non vi sia solo «il superamento del criterio di cui all'art. 103, comma 1»¹³³, ma anche il potenziale per l'annullamento graduale (cioè attuato per progressive sottrazioni) della giustizia amministrativa¹³⁴, verso l'unicità delle giurisdizioni, o meglio verso «una giustizia non amministrativa»¹³⁵.

Come è stato correttamente osservato in dottrina, che il giudice amministrativo non serva più¹³⁶ è considerazione tanto legittima – perché fondata su un legittimo obiettivo politico – quanto «influenzata da pregiudizi»¹³⁷. E una volta sgomberato il campo dai preconcetti, deve essere rammentato che il dualismo giurisdizionale si fonda su di un'unità «non organica, ma funzionale»¹³⁸, ovvero sulla capacità di garantire una tutela piena ed effettiva tanto ai diritti soggettivi quanto agli interessi legittimi, secondo il disposto degli artt. 24 e 113 Cost.

Orbene, secondo parte della dottrina, la tutela oggi accordata dal giudice amministrativo è equiparabile a quella offerta dal giudice ordinario (*rectius*, civile)¹³⁹; il che non deve sorprendere perché la costituzionalizzazione del dualismo giudiziario non implica anche che «i due ordini di giudici, pur non appartenendo allo stesso apparato, non debbano seguire le stesse regole»¹⁴⁰. Ai sensi dell'art. 1 c.p.a., infatti, la giurisdizione

¹³² G. Verde, *Obsolescenza di norme processuali: la disciplina della giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 4-5, 827 ss., spec. 842 (corsivo di chi scrive).

¹³³ A. Pajno, *Le norme costituzionali sulla giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 3, 419 ss., spec. 475.

¹³⁴ In una prospettiva a contrario si v. G. Roehrsen, *La giurisdizione esclusiva*, in *Imp. amb. pubbl. amm.*, 1978, 2, 119 ss., il quale afferma «l'allargamento dei casi di giurisdizione esclusiva non può essere tacciato di incostituzionalità, salvo che non comporti la sostanziale eliminazione del giudice civile dal settore amministrativo» (p. 129).

¹³⁵ Il riferimento evidentemente è a A. Orsi Battaglini, *Alla ricerca dello stato di diritto: per una giustizia non amministrativa: Sonntagsgedanken*, Milano, Giuffrè, 2005.

¹³⁶ L'espressione è stata posta in termini provocatori e dubitativi da M.P. Chiti, *La giustizia amministrativa serve ancora? La lezione degli "altri"*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2006, 3-4, 487 ss.

¹³⁷ G. Verde, *Il riparto di giurisdizione secondo Riccardo Villata*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 3, 696 ss., spec. 707.

¹³⁸ C. cost., 6 luglio 2004, n. 204, cit., ma la formula risale all'intervento di C. Mortati nella seduta dell'Assemblea costituente del 27 novembre 1947.

¹³⁹ Cfr. G. Verde, *Il riparto di giurisdizione secondo Riccardo Villata*, cit., 696 ss. e in particolare a p. 704, secondo il quale «la tutela erogata dal giudice amministrativo anche se non è identica a quella che offre il giudice ordinario, è ad essa straordinariamente simile. Non è una tutela diversa perché la differenza è di intensità e gradi».

¹⁴⁰ S. Cassese, *Monismo e dualismo giudiziario: storia e prospettive*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017,

amministrativa oggi “assicura una tutela piena ed effettiva” conformemente ai principi costituzionali e del diritto europeo¹⁴¹, secondo uno schema unitario che, differentemente dal periodo che divideva la l. n. 205/2000 dal d.lgs. n. 104/2010, prescinde dal *nomen* delle singole articolazioni nelle quali è (solo formalmente) distinta la giurisdizione amministrativa¹⁴².

Questo dato non può essere obliterato con la sola (anche se certamente non secondaria) “celebrazione” dell’effettività della tutela, perché esso è foriero piuttosto di un ulteriore dubbio rispetto alla logica del riparto.

La realizzazione del principio di effettività della tutela infatti non è un fatto a sé stante; essa deve essere iscritta in un quadro ben più articolato, nel quale ad assumere prioritario rilievo è il compiuto conseguimento dell’unità funzionale della giurisdizione. Un’unità che, a tacer d’altro, è comprovata dall’istituto della *translatio iudicii*¹⁴³, dal rinvio recato dall’art. 39 c.p.a. alle disposizioni del codice di procedura civile (in quanto compatibili o espressione di principi generali)¹⁴⁴, nonché dal ruolo assunto di fatto dalla Corte di cassazione, la quale in ragione dell’avvicinamento delle tutele «più che svolgere la funzione di regolatore di un conflitto, spesso si pone come controllore del modo di tutela appropriato»¹⁴⁵ (ma sul punto, si v. *infra* §4.3.).

Orbene, a fronte dell’unità funzionale a cui è oggi informato il sistema di giustizia, vi è qui da domandarsi cosa giustifichi il descritto diverso trattamento a cui è assoggettata la discrezionalità legislativa all’atto dell’attribuzione di talune materie alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e a quella del giudice civile.

3, 583 ss., spec. 594.

¹⁴¹ Cfr. A. Police, *La giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo*, in *Il nuovo diritto processuale amministrativo*, cit., 59 ss., spec. 99. Sul rapporto fra il processo amministrativo e l’integrazione europea si v. A. Pajno, *Il giudice amministrativo italiano come giudice europeo*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 2, 585 ss.

¹⁴² In tal senso, si v. F.G. Scoca, *Riflessioni sulla giurisdizione esclusiva*, in *Giur. cost.*, 2010, 1, 439 ss., spec. 443 ss. e A. Travi, *Giudizio civile e giudizio amministrativo: le ragioni e le espressioni della diversità*, A. Travi, *Giudizio civile e giudizio amministrativo: le ragioni e le espressioni della diversità*, in *L’amministrazione pubblica, i cittadini, la giustizia amministrativa*, cit., 74. Se, quindi, dopo la l. n. 205/2000 era vero che la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo si configurava «nel suo rapporto con quella ordinaria, come una giurisdizione paritaria e ad essa alternativa» (A. Pajno, *Il riparto della giurisdizione*, cit., 4268), dopo il d.lgs. n. 104/2010 anche la giurisdizione di legittimità assume caratteri parificati e concorrenziali in punto di effettività della tutela (cfr. L. Torchia, *La giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo alla prova dell’evoluzione*, cit., 109 ss.).

¹⁴³ Cfr. A. Travi, *Gli art. 24 e 111 Cost. come principi unitari di garanzia*, in *Foro it.*, 2011, 6, 165 ss., spec. 169.

¹⁴⁴ Così, A. Corpaci, *Il codice del processo amministrativo tra effettività della tutela e problemi di durata del rito ordinario*, in *Dir. pubbl.*, 2010, 3, 609 ss., spec. 616-617. Scettico in merito è A. Travi, *Gli art. 24 e 111 Cost.*, cit., 167, secondo il quale la portata della norma andrebbe ridimensionata, poiché «il rinvio non può introdurre nel processo amministrativo istituti in esso non contemplati»; sicché, se non si erra, per l’A. la disposizione non comporterebbe un’omogeneizzazione delle discipline, ma una più limitata integrazione della «disciplina di istituti già presenti, nel caso in cui il nuovo codice si sia limitato a dettare solo le prescrizioni condizionate alle peculiarità del processo amministrativo».

¹⁴⁵ G. Verde, *Il riparto di giurisdizione secondo Riccardo Villata*, cit., 706.

Pare cioè arduo comprendere perché, dinanzi a due giurisdizioni capaci di assicurare la medesima tutela – non solo nella contrapposizione fra diritti e interessi legittimi, ma anche nel solo campo dei diritti soggettivi – valga per il solo giudice amministrativo l'impossibilità di essere destinatario di blocchi o, quantomeno, di singole materie attribuibili al di fuori dell'interpretazione restrittiva fornita dalla Corte costituzionale nelle storiche sentenze n. 204/2004 e 191/2006; e d'altronde, come osservato da attenta dottrina, la Consulta con la sentenza del 5 febbraio 2010, n. 35 avrebbe superato i propri precedenti, riconoscendo la possibilità per il legislatore di attribuire alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo anche materie nelle quali sussistono solo diritti soggettivi (o, ma vale a dire la stessa cosa, ove non si fa esercizio del potere amministrativo)¹⁴⁶.

Il che vale a porre il (e non in) dubbio che non solo vi è ragione per ritenere definitivamente superata la distinzione (oramai solo descrittiva) fra gli attributi di ordinarietà e specialità delle due magistrature, ma anche e conseguentemente che possa essere riconosciuto al giudice amministrativo un diverso e multiforme *status*. Di giudice ordinario per le controversie inerenti al potere (salva la giurisdizione esclusiva del giudice ordinario). Di giudice specializzato, quando in sede di giurisdizione esclusiva conosce di materie *particolari* – perché *tipizzate* e diverse da quelle di diritto pubblico (con superamento quindi dell'interpretazione della sentenza della Corte costituzionale n. 204/2004) – che il legislatore gli assegna derogando al normale criterio di riparto¹⁴⁷. Ipotesi, quest'ultima, che consentirebbe peraltro di concentrare la cognizione di intere vicende altrimenti “artificialmente” frammentate: affatto casuale è il riferimento (non troppo implicito) alla divisione sostanziale e processuale fra l'evidenza pubblica e la fase esecutiva del contratto.

Ebbene, a questo punto dello studio deve svolgersi il seguente passaggio.

Quanto precede ha consentito di rivalutare i limiti esistenti per l'attribuzione di intere materie alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ma lo si è fatto guardando, per così dire, dall'esterno le vicende processuali, ovvero osservando il sistema (e cercando una sistematicità) dal livello più alto e astratto, cioè da quello della discrezionalità legislativa. Insomma, l'unità funzionale pretende coerenza e sarebbe incoerente un

¹⁴⁶ Così F.G. Scoca, *Riflessioni sulla giurisdizione esclusiva*, cit., 440-443, secondo il quale «il richiamo ai poteri autoritativi non è altro che una “foglia di fico” [...] per coprire (o stemperare) il valore fortemente innovativo, rispetto all'indirizzo precedente (e molto recente), del nuovo orientamento della Corte costituzionale. Nelle materie nelle quali sussistono solo diritti soggettivi non rimane alcuno spazio per poteri autoritativi» (p. 442). Nello stesso senso, F. Merusi, *La legalità amministrativa*, cit., 148-149.

¹⁴⁷ Si consideri il problema evidenziato da P. Marzaro, *Grandi imprese in crisi*, cit., 334-341, ovvero se ai fini dell'attribuzione di una materia alla giurisdizione esclusiva sia necessaria una esplicita menzione legislativa (ovvero dei «riconoscimenti legislativi con espressioni sacramentali») come peraltro sostenuto da G. Greco, *Revisione dei prezzi e giurisdizione. Problemi veri e falsi*, in *Dir. proc. amm.*, 1985, 98 ss., spec. 116) oppure sia sufficiente, a fronte di una generica devoluzione al giudice amministrativo, la consapevolezza che il sindacato nella sostanza tocchi anche diritti soggettivi.

sistema in cui il legislatore può espandere una giurisdizione esclusiva *ad libitum* e non già l'altra. Anche perché, vale la pena ripeterlo, a fronte di due giudici che assicurano un eguale livello di tutela, consentire al legislatore di utilizzare al meglio i due giudici – ed è da questa espressione di Augusto Barbera che si erano prese le mosse (*supra* §4) – significa anche garantire l'efficienza della funzione giurisdizionale, perché non è efficiente un sistema, come quello degli appalti, ove per dirla con il Guicciardi per «ogni controversia occorrono due giudizi, uno per stabilire chi deve giudicare e l'altro, finalmente, per decidere il merito»¹⁴⁸.

Senonché, la revisione della regola di riparto è una soluzione che deve essere indagata anche dalla prospettiva del singolo, perché se è vero quanto si è detto e cioè che il riparto è anche fattore di efficienza della funzione giurisdizionale, ebbene è altresì innegabile che «l'efficienza (della macchina) è condicio *sine qua non* (sebbene non anche *condicio per quam*) dell'effettività della tutela»¹⁴⁹. Con la conseguenza che il riparto diviene anche fattore di garanzia per l'effettività della tutela accordata al singolo.

Ebbene, vi è un principio che presidia queste due prospettive, ovvero che tutela sia l'interesse oggettivo ordinamentale (l'efficienza giurisdizionale) sia gli interessi (*rectius*, diritti) soggettivi delle parti processuali, ed è quello del giusto processo¹⁵⁰.

È questo il *trait d'union* (di cui si è già detto *supra* §4) fra la teoria qui proposta e quella elaborata da Fabio Merusi, il quale già nel 2011 giungeva ad affermare la necessità di una rilettura dell'art. 103 Cost., ma lo faceva attraverso un percorso diverso da quello qui seguito, perché fondato per l'appunto sul principio del giusto processo, declinato come concentrazione in un'unica sede dei processi connessi¹⁵¹.

Per comprendere la condivisibile interpretazione promossa da Merusi, si deve prendere prioritariamente posizione in relazione ad un dato di diritto positivo.

La concentrazione dei processi non è uno dei corollari positivizzati del principio sancito dal comma primo dell'art. 111 Cost. Come è possibile pertanto stabilire una sussunzione della concentrazione delle controversie nel più ampio principio del giusto processo e quindi fare derivare da questo collegamento una revisione dell'attuale riparto di giurisdizione?

Prima della riforma recata dall'art. 1 della l. cost. 23 novembre 1999, n. 2, l'art. 111 Cost. prevedeva solo tre commi, relativi alla necessaria motivazione dei provvedimenti giurisdizionali, all'assoggettabilità delle sentenze pronunciate “dagli organi

¹⁴⁸ E. Guicciardi, «*Causa petendi*» e «*petitum*»: verso la soluzione della crisi?, in *Giur. it.*, 1949, 3, 145.

¹⁴⁹ M. Luciani, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, cit., 4, ma si v. anche 51 ss. Allo stesso modo, si v. I. Pagni, *La giurisdizione tra effettività ed efficienza*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 2, 401 ss. (spec. 406).

¹⁵⁰ Così, M. Luciani, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, cit., 9.

¹⁵¹ Cfr. F. Merusi, *La legalità amministrativa*, cit., 113 ss.

giurisdizionali ordinari o speciali” al ricorso in Cassazione per violazione di legge e alla limitazione della ricorribilità in Cassazione delle pronunce del Consiglio di Stato e della Corte dei conti ai soli motivi inerenti alla giurisdizione (su questi ultimi due aspetti si v. *infra* §4.3.).

Se nulla era disposto in relazione al giusto processo, ciò però non ha significato che quel principio fosse del tutto assente nell’elaborazione dottrinale e giurisprudenziale anteriforma. Se non altro perché, a tacere della giurisprudenza costituzionale¹⁵², in dottrina è stato ricordato come la spiegazione di Calamandrei relativa al fine del processo, inteso come «il più alto che possa esservi nella vita: e si chiama giustizia»¹⁵³, sottintendesse già oltre allo scopo anche il mezzo (la struttura) per giungervi: «il procedimento deve essere strutturato per questa sua giustificazione, deve essere un “giusto processo”»¹⁵⁴.

Con la riforma del 1999, l’art. 111 Cost. si arricchisce di ulteriori cinque commi che si aggiungono a quelli già ricordati. Solo i primi due commi sono però qui rilevanti, perché essi attengono ad ogni processo (civile, penale, amministrativo, etc.), mentre i commi terzo, quarto e quinto si riferiscono esclusivamente al processo penale.

Ebbene, il contraddittorio fra le parti, lo svolgimento del processo in condizione di parità, la terzietà giudice, l’imparzialità di quest’ultimo e la ragionevole durata sono solo esemplificative specificazioni del principio sancito dal primo comma dell’art. 111 Cost.? Solo rispondendo affermativamente a questo interrogativo si potrà comprendere e aderire alla tesi enunciata da Merusi.

Ebbene, l’analisi dei lavori parlamentari conforta e giustifica l’interpretazione successiva ampiamente condivisa in dottrina. L’analisi dottrinale ha dimostrato infatti che nel dibattito svoltosi alla Camera era emersa chiaramente la consapevolezza che la riforma non introducesse ogni specificazione del giusto processo, ma solo i principi la cui approvazione era considerata essere la più incombente e condivisa. Insomma, ampia era la percezione attorno alla definizione di «una sorta di modello essenziale di giusto processo da ampliare attraverso ulteriori interventi riformatori o attraverso gli strumenti dell’interpretazione»¹⁵⁵. Il principio del giusto processo avrebbe cioè una natura a

¹⁵² Richiamano il “giusto processo” già prima della riforma del 1999 le seguenti pronunce della Corte costituzionale: C. cost. 12 dicembre 1984, n. 282, in *Giur. cost.*, 1984, I, 2123; id. 13 febbraio 1985, n. 41, *ivi*, 1985, I, 172, e C. cost. 27 giugno 1986, n. 156, *ivi*, 1986, I, 1085; id. 18 febbraio 1988, n. 189, *ivi*, 1988, I, 720; id. 29 aprile 1993, n. 201, *ivi*, 1993, 1375. Sul rapporto fra giusto processo (amministrativo) e Corte costituzionale si v. l’ampio scritto di M. Renna, *Giusto processo ed effettività della tutela in un cinquantennio di giurisprudenza costituzionale sulla giustizia amministrativa: la disciplina del processo amministrativo tra autonomia e «civilizzazione»*, in *Diritto amministrativo e Corte costituzionale*, a cura di G. della Cananea e M. Dugato, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2006, 505 ss.

¹⁵³ P. Calamandrei, *Processo e giustizia*, in *Riv. dir. proc.*, 1950, 1, 273 ss., spec. 282.

¹⁵⁴ N. Trocker, *Il rapporto processo-giudizio nel pensiero di Piero Calamandrei*, in *Riv. dir. proc.*, 1989, 949 ss., spec. 968.

¹⁵⁵ M. Cecchetti, *Giusto processo (dir. cost.)*, *ad vocem*, in *Enc. dir.*, Agg. V, Milano, Giuffrè, 2001, 595, spec. 605, il quale, attraverso una analisi degli interventi parlamentari, elenca le lacune evidenziate

«tessitura aperta»¹⁵⁶, ovvero non sarebbe declinabile a priori tramite l'enumerazione esaustiva e fissa di altrettanti sub-principi.

Quanto si è detto non è però sufficiente per poter ricomprendere la concentrazione dei processi dinanzi ad un unico giudice fra le specificazioni della fattispecie generale, giacché l'estensione della formula “giusto processo” può essere determinata «pur sempre rigorosamente nell'ambito di quanto si può ricavare dal sistema del diritto costituzionale positivo»¹⁵⁷.

Vi è allora da evidenziare un primo dato in relazione alla tesi sostenuta da Merusi. Il principio del giusto processo non implica di per sé la concentrazione dei processi connessi, perché essa corrisponde piuttosto ad un corollario di “secondo grado”: la concentrazione dei giudizi, infatti, deriva dai corollari (necessari) della tempestività e dell'effettività della tutela¹⁵⁸.

Così giustificata la lettura costituzionalmente orientata del principio del giusto processo, si tratta ora di specificare come da questa sia fatta derivare la revisione della regola del riparto e più in particolare l'ampliamento delle attribuzioni della giurisdizione esclusiva.

Merusi rileva un problema tipico dei sistemi dualistici, ovvero quello relativo all'attribuzione di una controversia relativa all'obbligazione nascente dall'esercizio di un pubblico potere. Il sistema di riparto italiano avrebbe recepito un assetto risolutorio del tutto differente da quello francese, ancora tributario dell'*Arrêt Blanco*, perché, come noto, il giudice amministrativo (in sede di giurisdizione esclusiva) può conoscere, ai sensi dell'art. 103 Cost., sia del presupposto (il potere) che dell'effetto (l'obbligazione) solo in “particolari materie” e solo sulla base di singole e precise deroghe previste positivamente dal legislatore.

Ebbene, per Merusi, se il principio del giusto processo impone la concentrazione dei rapporti connessi in un'unica sede, e se un tale vincolo di presupposizione/collegamento

alla Camera rispetto al testo approvato in Senato (p. 604 ss.). Cfr. anche F. Perchinunno, *Fondamento del giusto processo: dalle origini all'attuazione*, Bari, Cacucci, 2005.

¹⁵⁶ M. Cecchetti, *Giusto processo (dir. cost.)*, cit., 606. Nello stesso senso, di recente, si v. M. Sinisi, *Il giusto processo amministrativo tra esigenze di celerità e garanzie di effettività della tutela*, Torino, Giappichelli, 2017, 54.

¹⁵⁷ Così, ancora, M. Cecchetti, *Giusto processo (dir. cost.)*, cit., 607.

¹⁵⁸ Così, F. Merusi, *La legalità amministrativa*, cit., 128. La prospettiva è valorizzata anche da A. Angiuli, *Contratto pubblico e sindacato del Giudice Amministrativo*, cit., 110, la quale si interroga della perdurante sostenibilità del «frazionamento artificioso dell'unitaria funzione amministrativa» stante la vigenza dei parametri comunitari relativi alla tutela processuale, che deve caratterizzarsi per la rapidità, l'efficacia e l'effettività. Qualche indicazione utile può trarsi anche da quanto affermato da A. Barbera, *L'ordinamento della giustizia amministrativa, tra Parlamento e Corte costituzionale*, cit., secondo il quale «un “giusto processo” postula non solo la piena attuazione del principio del contraddittorio ma anche un giudice fornito di adeguati strumenti di tutela, in grado di decidere con pienezza di potere in ordine alle aspettative di giustizia del ricorrente, cui non può essere opposta la defatigante ricerca di sedi parziali, per il diritto o per gli interessi legittimi, per l'annullamento o per il risarcimento» (p. 724).

può essere mediatamente o immediatamente identificato fra potere e obbligazione, allora l'attribuzione ad un unico giudice delle relative controversie non necessita più di una puntuale previsione legislativa, ma opererebbe "automaticamente" e a favore del giudice amministrativo essendo questo il giudice specializzato del fatto presupposto: in questi casi, di deroga al normale riparto non potrebbe neppure parlarsi.

Ciò che porterebbe però al vero ampliamento della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo è in realtà solo il secondo dei tre passaggi che conducono all'auspicata revisione dell'interpretazione dell'art. 103 Cost.

Merusi afferma che, poiché si tratta di una interpretazione a costituzione invariata, è comunque necessario garantire un significato alla previsione delle "particolari materie indicate dalla legge", che altrimenti rimarrebbe svuotata di contenuto. Sulla base del presupposto da cui muove l'Autore, quella formula deve avere un significato differente da quello fino ad ora dichiarato pressoché unanimemente in dottrina e in giurisprudenza. Non potendosi più trattare delle controversie relative all'interconnessione fra interessi legittimi e diritti soggettivi, la previsione legale *case by case* di ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo deve ricadere su di un diverso oggetto, ovvero sul solo rapporto paritario fra p.a. e privato, *ergo* sul solo diritto soggettivo.

Insomma, come affermato dallo stesso Autore, «occorre una legge specifica solo quando la legge attribuisca giurisdizione in via derogatoria al giudice amministrativo in materia di *solis* diritti soggettivi. Nel caso di stretta connessione fra interesse legittimo e diritto soggettivo basta la clausola generale del giusto processo che impone la concentrazione in un unico processo delle controversie strettamente connesse»¹⁵⁹.

Ebbene, se si accetta quanto precede, ciò implica che il legislatore potrebbe (e forse dovrebbe) assegnare al giudice amministrativo il ruolo di giudice dell'unitaria vicenda contrattuale, ovvero sia di quella parte inerente ai soli interessi legittimi, sia di quella in cui sussistono entrambe le posizioni giuridiche, sia, infine, di quella attinente solo a posizioni di diritto soggettivo: insomma dall'evidenza pubblica alla esecuzione compresa¹⁶⁰.

¹⁵⁹ F. Merusi, *La legalità amministrativa*, cit., 149. Si consideri che per Merusi se le conseguenze imposte dal principio del giusto processo dovessero contrastare con l'interpretazione dottrinale (e giurisprudenziale) e con i principi che da quella derivano, «è il diritto amministrativo che deve essere cambiato» (*ivi*, 122). Nello stesso senso si v. F. Merusi, *Commento agli artt. 1-3*, in *Il processo amministrativo: commentario al D.lgs. 104/2010*, a cura di A. Quaranta e V. Lopilato, Milano, Giuffrè, 2011, 65 ss., spec. 71-72.

¹⁶⁰ Questa è la condivisibile prospettiva di M. Dugato, *Organizzazione delle amministrazioni aggiudicatrici e contrasto alla corruzione nel settore degli appalti pubblici*, cit., 684. In tal senso anche F. Saitta, *Contratti pubblici e riparto di giurisdizione: prime riflessioni sul decreto di recepimento della direttiva n. 2007/66/CE*, cit., per il quale «la previsione di un unico giudice per un fenomeno che, nella sua commistione di pubblico e privato, è unitario ci sembra, quindi, del tutto coerente con la *ratio* della giurisdizione esclusiva, anche perché la materia dell'adempimento e della violazione di obblighi contrattuali risponde a specifici interessi collettivi, quali l'esatta, pronta e sollecita esecuzione dell'opera pubblica, del servizio o della

La prospettiva è anche confortata dalla tesi sostenuta da quella dottrina che ha fornito una rilettura dei limiti all'ampliamento della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo principiando dalla consapevolezza che «l'impossibilità di scervere con certezza, in alcune materie, i diritti dagli interessi legittimi» non sia effettivamente tale (altrimenti a dirsi, quella distinzione sarebbe in realtà possibile). Difatti, considerato che nell'ambito di una stessa vicenda il privato può «incontrare le p.A. in diversa guisa, come potere ma anche come soggetto di obbligazioni», è stato sostenuto, come già accennato (*supra* Premessa), che la devoluzione al giudice "esclusivo" dipenderebbe non dal *rapporto* fra le posizioni giuridiche soggettive, ma dal collegamento funzionale dei *rapporti* intercorrenti fra il privato e l'amministrazione¹⁶¹. Affermazione questa supportata da chi, in relazione alle vicende concessorie, ha chiaramente statuito che «se di pluralità di rapporti dovesse parlarsi, non da questo potrebbero derivare conseguenze riduttive in ordine all'area di esercizio della nuova competenza giurisdizionale del giudice amministrativo. Non si potrebbe, in tal caso, disconoscere che si tratta pur sempre di rapporti strumentalmente e funzionalmente collegati per il conseguimento di risultati che vanno considerati unitariamente nell'assetto del rapporto concessionale e per il raggiungimento dello scopo pratico perseguito»¹⁶².

D'altronde, a ben vedere – e ancora una volta Merusi, se è concesso dirlo, lo ha ben visto – già il comma 5 dell'art. 11 della l. n. 241/90 (oggi trasfuso all'art. 113, comma 1, lett. a), n. 2, del d.lgs. n. 104/2010), devolvendo alla cognizione del giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva anche le controversie in materia di esecuzione degli accordi, avrebbe potuto legittimare (per analogia) la qualificazione anche dei contratti di appalto alla stregua di «un fenomeno unitario sottoposto ad un unico giudice, il giudice amministrativo dotato di giurisdizione esclusiva»¹⁶³.

fornitura». Si v. anche F. Ledda, *Per una nuova normativa sulla contrattazione pubblica*, cit., 343. Cfr. altresì quanto affermato da G.D. Comporti, *Logiche di riparto per una rinnovata visione dei contratti pubblici*, in *Giur. it.*, 2018, 2, 434 ss., spec. 442, e cioè che allo stato attuale «sembra difficile che possano maturare le condizioni, culturali prima ed oltre che tecniche, per una lettura evolutiva della giurisdizione esclusiva di cui all'art. 133, lett. e), n. 1, c.p.a., capace di offrire simultanea, unitaria e, pertanto, più effettiva tutela a tutte le vicende controverse afferenti a "procedure di affidamento", finalmente comprensive tanto della fase selettiva quanto di quella realizzativa dell'operazione».

¹⁶¹ In tal senso, P. Marzaro, *Grandi imprese in crisi*, cit., 343-344.

¹⁶² A. Quartulli, *Atti autoritativi e atti paritetici*, cit., 1544, che aggiunge, «il che determina, a certi effetti, il fenomeno dell'attrazione di tali elementi accessori, in un regime giuridico complessivo, e, sotto l'angolo visuale della giurisdizione, l'irrelevanza del tipo o del numero degli atti a tale scopo posti in essere».

¹⁶³ F. Merusi, *Annullamento dell'atto amministrativo e caducazione del contratto*, cit., 578 (ma le considerazioni che muovono dall'art. 11 iniziano a p. 571). Si consideri che, come ricordato nel testo, l'A. al fine della rilettura dell'art. 103 Cost. si è riferito anche all'art. 11 della l. 241/90. A riprova della proposta revisione (devoluzione legislativa al giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva delle controversie inerenti posizioni di solo diritto soggettivo), infatti, l'A. cita proprio la previsione di una giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sugli accordi sostitutivi dei provvedimenti, perché se con essi l'amministrazione «rinuncia all'esercizio del potere per stabilire un rapporto paritario» allora ciò

Ciò detto, si impone un'ultima specificazione. L'estensione della giurisdizione esclusiva non dovrebbe comportare necessariamente l'estensione del regime pubblicistico alla fase privatistica. Sennonché, come è stato osservato, anche il giudice "esclusivo" applica nelle controversie sui diritti, tendenzialmente e «con pochi adattamenti», il sindacato elaborato in sede di legittimità dal giudice amministrativo: il che implica due effetti.

La prima conseguenza è che, stante la specializzazione dei due giudici «in tecniche di tutela diverse che [...] influenzano in maniera incisiva il loro modo di rendere giustizia», l'attribuzione al giudice amministrativo anche della fase esecutiva del contratto potrebbe implicare un approccio alla materia diverso che si caratterizza per la naturale attitudine a sindacare i vizi della funzione e dunque dell'attività piuttosto che del singolo atto in quanto tale e, si è detto, "a prescindere" dalla lesione della posizione giuridica soggettiva¹⁶⁴. D'altronde, è risaputo che il giudice amministrativo è più abituato a utilizzare la teoria degli *actes détachables*, il che può significare l'impiego di una tecnica di sindacato propria dell'eccesso di potere anche per alcuni atti adottati durante l'esecuzione del contratto. Ciò nei fatti può implicare un maggiore ricorso ad una tutela di tipo caducatorio¹⁶⁵,

normalmente «avrebbe dovuto determinare la giurisdizione del giudice ordinario» (F. Merusi, *La legalità amministrativa*, cit., 129-130). In tema di accordi si consideri quanto sostenuto da M. Dugato, *Atipicità e funzionalizzazione*, cit., 166-199, e cioè che gli accordi amministrativi non sarebbero negozi contrattual-civilistici. Il che potrebbe condurre ad obiettare alla tesi di Merusi la preesistenza nella fattispecie dell'accordo di un interesse legittimo, con la conseguenza che sarebbe legittimata la lettura nei canoni tradizionali della giurisdizione esclusiva. Il che però è fatto di cui avverte già lo stesso A. e che ritiene superabile volgendo lo sguardo ad altre fattispecie – in specie "le controversie tra lo Stato e i suoi creditori riguardanti l'interpretazione dei contratti aventi per oggetto i titoli di Stato o le leggi relative ad essi o comunque sul debito pubblico" – nelle quali sarebbe difficilmente contestabile la sussistenza di posizioni diverse da quelle di diritto soggettivo (così, F. Merusi, *La legalità amministrativa*, cit., 149).

¹⁶⁴ Così, E. Follieri, *La prospettiva amministrativistica sugli appalti pubblici*, cit., 2758-2761. Si consideri però quanto affermato da S. Cassese e L. Torchia, *Diritto amministrativo. Una conversazione*, Bologna, il Mulino, 2014, 78, ovvero che a differenza dell'ordinamento francese, in cui la formazione del *juge administratif* avviene in seno al Consiglio di Stato, con la conseguenza che per quel giudice «il diritto privato è meno noto», nell'ordinamento italiano la preparazione dei giudici amministrativi si fonda proprio sul diritto privato «di cui, quindi, questi fanno un abbondante uso [...]».

¹⁶⁵ Non si vuole affermare che di regola vi sarebbe una preclusione per il giudice ordinario ad annullare gli atti della fase esecutiva, giacché la loro caratterizzazione in termini di "atti amministrativi negoziali" non implicherebbe di per sé l'operatività del limite posto dall'art. 4 della l. 2248/1865, all. E. Come affermato da una parte della dottrina che esclude la natura provvedimento degli atti unilaterali adottati durante il rapporto contrattuale, «il divieto posto al giudice ordinario dall'art. 4 della legge citata è infatti limitato ai provvedimenti emessi dall'amministrazione nell'esercizio di una potestà pubblicistica», sicché «attratti nel regime delle invalidità dei negozi giuridici, gli atti di rescissione o di risoluzione possono quindi essere dichiarati nulli secondo le regole contenute negli artt. 1418 e ss. del codice civile (oltre a poter essere annullati per vizi della volontà, su istanza, però, della stazione appaltante, ai sensi dell'art. 1441 c.c.) [...]» (S. Vinti, *Limiti funzionali all'autonomia negoziale*, cit., 582-583). I problemi sono piuttosto altri. Da un lato, tendenzialmente il sindacato del giudice ordinario si muoverebbe sui binari dell'abuso del diritto, nel qual caso la misura "sanzionatoria" tipicamente irrogata dal giudice è quella risarcitoria; dall'altro lato, su di un piano più generale, vi è il già rilevato problema della "inabilità" del giudice ordinario a sindacare la discrezionalità e a "scoprire" i vizi della funzione. Il che porterebbe a chiedersi «cosa resti del sindacato sulla discrezionalità di fronte ad un giudice ordinario informato naturalmente ai principi del rispetto

ma non è necessariamente un male. O, meglio, l'eventuale annullamento di alcuni atti adottati nella fase esecutiva e il ripristino del vincolo non sono necessariamente un male (*supra* cap. II, sez. II, §4), specie se si ricorda che gli atti dell'autotutela "privatistica" sono capaci di porre nel nulla il disegno di governo posto a base della vicenda contrattuale.

La seconda conseguenza, ma intimamente connessa alla prima, è che l'applicazione di tecniche di sindacato differenti potrebbe comportare nei fatti anche l'applicazione di principi differenti, ovvero quelli del diritto amministrativo, con l'esito, tutto da verificare, di «modificare nella sostanza la disciplina»¹⁶⁶.

4.3. *Sulla (certa) critica in relazione alla (dubbia) violazione dell'art. 111, penultimo comma, Cost. Ad essere ricorribili in Cassazione sono le sentenze del giudice ordinario o le pronunce sui diritti soggettivi?*

Alcune brevi riflessioni devono essere riferite ad un tema che certamente meriterebbe una più ampia considerazione e che potrebbe essere capace di impedire la proposta di estendere la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo anche alle controversie relative ai soli rapporti paritari e quindi involgenti soltanto situazioni di diritto soggettivo.

L'art. 111 Cost. ha sempre – ovvero sia prima che dopo la riforma del 1999 – previsto una limitazione della ricorribilità in Cassazione delle sentenze del Consiglio di Stato. Difatti, mentre contro le sentenze del giudice ordinario è sempre possibile il ricorso in Cassazione per violazione di legge, al contrario contro le decisioni del giudice amministrativo "il ricorso in Cassazione è ammesso per i soli motivi inerenti alla giurisdizione".

In giurisprudenza, almeno a far data dal 1973 la Cassazione ha ripetutamente riaffermato il principio derivante dalla Carta costituzionale e così ha statuito anche la stessa Corte costituzionale nella storica sentenza n. 204/2004. Il combinato disposto fra l'art. 103 Cost. e l'art. 111, comma 8, Cost. prevedrebbe una deroga per particolari materie inerenti (anche) a diritti soggettivi, ma essa sarebbe giustificata (e costituzionalmente "voluta") proprio per il peculiare collegamento all'esercizio del potere¹⁶⁷. Sicché, il sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato, *ex artt.* 362, primo comma, c.p.c. e 110 d.lgs. n. 104/2010, è consentito solo «ove si richieda l'accertamento

dell'autonomia privata?» (M. Mazzamuto, *Per una doverosità costituzionale del diritto amministrativo e del suo giudice naturale*, cit., 167).

¹⁶⁶ E. Follieri, *La prospettiva amministrativistica sugli appalti pubblici*, cit., 2759.

¹⁶⁷ La Corte costituzionale afferma, infatti, che «è appena il caso di rilevare che, ove il legislatore ordinario si attenga ai criteri appena enunciati, si risolve in radice anche il problema che i rimettenti pongono con riguardo all'art. 111, settimo comma, Cost.».

dell'eventuale sconfinamento del Consiglio dai limiti esterni della propria giurisdizione, per il riscontro di vizi che riguardano l'essenza della funzione giurisdizionale e non il modo del suo esercizio, restando, per converso, escluso ogni sindacato sui limiti interni della giurisdizione, cui attengono gli errori *in iudicando* o *in procedendo*»¹⁶⁸.

Si avverte già l'eco delle critiche all'estensione della giurisdizione esclusiva ai soli diritti soggettivi. Perdendosi il limite della "particolarità" delle materie, perché sganciate dall'esercizio del potere, la conseguenza immediata è che sarebbe ampio e sconfinato il ventaglio di diritti soggettivi "sottratti" al sindacato di legittimità della Cassazione¹⁶⁹. Una criticità questa rispetto alla quale può essere utile richiamare il dubbio sollevato da una parte della dottrina, che, proprio in ragione dell'ampliamento della giurisdizione del giudice amministrativo sui diritti, si è chiesta «se non sia venuta meno la ragione di fondo per escludere le decisioni del Consiglio di Stato [...] dal sindacato, per violazione di legge, della Cassazione»¹⁷⁰.

Raramente (ma ciò è già sufficiente a eliminare il carattere dell'univocità) in giurisprudenza si è cercato di superare l'interpretazione tradizionale del dettato costituzionale. In una recente ordinanza di rimessione di una questione di legittimità costituzionale, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno infatti affermato, richiamando un proprio precedente¹⁷¹, una nuova nozione di "limite esterno" connessa all'ampliamento del concetto di giurisdizione. Questo non sarebbe più da intendersi in senso statico come mera titolarità del potere giurisdizionale, ma «in senso dinamico, nel senso dell'effettività della tutela giurisdizionale»: il sindacato sulla giurisdizione non sarebbe pertanto più solo un giudizio sulla distribuzione del potere di conoscere una controversia, ma «costituirebbe uno strumento per affermare il diritto alla tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi», un giudizio, insomma, attinente al contenuto del potere giurisdizionale in relazione «alle forme di tutela attraverso le quali esso si estrinseca»¹⁷². Prima ancora del recente intervento della Corte costituzionale, le Sezioni Unite sono ritornate sul tema ricordando altri precedenti¹⁷³, per i quali l'esclusione dei ricorsi per violazione di legge nei confronti delle sentenze del giudice amministrativo non opererebbe nei casi "straordinari" di

¹⁶⁸ Cass., sez. un., 8 aprile 2016 n. 6891; 9 giugno 2011, n. 12539; 16 febbraio 2009, n. 3688.

¹⁶⁹ Ma per parte degli interpreti, peraltro proprio in relazione alla giurisdizione unica in materia di appalti e con precipuo riferimento alla sottrazione di alcune controversie ai tre gradi di giudizio, si è finanche affermato che «una giustizia amministrativa con due gradi pieni di merito assicura già tutela piena ed effettiva ai diritti soggettivi» (R. De Nictolis, *Il riparto di giurisdizione in materia di pubblici appalti*, cit.).

¹⁷⁰ A. Travi, *Gli art. 24 e 111 Cost. come principi unitari di garanzia*, cit., 169. Nello stesso senso, si v. A. Lomorgese, *La giurisdizione contesa. Cittadini e pubblica amministrazione*, Torino, Giappichelli, 2014, 43-50.

¹⁷¹ In particolare, Cass., sez. un., 23 dicembre 2008, n. 30254.

¹⁷² Cass., sez. un., ord., 8 aprile 2016, n. 107.

¹⁷³ Cfr. *ex multis* Cass., sez. un., 31 maggio 2016, n. 11380; 6 febbraio 2015, n. 2242; 4 febbraio 2014, n. 2403; 30 ottobre 2013, n. 24468; 14 settembre 2012, n. 15428.

«radicale stravolgimento delle norme di riferimento, tale da ridondare in manifesta denegata giustizia»¹⁷⁴.

I descritti tentativi di ampliamento del sindacato della Corte di cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato sono però stati “neutralizzati” da una perentoria sentenza della Corte costituzionale che ha riaffermato il tradizionale concetto (statico) di giurisdizione, che come tale non contempla soluzione intermedie¹⁷⁵.

Ciò che più “stupisce” è che il giudice delle leggi, attraverso “il verbo” della dottrina e di alcuni precedenti giurisprudenziali, si sia soffermato, in particolare, sul dato dell’unità non organica ma funzionale della giurisdizione. Un’unità questa che non ammetterebbe la ricorribilità in Cassazione per motivi di legittimità, perché, rievocando quanto affermato dalle Sezioni Unite, «la distinzione fra la giurisdizione ordinaria e le giurisdizioni speciali ha come implicazione necessaria che ciascuna giurisdizione si eserciti con l’attribuzione all’organo di vertice interno al plesso giurisdizionale del controllo e della statuizione finale sulla correttezza *in iure* ed *in facto* di tutte le valutazioni che sono necessarie per decidere sulla controversia»¹⁷⁶.

Stando al responso fornito dalla Corte, la qui proposta estensione della giurisdizione esclusiva sui contratti potrebbe pertanto essere facilmente criticata sulla base di un solido e solenne conforto giurisprudenziale: le sentenze sui diritti rese dal giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva non potrebbero approdare infatti in Cassazione, se non nei tradizionali limiti posti dal comma 8 dell’art. 111 Cost.

Lo stupore di cui si diceva, però, non è dovuto all’imprevedibilità dell’affermazione – si tratta infatti di un orientamento ampiamente diffuso in giurisprudenza – ma si motiva in ragione dell’idea per la quale se il sistema si fonda su di una unità funzionale allora ciò pare proprio andare nel senso dell’affermazione (e della pretesa) di una tutela effettiva e perciò eguale per situazioni eguali: non è un caso che in dottrina sia stato individuato un “conflitto” fra l’art. 111, commi 7 e 8, Cost. e i principi costituzionali di effettività della tutela e di ragionevolezza recati rispettivamente dagli artt. 24 e 3 Cost.¹⁷⁷.

D’altronde, se si ricorda quanto si è detto in relazione alle vicissitudini delle sanzioni della Banca d’Italia e della Consob, pare del tutto peculiare (se non irragionevole) l’attuale assetto. Non solo i diritti soggettivi sarebbero talvolta sottratti al sindacato della

¹⁷⁴ Cass., sez. un., 29 dicembre 2017, n. 31226.

¹⁷⁵ Così, C. cost., 18 gennaio 2018, n. 6.

¹⁷⁶ Cass., sez. un., 11 maggio 2018, n. 11536 e 6 giugno 2017.

¹⁷⁷ Così, A. Carratta, *Diritti fondamentali e riparto di giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 1, 27 ss. (spec. 46). Cfr. anche A. Travi, *La Corte regolatrice della giurisdizione e la tutela del cittadino*, in *Corr. giur.*, 2006, 8, 1048 ss., spec. 1050, il quale si domanda se sia «logico che, rispetto a disposizioni civilistiche, la giurisprudenza amministrativa adotti soluzioni in netto contrasto con la giurisprudenza civilistica» e, quindi, in definitiva, se «la garanzia della specialità di una giurisdizione possa compromettere il principio di uguaglianza» (corsivo di chi scrive).

Cassazione, ma talora anche gli interessi legittimi “subirebbero” un trattamento uguale e contrario: uguale, perché solo alcuni di essi sarebbero conosciuti dalla Cassazione; contrario, perché di regola, diversamente dai diritti soggettivi, gli interessi legittimi sono sottratti alla cognizione di quel giudice.

È evidente. Questa affermazione non pregiudica la conclusione della Corte. Ma essa confermerebbe un’impressione, ovvero che sono le sentenze emesse “dagli organi giurisdizionali ordinari” e non già i diritti soggettivi ad avere accesso alla tutela di legittimità. Il che, a ben vedere e al netto dell’irragionevolezza del sistema, toglierebbe argomenti a chi volesse escludere l’estensione della giurisdizione esclusiva sulla base della sola sottrazione dei diritti soggettivi al ricorso in Cassazione.

L’attuale sistema, se guardato nell’ottica del limite recato dal combinato disposto dei commi 7 e 8 dell’art. 111 Cost., pare dunque non impedire l’estensione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ai soli diritti soggettivi; esso semmai – dato l’aumento dei casi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, incomparabili rispetto a quelli sussistenti all’epoca dell’Assemblea Costituente¹⁷⁸ – dovrebbe implicare una revisione di un’interpretazione che era coerente solo rispetto alle oramai “anacronistiche” qualificazioni del giudice amministrativo come organo “speciale” e della sua giurisdizione esclusiva come sede di riparto “in deroga”¹⁷⁹.

Una soluzione astrattamente ipotizzabile, in quanto utile a preservare l’autonomia organizzativa del giudice amministrativo, potrebbe allora essere quella di istituire una Corte “comune”, seguendo il seppur diverso modello tedesco del *Gemeinsamer Senat*, organo che, ai sensi dell’art. 95, §3, *Grundgesetz*, assicura “l’uniformità della giurisprudenza” fra le cinque Corti supreme federali e che è composto dai Presidenti di queste ultime e da quattro magistrati chiamati a rappresentare le due giurisdizioni in conflitto¹⁸⁰.

Si tratterebbe peraltro di una proposta in linea con quella che attiene alla creazione di una Corte comune per la risoluzione dei conflitti di giurisdizione (sull’esempio francese del *Tribunal des conflits*), la cui istituzione in Italia è patrocinata da quanti si chiedono perché «all’apice delle magistrature sia posto l’organo di vertice di una delle magistrature esistenti e operanti a pari titolo nel nostro sistema di giustizia»¹⁸¹. Utile in tal

¹⁷⁸ In tal senso, cfr. E. Scoditti, *Ricorribilità in Cassazione per violazione di legge delle sentenze del Consiglio di Stato su diritti soggettivi*, in *Foro it.*, 2014, V, 157 ss.

¹⁷⁹ Si v. l’auspicio di F. Forte, *I nuovi confini della giurisdizione sui contratti*, cit., 231: «alla luce della estensione ai diritti della cognizione degli organi della giurisdizione amministrativa speciale [...] è probabile che in futuro possa escludersi ogni preclusione al ricorso per Cassazione [...] ogni volta che il Consiglio di Stato si pronuncia, con effetto di giudicato, sui diritti connessi al contratto».

¹⁸⁰ In tema si v. A. Briguglio, *Appunti sulle sezioni unite civili*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 1, 16 ss. e R. Bifulco, *La giustizia amministrativa nella Repubblica federale di Germania*, in *Ordinamenti europei di giustizia amministrativa*, a cura di G. Recchia, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da G. Santaniello, Padova, Cedam, 1996, 260 ss., spec. 298.

¹⁸¹ G. Verde, *Obsolescenza di norme processuali: la disciplina della giurisdizione*, cit., 842, il quale

senso osservare, che non troppo risalente è la proposta di legge presentata in Parlamento per l'istituzione del Tribunale superiore dei conflitti presso la Corte di cassazione¹⁸².

5. In conclusione: la conoscenza unitaria di una vicenda unitaria da parte del giudice amministrativo

Un contratto funzionalizzato all'interesse pubblico in astratto. Un contratto finalizzato a promuovere le cosiddette *secondary policies*. Un contratto che è funzionalizzato all'interesse pubblico in concreto definito a monte della procedura competitiva e talvolta, per progressive approssimazioni, in corso di gara sulla base di un confronto dialettico con gli operatori privati, ma comunque nell'ambito di una ponderazione discrezionale in cui la doverosità verso lo sviluppo sostenibile (tributaria degli studi di Fracchia) diviene fattore determinante.

Queste (e forse molte altre) sono le immagini che sintetizzano la progressione del percorso intrapreso nel primo capitolo e che descrivono perciò la funzione del contratto di appalto pubblico, che da tipico strumento privatistico di soddisfazione di un mero interesse egoistico dell'amministrazione è divenuto strumento di governo, ovvero un mezzo che rende il soggetto pubblico «protagonista di iniziative che indirizzano e guidano la crescita del Paese»¹⁸³.

Questa è la premessa da cui ha preso le mosse lo studio sul superamento della concezione dicotomica delle due fasi della vicenda contrattuale. Una vicenda che altrove si è detta unitaria perché è per l'appunto unitario l'interesse ad essa sotteso. Ma il fatto che l'interesse pubblico permei tutta la sequenza negoziale non è un dato oblitterabile nei termini suddetti. Vi è qualcosa di più.

È la doverosa torsione verso l'interesse pubblico di un'attività amministrativa di base negozial-privatistica (altrimenti a dirsi, funzionalizzazione) che esige, per le due fasi dell'evidenza "pubblica" e del rapporto "privatistico", un'unitarietà interna ed una esterna. Aspetti questi ultimi che sono riconducibili a qualcosa di più delle sole conformazioni pubblicistiche imposte dal legislatore nella fase esecutiva e del legame evidente

spiega che è superata l'idea, presupposta all'art. 111, ult. comma, Cost., che «depositaria della giurisdizione fosse la magistratura ordinaria» e che alla medesima fosse «riconosciuta una legittimazione tendenzialmente onnicomprensiva». L'A. aggiunge che fra le soluzioni astrattamente ipotizzabili, ovvero l'istituzione di un nuovo organo a composizione mista e l'integrazione della Corte di cassazione con i magistrati operanti presso le giurisdizioni coinvolte, sarebbe da preferire quest'ultima perché realizzabile a costituzione invariata.

¹⁸² La proposta, presentata il 22 maggio 2018, è pubblicata all'indirizzo web <http://documenti.camera.it/leg18/pdl/pdf/leg.18.pdl.camera.649.18PDL0013250.pdf>.

¹⁸³ S. Valaguzza, *Governare per contratto*, cit., 15.

fra “un prima” e “un dopo” di un rapporto necessariamente connesso.

La fase di scelta del contraente è sì il momento iniziale del perseguimento dell’interesse pubblico in concreto, ma è al contempo un luogo di rapporti precontrattuali. Lo si è detto, l’affermazione è di grande rilievo perché è su questa base che oggi, a seguito della sentenza dell’adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 5/2018, si ammette la sussistenza di vere e proprie trattative privatistiche e, di tutta conseguenza, la più ampia estensione della responsabilità precontrattuale (*supra* cap. II, sez. I).

Per la fase esecutiva vale un rapporto eguale e contrario. L’idea che, a seguito della costituzione del vincolo, l’amministrazione si comporti come un normale privato non è solo contraddetta dalla legislazione positiva, ma anche e soprattutto dalle conseguenze derivanti dalla pervasività della funzionalizzazione. È per questo motivo che l’unitarietà esterna non può essere considerata come un mero collegamento temporale, perché quel carattere impone piuttosto uno statuto unitario (e quindi un’unitarietà interna) che garantisca l’evidenza (questa sì pubblicistica) ad una fase (geneticamente privatistica) in cui si realizza progressivamente l’interesse pubblico concreto (*supra* cap. II, sez. II).

Quelli che precedono sono aspetti che in estrema sintesi hanno fatto emergere la necessità di superare la tradizionale concezione bifasica dell’appalto, perché quella è forma e sostanza di una contrapposizione dicotomica non più predicabile in un sistema di regole omogenee e insensibili a forzose frammentazioni, nel quale si è preferito impiegare perciò la qualificazione “mediana” propria degli atti amministrativi negoziali.

Si è così deciso di rinunciare ad ostinarsi nella *fictio* secondo cui i poteri perché collocati temporalmente a valle della stipula del contratto siano tutti atti a carattere necessariamente ed esclusivamente privatistico¹⁸⁴ e a «cercare di enucleare e di censire» singoli episodi di autoritatività nella fase esecutiva¹⁸⁵; d’altronde quelle operazioni concettuali non solo non sono più utili perché metterebbero in crisi il concetto di unitarietà, ma esse si reggerebbero peraltro su forzature e falsificazioni reciproche utili al più solo per giustificare la giurisdizione del giudice ordinario o, di converso, di quello amministrativo¹⁸⁶.

Ebbene, è proprio con riguardo al profilo del riparto che deve essere evidenziato che l’unitarietà sostanziale ha un risvolto patologico che origina dalla complessità della fisiologica combinazione di momenti pubblico-privatistici e che è aggravato dalla fissità della tradizionale interpretazione dell’art. 103 Cost.: si tratta della frammentazione delle sedi titolari della giurisdizione sui singoli segmenti della vicenda contrattuale.

È per questi motivi che l’unitarietà della fattispecie non avrebbe potuto rappresentare

¹⁸⁴ È la prospettiva ampiamente indagata da S. Vinti, *Limiti funzionali all’autonomia negoziale*, cit., *passim*.

¹⁸⁵ Di recente, R. De Nictolis, *Il riparto di giurisdizione in materia di pubblici appalti*, cit., 3-4.

¹⁸⁶ Così, A. Angiuli, *Contratto pubblico e sindacato del giudice amministrativo*, cit., 114.

sic et simpliciter una soluzione al problema della frammentazione. Non sarebbe stato infatti sufficiente far derivare l'unitarietà o, meglio, l'unicità giurisdizionale in capo al giudice amministrativo dall'unitarietà sostanziale¹⁸⁷, perché una siffatta pretesa sarebbe rimasta nell'alveo delle dichiarazioni di principio, senza possibilità alcuna di sottrarsi al circolo vizioso dell'*irraggiungibile*; se non altro perché, in dottrina e in giurisprudenza, si sarebbe sempre potuto trovare un difensore della tradizionale interpretazione della regola di riparto capace di neutralizzare ogni pretesa di cambiamento¹⁸⁸.

Il percorso che si è deciso di intraprendere è stato pertanto differente.

Lo studio della storia del riparto nella materia dei contratti pubblici dimostra o, sarebbe meglio dire, ha confermato, quelle che più in generale sono state le ragioni del "ritorno in scena" del giudice amministrativo nel 1889, il quale, così come il diritto amministrativo sostanziale, dall'essere "strumento" e "garanzia" delle prerogative regie è divenuto fattore di tutela sia dell'interesse pubblico che dei privati¹⁸⁹.

La storia dei contratti pubblici può riprodurre in miniatura quella più generale del diritto amministrativo italiano. Così come il giudice amministrativo si riafferma su di un piano più generale per sopperire ad un *vulnus* di tutela, anche nell'evidenza pubblica il giudice amministrativo si riafferma per colmare il vuoto lasciato da un "deferente" giudice ordinario.

Ciò posto, se né il giudice amministrativo né quello ordinario sono degli a priori nella materia contrattuale¹⁹⁰; se cioè il loro "destino" è stato dettato da esigenze di tutela del privato nelle controversie relative alla fase dell'evidenza pubblica e alla sorte del contratto, nonché da un certo disinteresse per la fase esecutiva dovuto ad una sua presunta defunzionalizzazione; allora, una volta rilevato lo stato di forte incertezza che caratterizza in particolare il momento processuale relativo alla fase esecutiva, i descritti moti di spostamento della giurisdizione sarebbero dovuti proseguire allo scopo di garantire una tutela piena ed effettiva ai privati e, perché no, anche per senso di responsabilità verso i fini del mercato (unico) e dell'interesse pubblico sotteso al contratto. Ma così non è stato. Il netto riparto definito all'esterno della vicenda contrattuale (dalla Costituzione e dalla Corte

¹⁸⁷ Che, se non si erra, è la posizione assunta da A. Cicchinelli, *L'esecuzione dei contratti e la tutela dell'ambiente*, cit., che dalla discrezionalità sempre più pervasiva nella fase esecutiva fa discendere l'auspicio per una giurisdizione unitaria sulla materia contrattuale.

¹⁸⁸ È quanto è avvenuto per esempio prima che in sede di attuazione della direttiva ricorsi si estendesse la giurisdizione del giudice amministrativo alla sorte del contratto: «alla luce della sentenza n. 204/2004 della Consulta, sembrerebbe doversi escludere che la giurisdizione esclusiva possa estendersi ad atti di diritto privato, nei confronti dei quali il potere amministrativo è esercitato esclusivamente come fonte legittimante a contrarli» (A. De Siano e F. Rinaldi, *Brevi riflessioni su contratto e giurisdizione in attesa del recepimento della cd. "Direttiva ricorsi"*, in *Giustamm.it*, 2009, 7, 15).

¹⁸⁹ F. Merusi, *Dal 1865...e ritorno...al 1864*, cit., 683.

¹⁹⁰ Cfr. F. Ledda, *Per una nuova normativa sulla contrattazione pubblica*, cit., 331, il quale afferma che la devoluzione alla giurisdizione ordinaria delle controversie relative alla fase attuativa del rapporto sia avvenuta «per una sorta di stipulazione tacita».

costituzionale), volente o nolente, ha bloccato i moti di spostamento verso una giurisdizione unica nella materia contrattuale, con la conseguenza che attraverso quel netto riparto si è peraltro perseverato nella difesa della dicotomia fra le due fasi della vicenda¹⁹¹.

Insomma, se la storia ha insegnato che il riparto di giurisdizione nella materia dei contratti pubblici è stato tendenzialmente determinato dall'esigenza pratica di fornire una tutela (e anche una concentrazione delle tutele) piuttosto che da dei fissi presupposti teorici, il presente ha reciso quella tradizione, riconsegnando una situazione del tutto contraria a quella che si sarebbe creata se i moti "naturali" del riparto fossero proseguiti. E quei moti naturali, è bene evidenziarlo, sarebbero potuti continuare anche nell'attuale impianto costituzionale, perché non avrebbero manifestato una aprioristica resistenza rispetto alla regola di riparto fissata dall'art. 103 Cost., ma anzi, principiando dalla logica ad essi sottesa (la prioritaria considerazione delle esigenze di effettività della tutela) e tenendo conto del problema concreto dell'eccessiva frammentazione delle (nonché dell'incertezza sulle) giurisdizioni competenti, avrebbero piuttosto favorito quella lettura per combinato disposto poi patrocinata, su di un piano più generale, da Merusi.

Ebbene, quella da ultimo evocata è stata effettivamente la strada che si è percorsa. Così, non per pregiudizio, ma per coerenza e consequenzialità rispetto agli insegnamenti della storia, preso atto dell'unitarietà sostanziale ed evidenziata la frammentazione giurisdizionale nella materia dei contratti di appalto, ci si è domandati se e come una siffatta situazione potesse coordinarsi con un sistema processuale informato dal principio del giusto processo. Una volta compreso che il problema della giurisdizione sugli appalti consegue fisiologicamente alla struttura unitaria della vicenda contrattuale e che esso è favorito dalla lettura della regola del riparto, ci si è cioè chiesti se una qualche soluzione potesse passare per la reinterpretazione del dettato del testo costituzionale, tenuto conto che la Costituzione da «atto creativo» si è trasformata in «atto responsivo», nel quale la fissità delle norme è "assoggettata" alla loro capacità di fornire una risposta appropriata agli interrogativi emergenti in un dato periodo storico¹⁹².

È possibile che una diversa via potesse essere percorsa rimanendo nei binari tracciati dalle sentenze nn. 204/2004 e 191/2006 della Corte costituzionale. In effetti, questa strada è stata intrapresa da una parte della dottrina, che, muovendosi nel solco della giurisprudenza costituzionale, ha cercato di evidenziare la sussistenza dei necessari collegamenti mediati fra gli atti e i comportamenti della fase esecutiva con il sottostante potere

¹⁹¹ Così, F. Merusi, *Annullamento dell'atto amministrativo e caducazione del contratto*, cit., 573, ove l'A. aggiunge che «l'esistenza di due giudici imponeva di trovare interessi legittimi da una parte, accentuando la disciplina amministrativa della procedura tipizzata della formazione del consenso da parte della pubblica amministrazione e diritti soggettivi dall'altra, anche se il contratto era altrettanto tipizzato da norme di legge».

¹⁹² Cfr. G. Zagrebelsky, *Storia e Costituzione*, in *Il futuro della Costituzione*, a cura di G. Zagrebelsky, P.P. Portinaro e J. Luther, Torino, Einaudi, 1996, 35 ss., spec. 74.

autoritativo. Sennonché, come si è più volte affermato, quella prospettiva non ha portato ai risultati sperati, forse anche perché il “collegamento mediato” è «espressione sibilina»¹⁹³ dalla quale è arduo far derivare una regola generale ed imporla su tutta la fase esecutiva.

Muovendo allora dal generale al particolare, si è scoperto che tanto le evoluzioni ordinamentali quanto la valorizzazione del principio del giusto processo promossa da Merusi inducono a reinterpretare l'art. 103 Cost., nel senso che il legislatore potrebbe attribuire alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo intere materie caratterizzate anche solo dalla sussistenza di diritti soggettivi: con la conseguenza, qui dirimente, che quel giudice potrebbe conoscere di tutte le fasi dei contratti di appalto.

Memore della necessità di «evitare che l'eccesso di attenzione per l'irraggiungibile» (che qui a buon titolo potrebbe essere rappresentato dalla reinterpretazione dell'art. 103 Cost.) «si traduca nel pericolo dell'attuabile»¹⁹⁴ (ovvero la giurisdizione unica negli appalti), si ricorda che, nel caso di specie, l'“attuabile” ad interpretazione costituzionale invariata sarebbe divenuto semplicemente “irraggiungibile”. E allora, a scanso di equivoci, è bene avvertire di un dato. Ad aver imposto una rilettura delle regole generali del riparto sono state solo e soltanto le ricordate evidenze sistemiche (*supra* §4.1. e 4.2.): le criticità legate all'appalto sono servite solamente da pretesto (in positivo) e quindi da opportunità per lo studio che ne è seguito.

¹⁹³ F. Merusi, *La legalità amministrativa*, cit., 132.

¹⁹⁴ M. Dugato, *La riduzione della sfera pubblica?*, cit., 180.

Bibliografia

Agnello M.C., *Le zone d'ombra della responsabilità precontrattuale: il rapporto tra norme di relazione e di azione nella configurabilità della culpa in contrahendo della pubblica amministrazione*, in *Corr. giur.*, 2016, 1, 60 ss.

Agresti M., *Decisioni delle Gran Corti Civili in materia di diritto*, VII, Napoli, 1834-1835.

Alessi R., *Principi di diritto amministrativo*, I, Milano, Giuffrè, 1974.

Alessi R., *La responsabilità della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1955.

Allegretti U., *Democrazia partecipativa, ad vocem*, in *Enc. dir., Ann.*, IV, Milano, Giuffrè, 2011.

Allegretti U., *L'imparzialità amministrativa*, Padova, Cedam, 1965.

Alpa G., *Dal diritto pubblico al diritto privato, Parte prima*, Modena, Mucchi, 2017.

Alpa G., *Divagazioni sull'attività negoziale della p.a. nella nuova disciplina del procedimento amministrativo*, in *I contratti*, 2006, 2, 175 ss.

Amorth A., *Osservazioni sui limiti all'attività amministrativa di diritto privato*, in *Arc. dir. pubbl.*, 1938, 3, 455 ss.

Ancora F., *La "rescissione" del contratto di appalto di opere pubbliche*, Milano, Giuffrè, 1993.

Angiuli A., *Contratto pubblico e sindacato del Giudice Amministrativo, Contratto pubblico e sindacato del Giudice Amministrativo*, in *Annuario AIPDA 2009*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2010, 75 ss.

Annibali A., *Requisiti di idoneità e criteri di aggiudicazione dell'offerta*, in *Urb. app.*, 2010, 2, 205 ss.

Antonioli M. e Cardarelli F., *Il recepimento della Direttiva 66/2007/CE nell'ordinamento francese*, in *Il sistema della giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa*, a cura di G. Greco, Milano, Giuffrè, 2010, 223 ss.

Astone F. e Martines F., *Principio di legalità ed attività di diritto privato delle amministrazioni pubbliche*, in *Dir. econ.*, 2016, 1, 109 ss.

Astone F., *La giustizia amministrativa prima e dopo l'Unità: il contenzioso amministrativo, la sua abolizione e l'istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato*, in www.giustizia-amministrativa.it.

Atienza M. e Manero J.R., *Illeciti atipici: l'abuso del diritto, la frode alla legge, lo sviamento di potere*, Bologna, il Mulino, 2004.

Averardi A., *La decisione amministrativa tra dissenso e partecipazione. Le ragioni del «dibattito pubblico»*, in *Munus*, 2018, 1, 129 ss.

Balestra L., *Introduzione al diritto dei contratti*, Bologna, il Mulino, 2015.

Balestreri A.M., *Gli “appalti riservati” fra principio di economicità ed esigenze sociali*, in *Urb. app.*, 2009, 7, 789 ss.

Bandiera F.M., *Art. 1671. Recesso unilaterale del contratto*, in *Codice dell'appalto privato*, a cura di A. Luminoso, Milano, Giuffrè, 2016, 763 ss.,

Barbera A., *L'ordinamento della giustizia amministrativa, tra Parlamento e Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2004, 4, 715 ss.

Barone A., *Programmazione, pianificazione e progettazione*, in *L'amministrazione pubblica nella prospettiva del cambiamento: il codice dei contratti e la riforma Madia*, a cura di P.L. Portaluri, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2017, 151 ss.

Bassi F., *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2008.

Battelli E., *La disciplina del recesso*, in *I contratti di appalto privato*, a cura di V. Cuffaro, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, Torino, Utet, 2011, 245 ss.

Battini S., Franchini C., Perez R., Vesperini G. e Cassese S., *Manuale di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 2014.

Battini S., *La giustizia amministrativa in Italia: un dualismo a tradizione monista*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, 1, 47 ss.

Bellomia V., *La responsabilità precontrattuale tra contrattazione civile, del consumatore e di impresa*, Milano, Giuffrè, 2012.

Benatti F., *Responsabilità precontrattuale*, I, *Diritto civile*, in *Enc. giur.*, XXVII, Roma, Treccani, 1991.

Benatti F., *La responsabilità precontrattuale*, Milano, Giuffrè, 1963.

Bentivenga C., *Elementi di contabilità di Stato*, Milano, Giuffrè, 1950.

Benvenuti F., *Autotutela (diritto amministrativo), ad vocem*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, Giuffrè, 1959, 537 ss.

Benvenuti F., *Eccesso di potere per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, 1 ss.

Berti G., *Artt. 113 e 103, 1° e 2° comma, Cost.*, in *La magistratura*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, IV, Bologna-Roma, Zanichelli-Foro italiano, 1987, 85 ss.

Bianca C.M., *Istituzioni di diritto privato*, Milano, Giuffrè, 2014.

Bianca C.M., *Le autorità private*, Napoli, Jovene, 1977.

- Bifulco R., *La giustizia amministrativa nella Repubblica federale di Germania*, in *Ordinamenti europei di giustizia amministrativa*, a cura di G. Recchia, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da G. Santaniello, Padova, Cedam, 1996, 260 ss.
- Bigliazzi Geri L., *Interesse legittimo: diritto privato*, in *Digesto disc. Priv., sez. civ., IX*, Torino, Utet, 1993.
- Bigliazzi Geri L., *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1967.
- Bobbio N., *Stato, governo, società*, Torino, Einaudi, 1985.
- Bobbio N., *Dalla struttura alla funzione*, Milano, Edizioni di comunità, 1977.
- Bombardelli M., *Il silenzio assenso tra amministrazioni e il rischio di eccesso di velocità nelle accelerazioni procedimentali*, in *Urb. app.*, 2016, 7, 758 ss.
- Bombardelli M., *Semplificazione normativa e complessità del diritto amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2015, 3, 985 ss.
- Bonetti T., *La concessione di pubblici servizi tra influenza comunitaria e giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 3, 296 ss.
- Borasio D., *Attività precontrattuale, proposta e trattative*, in *Dir. pratica comm.*, 1928, 101 ss.
- Borsi U., *Esecutorietà degli atti amministrativi*, Torino, F.lli Bocca, 1901.
- Braibant G., *Le droit administratif français*, Paris, Dalloz, 1992.
- Breccia U., *Il principio di legalità nel diritto privato*, in *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, Milano, Giuffrè, 2008.
- Briguglio A., *Appunti sulle sezioni unite civili*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 1, 16 ss.
- Brocca M., *Criteri ecologici nell'aggiudicazione degli appalti*, in *Urb. app.*, 2003, 2, 168 ss.
- Brugnoli E., *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione si configura solo dopo l'aggiudicazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 5, 499 ss.
- Bruti Liberati E., *Accordi pubblici, ad vocem*, in *Enc. dir., Agg.*, V, Milano, Giuffrè, 2001.
- Bruti Liberati E., *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico tra amministrazione e privati*, Milano, Giuffrè, 1996.
- Burja A., *Using Green Public Procurement (GPP) for sustainable consumption and production*, in *Journal for European environmental & planning law*, 2009, 6.3, 319 ss.
- Cafagno M., *Analisi economica e procedure di gara per l'affidamento di contratti pubblici, alla luce delle nuove direttive europee*, in *Nuovo dir. soc.*, 2014, 21, 32 ss.

Cafagno M., *Flessibilità e negoziazione. riflessioni sull'affidamento dei contratti complessi*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2013, 5-6, 991 ss.

Cagnin V., *Diritto del lavoro e sviluppo sostenibile*, Milano-Padova, Wolters Kluwer-Cedam, 2018.

Calabrò M., *Appalti pubblici e semplificazione della procedura di presentazione delle offerte. Alla ricerca di un bilanciamento tra fiducia e controllo*, in *Dir. econ.*, 2017, 2, 219 ss.

Calabrò M., *La legittimazione ad agire a tutela delle risorse ambientali: la prospettiva dei beni comuni*, in *Dir. Soc.*, 2016, 4, 807 ss.

Calabrò M., *Sui presupposti della legittimazione ad agire delle associazioni ambientaliste*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2003, 2, 412 ss.

Calamandrei P., *Processo e giustizia*, in *Riv. dir. proc.*, 1950, 1, 273 ss.

Calvetti S., *Proroghe, affidamenti diretti ed immodificabilità del contratto*, in *Urb. app.*, 2018, 4, 562 ss.

Calvetti S., *È davvero ammissibile il rinnovo "espresso" dei contratti pubblici?*, in *Urb. app.*, 2014, 10, 1083.

Calvetti S., *C'era una volta, il rinnovo dei contratti pubblici*, in *Urb. app.*, 2012, 4, 432 ss.

Calvo R., *Il punto di vista civilistico*, in *Urb. app.*, 2010, 4, 435 ss.

Cammelli M., *Amministrazione di risultato*, in *Annuario AIPDA 2002*, Milano, Giuffrè, 2003, 107 ss.

Cammeo C., *I contratti della pubblica amministrazione. Capacità e legittimazione a contrattare*, (Ristampa varitipica dell'edizione del 1937), Firenze, C. Cya, 1954.

Cammeo F., *Corso di diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 1960.

Cammeo F., *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, Vallardi, 1910.

Cangelli F., *Potere discrezionale e fattispecie consensuali*, Milano, Giuffrè, 2004.

Cangelli F., *La dimensione attuale del vincolo teleologico nell'attività amministrativa consensuale*, in *Autorità e consenso nell'attività amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2002.

Cannada-Bartoli E., *Interesse (dir. amm.)*, ad vocem, in *Enc. giur.*, Milano, Giuffrè, 1972, XXII.

Cannada Bartoli E., *La tutela giudiziaria del cittadino verso la pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1964.

- Capaccioli E., *Manuale di diritto amministrativo*, I, Padova, Cedam, 1983.
- Caponigro R., *Il principio del favor participationis e la tutela delle piccole e medie imprese nell'affidamento degli appalti pubblici*, in *Giustamm.it*, 2017, 3.
- Caponigro R., *Il rapporto tra tutela della concorrenza ed interesse alla scelta del miglior contraente nell'impugnazione degli atti di gara*, in *Giustamm.it*, 2016, 6.
- Cappelletti M., *Giudici legislatori?*, Milano, Giuffrè, 1984.
- Caputi G. e Villa D., *Lo scioglimento del rapporto contrattuale per volontà della stazione appaltante: recesso e risoluzione*, in *Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, Commentario sistematico*, a cura di F. Saitta, Padova, Cedam, 2008, 885 ss.
- Caputi Jambrenghi M.T.P., *Studi sull'autoritarità nella funzione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2005.
- Caracciolo La Grotteria E., *Profili sul recesso negli appalti di servizi e forniture*, in *Dir. econ.*, 2016, 1, 187 ss.
- Caranta R., *Clausole sociali e ambientali e rispetto del principio di concorrenza*, in *La dimensione sociale della contrattazione pubblica. Disciplina dei contratti ed esternalizzazioni sostenibili*, a cura di C. Marzuoli e S. Torricelli, Napoli, Editoriale scientifica, 2017, 127 ss.
- Caranta R. e Dragos D.C., *La mini-rivoluzione del diritto europeo dei contratti pubblici*, in *Urb. app.*, 2014, 5, 493 ss.
- Caranta R., *I contratti pubblici*, Torino, Giappichelli, 2004.
- Carbone A. e Bellesini C., *Riparto di giurisdizione e controversie di diritto pubblico*, in *La giustizia amministrativa in Italia e in Germania: contributi per un confronto*, a cura di V. Cerulli Irelli, Milano, Giuffrè, 2017, 31 ss.
- Cardarelli F., *Commento a Cass. SS.UU. ord. 2906 del 12.01.2010*, in *federalismi.it*, 18 febbraio 2010, 10.
- Caringella F., *La giurisdizione esclusiva del G.A. in materia di appalti pubblici dopo la legge 205/2000*, in *Urb. app.*, 2001, 1, 70 ss.
- Caringella F., *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione: un istituto dal sesso incerto*, in www.giustizia-amministrativa.it.
- Carlotti G. e Fratini M., *L'appello al Consiglio di Stato*, Milano, Giuffrè, 2008.
- Caroli Casavola H., *Le regole e gli obiettivi strategici per le politiche Ue 2020*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 12, 1135 ss.

Caroli Casavola H., *La globalizzazione dei contratti delle pubbliche amministrazioni*, Milano, Giuffrè, 2012.

Carpentieri P., *Azione di adempimento e discrezionalità tecnica (alla luce del codice del processo amministrativo)*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 2, 385 ss.

Carpentieri P., *L'azione amministrativa e la sua inaggirabile specialità*, in www.giustizia-amministrativa.it.

Carrara G., *La formazione dei contratti*, Milano, Vallardi, 1915.

Carratta A., *Diritti fondamentali e riparto di giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 1, 27 ss.

Cartabia M., *Riflessioni in tema di eguaglianza e di non discriminazione*, in *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano, Giuffrè, 2011, 415 ss.

Casetta E., *Manuale di diritto amministrativo*, a cura di F. Fracchia, Milano, Giuffrè, 2017.

Casetta E., *Riflessioni in tema di discrezionalità amministrativa, attività vincolata e interpretazione*, in *Dir. econ.*, 1998, 3, 503 ss.

Casetta E., *Attività amministrativa, ad vocem*, in *Dig. disc. pubbl.*, I, Torino, Utet, 1987.

Casini S., *Clausola sociale: quando la sua assenza può viziare gli atti di gara*, in *Urb. app.*, 2018, 5, 699 ss.

Cassatella A., *Il dovere di motivazione nell'attività amministrativa*, Padova, Cedam, 2013.

Cassese S., *Monismo e dualismo giudiziario: storia e prospettive*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, 3, 583 ss., spec. 594.

Cassese S. e Torchia L., *Diritto amministrativo. Una conversazione*, Bologna, il Mulino, 2014.

Cassese S., *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*, Milano, Giuffrè, 2010.

Cassese S., *Verso la piena giurisdizione del giudice amministrativo: il nuovo corso della giustizia amministrativa italiana*, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, 12, 1221 ss.

Catricalà A., *L'autotutela della stazione appaltante*, in *Riv. trim. app.*, 2001, 3, 421 ss.

Cauduro A., *Eccesso di potere e abuso del diritto nella pubblica amministrazione*, Napoli, Jovene, 2018.

Cavallo Perin R. e Racca G.M., *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2010, 2, 325 ss.

Cavallo Perin R., *Procedimento amministrativo e giustizia amministrativa*, in *Storia d'Italia. Annali 14. Legge diritto giustizia*, Torino, Einaudi, 1998.

Cavallo Perin R., *Il contenuto dell'articolo 113 Costituzione fra riserva di legge e riserva di giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 1988, 4, 517 ss.

Cecchetti M., *Giusto processo (dir. cost.), ad vocem*, in *Enc. dir.*, Agg. V, Milano, Giuffrè, 2001.

Cellura T., *L'applicazione dei criteri ambientali minimi negli appalti pubblici: gli acquisti verdi dopo il correttivo al nuovo codice degli appalti (D. Lgs. n. 56/2017)*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2018.

Celone C., *La responsabilità dirigenziale tra Stato ed enti locali*, Napoli, Editoriale scientifica, 2018.

Cerulli Irelli V., *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2017.

Cerulli Irelli V., *Legittimazione "soggettiva" e legittimazione "oggettiva" ad agire nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 2, 341 ss.

Cerulli Irelli V., *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, Giappichelli, 2011.

Cerulli Irelli V., *Il potere amministrativo e l'assetto costituzionale delle funzioni di governo*, in *Dir. pubbl.*, 2011, 1, 33 ss.

Cerulli Irelli V. e Luciani F., *La giurisdizione amministrativa esclusiva nel settore degli appalti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 12, 1339 ss.

Cerulli Irelli V., *Diritto privato dell'amministrazione pubblica*, Torino, Giappichelli, 2008.

Cerulli Irelli V., *Il negozio come strumento di azione amministrativa*, in *Giustamm.it*, 2002, 6.

Cerulli Irelli V., *Innovazioni del diritto amministrativo e riforma dell'amministrazione*, in *Giustamm.it*, 2002, 4.

Cerulli Irelli V., *L'annullamento dell'aggiudicazione e la sorte del contratto*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, 11, 1195 ss.

Ceruti M., *La motivazione relativa alla procedura negoziata: obbligo o facoltà?*, in www.appaltiecontratti.it.

Cervale M.C., *Artt. 1655-1702*, in *Commentario al Codice civile*, a cura di P. Cendon, Milano, Giuffrè, 2008.

Chiarella M.L., *La responsabilità precontrattuale della Pubblica Amministrazione tra buona fede, efficienza e tutela dell'affidamento*, in federalismi.it, 2016.

Chiariello A.M., *La discrezionalità dell'antitrust nell'irrogazione delle sanzioni e la tutela del legittimo affidamento*, in *Munus*, 2017, 3, 701 ss.

Chieppa R., *Studi di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2007.

Chiti M.P., *La giustizia amministrativa serve ancora? La lezione degli "altri"*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2006, 3-4, 487 ss.

Cianflone A. e Giovannini G., *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, Giuffrè, 2012.

Cicchinelli A., *L'esecuzione dei contratti e la tutela dell'ambiente*, in *Giustamm.it*, 2016, 2.

Cimini S., *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche: uno studio critico*, Napoli, Editoriale scientifica, 2017.

Cintioli F., *Le innovazioni del processo amministrativo sui contratti pubblici (ancora in difesa del processo di parti)*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1, 3 ss.

Cioffi A., *L'ambiente come materia dello Stato e come interesse pubblico. Riflessioni sulla tutela costituzionale e amministrativa, a margine di Corte Cost. n. 225 del 2009*, in *Riv. giur. amb.*, 2009, 6, 970 ss.

Cirillo G.P., *Sistema istituzionale di diritto comune*, Milano, Wolters Kluwer-Cedam, 2018.

Civitarese Matteucci S., *Dai contratti a evidenza pubblica all'amministrazione pubblica dei contratti*, in *Pubblico e privato nell'organizzazione e nell'azione amministrativa*, a cura di G. Falcon e B. Marchetti, Padova, Cedam, 2013, 287 ss.

Civitarese Matteucci S., *Regime giuridico dell'attività amministrativa e diritto privato*, in *Dir. pubbl.*, 2003, 2, 405 ss.

Civitarese Matteucci S., *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*, Torino, Giappichelli, 1997.

Clarich M., *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, il Mulino, 2019.

Clarich M., *La tutela della concorrenza nei contratti pubblici*, in *Riv. giur. mezz.*, 2016, 3, 737 ss.

Clarich M. e Pisaneschi A., *Le sanzioni amministrative della Consob nel "balletto" delle giurisdizioni: nota a Corte costituzionale 27 giugno 2012, n. 163*, in www.giustizia-amministrativa.it.

Clarich M., *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, Cedam, 1989.

Cognetti S., *Osservazioni sul presunto "superamento" del modello pubblicistico*, in *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione*, a cura di S. Perongini, Torino, Giappichelli, 2017, 337 ss.

Colosimo C., *L'oggetto del contratto, tra tutela della concorrenza e pubblico interesse*, in *Le gare pubbliche: il futuro di un modello*, a cura di G.D. Comporti, Napoli, Editoriale scientifica, 2011, 65 ss.

Comba M., *L'esecuzione delle opere pubbliche*, Torino, Giappichelli, 2011.

Commandatore C., *Autotutela e recesso contrattuale della p.a.*, in *Urb. app.*, 2015, 6, 691 ss.

Comporti G.D., *Logiche di riparto per una rinnovata visione dei contratti pubblici*, in *Giur. it.*, 2018, 2, 434 ss.

Comporti G.D., *La flessibilità nelle negoziazioni pubbliche: questa sconosciuta*, in *Dir. soc.*, 2017, 2, 177 ss.

Comporti G.D., *La nuova sfida delle direttive europee in materia di appalti e concessioni, in federalismi.it*, 2015, 6, 1 ss.

Comporti G.D., *Problemi e tendenze dell'assetto regolatorio degli appalti pubblici*, in *Dir. econ.*, 2012, 3, 575 ss.

Comporti G.D., *Introduzione: dal potere discrezionale alle scelte negoziali*, in *Le gare pubbliche: il futuro di un modello*, a cura di G.D. Comporti, Napoli, Editoriale scientifica, 2011, 1 ss.

Comporti G.D., *Lo Stato in gara: note sui profili evolutivi di un modello*, in *Dir. econ.*, 2007, 2, 231 ss.

Corpaci A., *Il codice del processo amministrativo tra effettività della tutela e problemi di durata del rito ordinario*, in *Dir. pubbl.*, 2010, 3, 609 ss.

Corradino M., *Contenzioso e responsabilità nel settore degli appalti pubblici: elementi di continuità e di novità nel recente codice dei contratti pubblici*, in *Responsabilità e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, a cura di G.F. Cartei, Napoli, Editoriale scientifica, 2008, 428 ss.

Cortese F. e Secchi F., *Appalti pubblici comunitari e sistema di tutela nell'ordinamento tedesco*, in *Il sistema della giustizia amministrativa degli appalti pubblici in Europa*, a cura di G. Greco, Milano, Giuffrè, 2010, 261 ss.

Coviello L., *Della cosiddetta culpa in contrahendo*, in *Filangeri*, 1900, 25, 91 ss.

Cravero C., *Socially responsible public procurement and set-asides: a comparative analysis of the US, Canada and the EU*, in *Arctic review on law and politics*, 2017, 8, 174 ss.

Crepaldi G., *L'esecuzione del contratto*, in *Autorità e consenso nei contratti pubblici*, a cura di C.E. Gallo, Torino, Giappichelli, 2017, 135 ss.

Cudia C., *Funzione amministrativa e soggettività della tutela*, Milano, Giuffrè, 2008.

- D. Messinetti, *Abuso del diritto, ad vocem*, in *Enc. dir.*, Agg. II, Milano, Giuffrè, 1998.
- D'Alberti M., *Diritto amministrativo comparato*, Bologna, il Mulino, 2019.
- D'Alberti M., *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2008, 2, 297 ss.
- D'Alberti M., *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, Jovene, 1981.
- D'Alessio G., *Incarichi dirigenziali, riparto di giurisdizione e poteri del giudice ordinario*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2001, 3-4, 631 ss.
- D'Allura G., *La tutela aquiliana degli interessi legittimi - Introduzione al tema*, in *La tutela aquiliana degli interessi legittimi: atti del Convegno di Catania dei giorni 5 e 6 novembre 2004*, Catania, L. Strano, 2005, 1 ss.
- D'Amico G., *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, in *I contratti*, 2010, 1, 11 ss.
- D'Angelo F., *Esiste ancora il merito amministrativo?*, in *Concetti tradizionali del diritto amministrativo e loro evoluzione*, a cura di A. Carbone e E. Zampetti, Napoli, Jovene, 2018, 139 ss.
- D'Angelo G., *Direttiva n. 2007/66/ce e giurisdizione nelle controversie sui contratti pubblici*, in *Corr. giur.*, 2010, 6, 747 ss.
- Dallari F., *I soggetti ammessi alle procedure di affidamento*, in *Diritto dei contratti pubblici*, a cura di F. Mastragostino, Torino, Giappichelli, 2017, 321 ss.
- Dallari F., *Gli appalti verdi*, in *Gli strumenti economici e consensuali del diritto dell'ambiente*, a cura di F. Mastragostino, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011, 89 ss.
- De Lise P., *Effettività della tutela e processo sui contratti pubblici*, in www.giustizia-amministrativa.it.
- De Michele A., *La stipula e l'esecuzione del contratto*, in *Diritto dei contratti pubblici*, a cura di F. Mastragostino, Torino, Giappichelli, 2017, 433 ss.
- De Nictolis R., *I nuovi appalti pubblici. Appalti e concessioni dopo il d.lgs. 56/2017*, Bologna, Zanichelli, 2017.
- De Nictolis R., *Le procedure di affidamento*, in *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, I, a cura di R. De Nictolis, Milano, Giuffrè, 2007, 676 ss.
- De Nictolis R., *Giurisdizione ordinaria e pubblica Amministrazione: limiti esterni*, in www.treccani.it.
- De Nictolis R., *Il riparto di giurisdizione in materia di pubblici appalti*, in www.giustizia-amministrativa.it.

- De Nictolis R., *Le procedure di scelta del contraente*, in www.giustizia-amministrativa.it.
- De Pauli L., *I "costi del ciclo di vita" nel nuovo codice degli appalti*, in *Urb. app.*, 2016, 6, 625 ss.
- De Portu C., *La suddivisione in lotti alla prova della scelta spettante alle Stazioni appaltanti*, in *Urb. app.*, 2018, 4, 523 ss.
- De Rose C., *Le novità per gli appalti pubblici e per il loro futuro: dal Libro Verde del Commissario Monti alle prospettive di mondializzazione*, pt. I, in *Cons. St.*, 1997, 3, 483 ss. e pt. II, in *Cons. St.*, 1997, 4, 691 ss.
- De Siano A. e Rinaldi F., *Brevi riflessioni su contratto e giurisdizione in attesa del recepimento della cd. "Direttiva ricorsi"*, in *Giustamm.it*, 2009, 7.
- Deodato C., *L'estensione dell'ambito applicativo del criterio del massimo ribasso: una scelta giusta*, in www.giustizia-amministrativa.it.
- Di Amato A., *Sanzioni agli esponenti aziendali di banche e imprese d'investimento e problemi di giurisdizione*, in *Corr. giur.*, 2002, 4, 500 ss.
- Di Benedetto U., *Attività non autoritativa della P.A.: quali regole, quali finalità, quali tutele?*, in www.giustizia-amministrativa.it.
- Di Giovanni A., *L'ambiente sostenibile nel nuovo Codice degli appalti: green public procurement e certificazioni ambientali*, in *Dir. econ.*, 2018, 1, 157 ss.
- Di Majo A., *La tutela civile dei diritti*, III, Milano, Giuffrè, 2003.
- Di Majo A., *Offerta al pubblico (dir.priv.), ad vocem*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, Giuffrè, 1979.
- Dipace R., *L'attività di programmazione come presupposto di decisioni amministrative*, in *Dir. soc.*, 2017, 4, 647 ss.
- Dipace R., *Le procedure di scelta del contraente e i criteri di aggiudicazione*, in *I contratti di appalto pubblico*, a cura di C. Franchini, Torino, Utet, 2010, 601 ss.
- Dipace R., *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, Milano, Giuffrè, 2006.
- Doni N. e Mori P.A., *Appalti pubblici e discrezionalità: problemi e soluzioni secondo la teoria economica*, in *Le gare pubbliche: il futuro di un modello*, a cura di G.D. Comporti, Napoli, Editoriale scientifica, 2011, 41 ss.
- Dugato M., *Sviluppo economico e semplificazione dei procedimenti urbanistici: l'eterna illusione*, in *Pianificazione urbanistica e attività economiche*, a cura di P. Stella Richter, Milano, Giuffrè, 2016, 33 ss.
- Dugato M., *Organizzazione delle amministrazioni aggiudicatrici e contrasto alla corruzione nel settore degli appalti pubblici*, in *Munus*, 2015, 3, 667 ss.

Dugato M., *La società a partecipazione pubblica degli enti territoriali: va il cavaliere per il regno di Logres*, in *Ist. fed. Quad.*, 2011, 2, 5 ss.

Dugato M., *La riduzione della sfera pubblica?*, in *Dir. amm.*, 2002, 1, 169 ss.

Dugato M., *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Milano, Giuffrè, 1996.

Eckert G., *La commande publique, un levier pour l'action publique?*, in *La commande publique, un levier pour l'action publique?*, diretto da E. Muller, Parigi, Dalloz, 2018, 1 ss.

Falco G., *L'abuso del contratto: principi generali*, in *Il contratto*, a cura di G. Buffone, C. De Giovanni e A.I. Natali, Padova, Cedam, 2013, II, 2055 ss.

Falcon G., *Percorsi del rapporto pubblico privato*, in *Pubblico e privato nell'organizzazione e nell'azione amministrativa*, in *Pubblico e privato nell'organizzazione e nell'azione amministrativa. Problemi e prospettive*, a cura di G. Falcon e B. Marchetti, Padova, Cedam, 2013, 383 ss.

Falconi F., *In tema di posizioni giuridiche soggettive nei contratti della pubblica amministrazione*, in *Foro amm. acque pubbl.*, 1971, II, 82 ss.

Fantini S. e Simonetti H., *Le basi del diritto dei contratti pubblici*, Milano, Giuffrè, 2017.

Fari A., *I contratti attivi: l'evidenza pubblica tra regole di contabilità e di mercato*, Napoli, Editoriale scientifica, 2018.

Ferrara R., *Introduzione al diritto amministrativo*, Roma-Bari, Laterza, 2014.

Ferrari V., *L'equivoco del giudice legislatore*, in *Foro it.*, 2017, 9, 295 ss.

Ferri G.B., *In tema di formazione progressiva del contratto e di negozio formale «per relationem»*, in *Riv. dir. comm.*, 1964, 2, 192 ss.

Fidone G., *Lotta alla corruzione e perseguimento dell'efficienza*, in *Riv. giur. mezz.*, 2016, 3, 753 ss.

Fidone G., *La corruzione e la discrezionalità amministrativa: il caso dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 3, 325 ss.

Fidone G., *Gli appalti verdi all'alba delle nuove direttive: verso modelli più flessibili orientati a scelte eco-efficienti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2012, 5, 819 ss.

Fierro M., *Il diritto europeo e i giudici comuni*, in *I diritti fondamentali nell'ordinamento giuridico comunitario e negli ordinamenti nazionali*, a cura di M. Fierro, R. Nevola e D. Diaco, Servizio studi della Corte costituzionale, Madrid, 27 ottobre 2017.

Filippo R., *Dovere di informazione e responsabilità precontrattuale: dalle clausole generali alla procedimentalizzazione dell'informazione*, in *Resp. civ.*, 2012, 3, 173 ss.

Follieri E., *La prospettiva amministrativistica sugli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2004, 9, 2757 ss.

Forte F., *I nuovi confini della giurisdizione sui contratti*, in *La gestione del nuovo processo amministrativo: adeguamenti organizzativi e riforme strutturali. Atti del LVI Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna-Villa Monastero – 23-25 Settembre 2010*, Milano, 2011, 191 ss.

Forti L., *Sulla formazione dei contratti dello Stato*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1938, 7, 3 ss.

Forti U., *Ancora del cosiddetto annullamento dei contratti e della competenza amministrativa*, in *Foro it.*, 1936, III, 283 ss.

Fracchia F., *Introduzione allo studio del diritto dell'ambiente. Principi, concetti e istituti*, Napoli, Editoriale scientifica, 2013.

Fracchia F., *Il principio dello sviluppo sostenibile*, in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, a cura di M. Renna e F. Saitta, Milano, Giuffrè, 2012, 433 ss.

Fracchia F., *Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell'altro tra protezione dell'ambiente e tutela della specie umana*, Napoli, Editoriale scientifica, 2010.

Fracchia F., *Sviluppo sostenibile e diritti delle generazioni future*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2010, 0, 13 ss.

Fracchia F., *L'accordo sostitutivo*, Padova, Cedam, 1998.

Franchini C., *Pubblico e privato nei contratti delle amministrazioni*, in *Una nuova pubblica amministrazione: aspetti problematici e prospettive di riforma dell'attività contrattuale*, a cura di C. Franchini e F. Tedeschini, Torino, Giappichelli, 2009, 1 ss.

Franchini C., *I contratti della p.a. tra diritto pubblico e diritto privato*, in *I contratti con la pubblica amministrazione*, a cura di C. Franchini, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, Torino, Utet, I, 2007, 51 ss.

Franco I., *La responsabilità precontrattuale della p.a. nei "lavori in corso" per l'assestamento dei criteri di riparto della giurisdizione*, in *Urb. app.*, 2006, 1, 72 ss.

Franzese L., *Ordine economico e ordinamento giuridico*, Padova, Cedam, 2006, 127 ss.

Franzoni M., *Degli effetti del contratto*, I e II, in *Il codice civile commentario*, fondato da P. Schlesinger e diretto F.D. Busnelli, Milano, Giuffrè, 2013.

Frediani E., *Il paradigma trasversale dello sviluppo sostenibile*, in *Dir. econ.*, 2015, 1, 49 ss.

Gabrielli E., *Il contratto e le sue classificazioni*, in *I contratti in generale*, I, a cura di E. Gabrielli, Torino, Utet, 2006.

- Gabrielli G. e Padovini F., *Recesso (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, Giuffrè, 1988, 27 ss.
- Galgano F., *Qui suo iure abutitur neminem laedit?*, in *Contr. impr.*, 2011, 2, 311 ss.
- Galgano F., *Art. 1372 (Efficacia del contratto)*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca, Libro quarto – Delle obbligazioni*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, Zanichelli, 1993.
- Gambardella F., *Le regole del dialogo e la nuova disciplina dell'evidenza pubblica*, Torino, Giappichelli, 2016.
- Gasparri W., *La struttura del contentieux administratif, le tutele differenziate e i riti speciali nell'ordinamento francese*, in *Discipline processuali differenziate nei diritti amministrativi europei*, a cura di D. Sorace, Firenze, 2009, 123 ss.
- Gazzoni F., *Equità e autonomia privata*, Milano, Key, 2019.
- Geuna F., *La responsabilità precontrattuale nei contratti pubblici sussiste solo in caso di legittimo affidamento*, in *Resp. civ. prev.*, 2014, 5, 1678 ss.
- Giagnoni L., *Responsabilità precontrattuale della P.A. anche prima dell'aggiudicazione*, in *Urb. app.*, 2018, 5, 645 ss.
- Giannelli A., *Contratti pubblici: stabilità del rapporto e interessi pubblici*, in *Dir. econ.*, 2016, 1, 127 ss.
- Giannini A.D., *In tema di recesso unilaterale dal contratto di appalto*, in *Giur. op. pubbl.*, 1941, 344 ss.
- Giannini M.S., *Diritto amministrativo*, I - II, Milano, Giuffrè, 1993.
- Giannini M.S. e Piras A., *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione, ad vocem*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, Giuffrè, 1970.
- Giannini M.S., *La responsabilità precontrattuale dell'amministrazione pubblica*, in *Raccolta di scritti in onore di Arturo Carlo Jemolo*, III, Milano, Giuffrè, 1963, 265 ss.
- Giannini M.S., *L'attività amministrativa*, Roma, Jandi Sapi, 1962.
- Giannini M.S., *Atto amministrativo, ad vocem*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, Giuffrè, 1959.
- Giannini M.S., *Attività amministrativa, ad vocem*, in *Enc. dir.*, III, Milano, Giuffrè, 1958.
- Giannini M.S., *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1939.
- Giavazzi M., *Gli interessi legittimi negoziali*, in *Riv. trim. app.*, 2006, 2, 387 ss.

Gigliani F., *La legittimazione processuale attiva per la tutela dell'ambiente alla luce del principio di sussidiarietà orizzontale*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 1, 413 ss.

Gili L., *Discrezionalità amministrativa e nuova offerta economicamente più vantaggiosa alla luce del d.lgs. n. 50 del 2016, Discrezionalità amministrativa e nuova offerta economicamente più vantaggiosa alla luce del d.lgs. n. 50 del 2016*, in *Riv. trim. app.*, 2017, 1, 205 ss.

Gili L., *La nuova offerta economicamente più vantaggiosa e la discrezionalità amministrativa a più fasi*, in *Urb. app.*, 2017, 1, 24 ss.

Gioffrè N., *L'evidenza pubblica nell'attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Napoli, Jovene, 1995.

Giorgi G., *La dottrina delle persone giuridiche o corpi morali*, II, Firenze, Cammelli, 1891.

Goggiani F., *Il recesso*, in *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da M.A. Sandulli, R. De Nictolis e R. Garofoli, V, Milano, Giuffrè, 2008, 3661 ss.

Goisis F., *Discrezionalità ed autoritatività nelle sanzioni amministrative pecuniarie, tra tradizionali preoccupazioni di sistema e nuove prospettive di diritto europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2013, 1, 79 ss.

Goisis F., *Ordinamento comunitario e sorte del contratto, una volta annullata l'aggiudicazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 1, 116 ss.

Gorla G., *Offerta «ad incertam personam» (Saggi per un nuovo tipo di nota a sentenza)*, in *Foro it.*, 1965, 1, 434 ss.

Greco G., *Argomenti di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2017.

Greco G., *Illegittimo affidamento dell'appalto, sorte del contratto e sanzioni alternative nel d.lgs. 53/2010*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2010, 3-4, 729 ss.

Greco G., *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato. I contratti ad evidenza pubblica*, Milano, Giuffrè, 1986.

Greco G., *Revisione dei prezzi e giurisdizione. Problemi veri e falsi*, in *Dir. proc. amm.*, 1985, 98 ss.

Gualdani A., *Verso una nuova unitarietà della revoca e dell'annullamento d'ufficio*, Torino, Giappichelli, 2016.

Guarino A., *L'ordinamento giuridico romano*, Napoli, Jovene, 1990.

Guarino G., *Intorno alla responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, in *Rass. lav. pubbl.*, 1965, 2, 397 ss.

Guarnieri E., *The participation of small and medium-sized enterprises in public procurements*, in *Annual international conference. Proceedings. 25th – 26th June 2018, Singapore*, GSTF, 2018, 130 ss.

Guicciardi E., «*Causa petendi*» e «*petitum*»: verso la soluzione della crisi?, in *Giur. it.*, 1949, 3.

Guillou D., *La distinction entre les actes détachables et le contrat*, in *Revue juridique de l'ouest*, 2014, 3, 19 ss.

Hatzis N., *The legality of SME development policies under EC procurement law*, in *Social and environmental policies in EC procurement law: new directives and new directions*, a cura di S. Arrowsmith e P. Kunzlik, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, 345 ss.

Huber P.M., *La tutela giurisdizionale in materia di appalti pubblici – in particolare al di sotto della soglia comunitaria*, in *I contratti della pubblica amministrazione in Europa*, a cura di E. Ferrari, Torino, 2003, 149 ss.

Idoux P., *La commande publique au service du développement durable*, in *La commande publique, un levier pour l'action publique?*, diretto da E. Muller, Paris, Dalloz, 2018, 107 ss.

Impinna M.A., *Nota a Corte costituzionale 15 aprile 2014, n. 94*, in *Giur. comm.*, 2015, 1, 11 ss.

Ingrosso M., *Istituzioni di diritto finanziario*, Napoli, Jovene, 1935.

Irti C., *Gli "appalti verdi" tra pubblico e privato*, in *Contr. impr. europa*, 2017, 183 ss.

Iudica G., *Il contratto di appalto*, in *I contratti, Obbligazioni, III*, in *Diritto civile*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, coordinato da A. Zoppini, Milano, Giuffrè, 2009.

Junker K.W., *The progression of the sustainability concept in environmental law*, in *Umwelt und Gesundheit Online*, 2012, 5, 13 ss.

Kelsen H., *Diritto pubblico e diritto privato*, in *Riv. it. fil. dir.*, 1924, 340 ss.

Kidalov M.V. e Snider K.F., *US and European public procurement policies for small and medium-sized enterprises (SME): a comparative perspective*, in *Business and politics*, 2011, 13, 4.

Kurcani K., *La rotazione nei contratti pubblici sotto-soglia: un principio dai confini incerti*, in *Munus*, 2019, 1, 343 ss.

La Rosa G., *Lo scioglimento del contratto della pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 4, 1453 ss.

Lacava C., *I criteri di aggiudicazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 4, 459 ss.

Lamberti C. e Villamena S., *Nuove direttive appalti: “sistemi di selezione” e “criteri di aggiudicazione”*, in *Urb. e app.*, 2015, 8-9, 873 ss.

Lamberti C., *Il punto di vista amministrativistico*, in *Urb. app.*, 2010, 4, 427 ss.

Lamorgese A., *La rilevanza pubblica dell'esecuzione del contratto di appalto con la pubblica amministrazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 4, 642 ss.

Lamorgese A., *La giurisdizione contesa. Cittadini e pubblica amministrazione*, Torino, Giappichelli, 2014.

Ledda F., *Per una nuova normativa sulla contrattazione pubblica*, in *Studi in onore di Antonio Amorth*, I, Milano, Giuffrè, 1982, 319 ss.

Ledda F., *Il problema del contratto nel diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 1965.

Liguori F., *La funzione amministrativa, l'autoritatività e il diritto privato*, in *La funzione amministrativa. Aspetti di una trasformazione*, Napoli, Editoriale scientifica, 2009.

Lipari M., *Il recepimento della “direttiva ricorsi”: il nuovo processo super accelerato in materia di appalti e l'inefficacia “flessibile” del contratto nel d.lgs. n. 53 del 2010*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2010, 1, 56 ss.

Lipari M., *La nuova giurisdizione esclusiva in materia edilizia, urbanistica e dei pubblici appalti*, in *Urb. app.*, 1998, 6, 592 ss.

Lipari N., *Giudice legislatore*, in *Foro it.*, 2017, 1, 492 ss.

Loi M.L. e Tessitore F., *Buona fede e responsabilità precontrattuale*, Milano, Giuffrè, 1975.

Lolli A., *L'atto amministrativo nell'ordinamento democratico*, Milano, Giuffrè, 2000.

Lopilato V., *Vizi della procedura di evidenza pubblica e patologie contrattuali*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2006, 1519 ss.

Lucattini S., *Il giudice amministrativo alla prova dei fatti*, in *Dir. e proc. amm.*, 2017, 3, 1415 ss.

Luciani M., *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in *Rivista AIC*, 2014, 4.

Lucidi G., *Le specifiche tecniche dei nuovi bandi*, in *Giustamm.it*, 2016, 2.

Lunardelli M., *Il procedimento a evidenza pubblica come strumento di prevenzione della corruzione*, in *La prevenzione della corruzione. Quadro normativo e strumenti di un sistema in evoluzione. Atti del Convegno, Pisa, 5 ottobre 2018*, a cura di A. Pertici e M. Trapani, Torino, Giappichelli, 2019, 165 ss.

Macchia M., *La qualificazione delle amministrazioni appaltanti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 1, 50 ss.

- Magazzù A., *Il recesso del committente dall'appalto*, in *Giust. civ.*, 2009, 12, 45 ss.
- Maltoni A., *Considerazioni in tema di attività procedurali a regime privatistico delle amministrazioni pubbliche*, in *Dir. amm.*, 2011, 1, 97 ss.
- Manfredi G., *Il regolamento sul dibattito pubblico: democrazia deliberativa e sindrome di nimby*, in *Urb. app.*, 2018, 5, 604 ss.
- Manfredi G., *Note introduttive sulla disciplina dei contratti attivi della pubblica amministrazione*, in *Dir. econ.*, 2016, 1, 41 ss.
- Manganaro F. e Gardini S., *Annullamento in autotutela dell'aggiudicazione e sorte del contratto*, in *Urb. app.*, 2015, 4, 457 ss.
- Manganaro F., *Recesso dall'appalto pubblico e giurisdizione ordinaria*, in *Urb. app.*, 2014, 7, 798 ss.
- Mangoni W.T., *Sulla giurisdizione in materia di sanzioni irrogate dalla Consob e dalla Banca d'Italia*, in www.diritto-amministrativo.org.
- Maninetti P., *Responsabilità precontrattuale e risarcimento dei danni: verso una concezione sempre più estensiva*, in *Danno e resp.*, 2000, 10, 985 ss.
- Mantellini G., *Relazione sulle avvocature erariali per l'anno 1880*, in *Legge*, 1881, I, 787 ss.
- Mantellini G., *Lo Stato e il codice civile*, I - II, Firenze, G. Barbèra, 1880.
- Marchetti B., *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto: esperienze europee a confronto*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 1, 95 ss.
- Marchianò G., *La regolamentazione nella domanda pubblica alla luce della legge delega di recepimento delle nuove direttive: il ruolo dell'amministrazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2016, 1, 1 ss.
- Marotta L., *Osservazioni sulle leggi dell'amministrazione civile del Regno delle due Sicilie*, Napoli, 1824.
- Marzaro P., *Epistemologie del paesaggio: natura e limiti del potere di valutazione delle amministrazioni*, in *Dir. pubbl.*, 2014, 3, 843 ss.
- Marzaro P., *Grandi imprese in crisi, leggi «interpretative» e uso strumentale del riparto di giurisdizione (sulla legge 23 agosto 1988, n. 391)*, in *Dir. soc.*, 1990, 2, 299 ss.
- Marzuoli C., *Le privatizzazioni fra pubblico come soggetto e pubblico come regola*, in *Dir. pubbl.*, 1995, 4, 393 ss.
- Marzuoli C., *Principio di legalità e attività di diritto privato della Pubblica Amministrazione*, Milano, 1982.

Massella Ducci Teri N., *Contributo ad una teoria generale del negozio di recesso*, Milano, Giuffrè, 2016.

Massera A., *Lo Stato che contratta e che si accorda. Vicende della negoziazione con le PP.AA., tra concorrenza per il mercato e collaborazione con il potere*, Pisa, Pisa University Press, 2011.

Massera A., *L'attività contrattuale*, in *Diritto amministrativo comparato*, a cura di G. Napolitano, Milano, Giuffrè, 2007, 175 ss.

Mastragostino F., *La disciplina dei contratti pubblici fra diritto interno e normativa comunitaria*, in *Diritto dei contratti pubblici*, a cura di F. Mastragostino, Torino, Giappichelli, 2017, 1 ss.

Mattarella B.G., *La centralizzazione delle committenze*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 5, 613 ss.

Mattarella B.G., *L'imperatività del provvedimento amministrativo: saggio critico*, Padova, Cedam, 2000.

Mattarella B.G., *Le sanzioni amministrative nel nuovo ordinamento bancario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1996, 3, 679 ss.

Mazzamuto M., *I principi costitutivi del diritto amministrativo come autonoma branca del diritto per rapporto al diritto civile*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 2, 463 ss.

Mazzamuto M., *Per una doverosità costituzionale del diritto amministrativo e del suo giudice naturale*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 1, 143 ss.

Mazzamuto M., *Verso la giurisdizione esclusiva del giudice ordinario?*, in *Giur. it.*, 1999, 5, 1123 ss.

Mazzuca M., *Incidenza degli interessi pubblici e privati nel contratto di appalto: il recesso*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2010.

McCrudden C., *International Economic Law and the Pursuit of Human Rights: A Framework for Discussion of the Legality of 'Selective Purchasing' Law under the WTO Government Procurement Agreement*, in *Journal of International Economic Law*, 1999, 3 ss.

Meale A., *La legittimazione all'impugnazione della "lex specialis"*, in *Urb. app.*, 2018, 6, 795 ss.

Merusi F., *Dal 1865...e ritorno...al 1864. Una devoluzione al giudice ordinario della giurisdizione nei confronti della pubblica amministrazione a rischio di estinzione*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 3, 671 ss.

Merusi F., *La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti*, Bologna, il Mulino, 2012.

Merusi F., *Nuove avventure e disavventure della legalità amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2011, 4, 741 ss.

- Merusi F., *Commento agli artt. 1-3*, in *Il processo amministrativo: commentario al D.lgs. 104/2010*, a cura di A. Quaranta e V. Lopilato, Milano, Giuffrè, 2011, 65 ss.
- Merusi F., *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, in *Dir. pubbl.*, 2007, 2, 427 ss.
- Merusi F., *Il diritto privato della pubblica amministrazione alla luce degli studi di Salvatore Romano*, in *Dir. amm.*, 2004, 4, 649 ss.
- Merusi F., *Annullamento dell'atto amministrativo e caducazione del contratto*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2004, 2, 569 ss.
- Merusi F., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico: dagli anni Trenta all'alternanza*, Milano, Giuffrè, 2001.
- Messineo F., *Il contratto in genere*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, Giuffrè, 1973, XXI, 324 ss.
- Meucci L., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Roma, 1879.
- Miele G., *Questioni vecchie e nuove in materia di distinzione del diritto dall'interesse nella giustizia amministrativa*, in *Foro amm.*, 1940, IV, 67 ss.
- Militerni G.M., *L'esecuzione del contratto*, in *Le nuove direttive europee in materia di appalti e concessioni*, a cura di S. Gallo, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2014, 215 ss.
- Misserini G., *Fase di esecuzione degli appalti pubblici e conseguente riparto di giurisdizione*, in *Urb. app.*, 2006, 8, 933 ss.
- Moliterni A., *Amministrazione consensuale e diritto privato*, Napoli, Jovene, 2016.
- Moliterni A., *Pubblico e privato nell'attività negoziale della p.a.*, in *Riv. it. scienze giur.*, 2016, 7, 331 ss.
- Montini M., *La tutela del lavoro nella contrattazione pubblica*, in *La dimensione sociale della contrattazione pubblica. Disciplina dei contratti ed esternalizzazioni sostenibili*, a cura di C. Marzuoli e S. Torricelli, Napoli, Editoriale scientifica, 2017, 147 ss.
- Morbidelli G., *In tema di art. 29 l. 241/1990 e di principi generali del diritto amministrativo*, in *Giustamm.it*, 2010, 3.
- Morrone A., *Abrogazione e "reviviscenza" nella motivazione della sent. n. 13 del 2012 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2012, 1, 121 ss.
- Mortati C., *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1958.
- Morzenti Pellegrini R., *Le procedure di scelta del contraente*, in *Autorità e consenso nei contratti pubblici alla luce delle direttive 2014*, a cura di C.E. Gallo, Torino, Giappichelli, 2014, 55 ss.

Moscarini L.V., *Risarcibilità del danno da lesione di interessi legittimi e nuovo riparto di giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 4, 803 ss.

Moscarini L.V., *Profili civilistici del contratto di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 1988.

Musolino G., *Art. 109*, in *Commentario breve alla legislazione sugli appalti pubblici e privati*, a cura di A. Carullo e G. Iudica, Milano, Wolters Kluwer – Cedam, 2018, 1063 ss.

Musolino G., *L'esecuzione dell'appalto nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Riv. trim. app.*, 2016, 3, 457 ss.

Musolino G., *Il recesso del committente nell'appalto pubblico*, in *Riv. trim. app.*, 2011, 3, 567 ss.

Musolino G., *Il recesso e le altre cause di estinzione del contratto di appalto*, in *Riv. trim. app.*, 2000, 1, 51 ss.

Napolitano G., *L'attività amministrativa e il diritto privato*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 5, 481 ss.

Napolitano G., *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2003.

Nicholas C. e Müller A.C., *SME Participation in Government Procurement Markets, in Small and medium-sized enterprises in International economic law*, a cura di T. Rensmann, Oxford, Oxford University Press, 2017, 123 ss.

Nigro M., *Giustizia amministrativa*, Bologna, il Mulino, 2002.

Nigro M., *La riforma del processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1980.

Nigro M., *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1966.

Nigro M., *L'amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato: a proposito di condizioni legali*, in *Foro it.*, 1961, 1, 462 ss.

Nunzia M., *La sospensione degli effetti del contratto da parte del giudice amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 1, 91 ss.

Oberto G., *Offerta al pubblico*, in *Dig. disc. priv. (sez. civ.)*, ad vocem, XIII, Torino, Utet, 1997.

Onida V., *La discrezionalità amministrativa e il sindacato giurisdizionale*, in *Giorn. dir. amm.*, 1995, 6, 669 ss.

Oppo G., *Diritto privato e interessi pubblici*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, 1, 25 ss.

Orlandi M., *Contro l'abuso del diritto (in margine a Cass. 18 settembre 2009, n. 20106)*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 2, 147 ss.

Orlando V.E., *La giustizia amministrativa*, in *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V.E. Orlando, I, Milano, Società editrice italiana, 1900.

Orlando V.E., *Principii di diritto amministrativo*, Firenze, Barbèra, 1891.

Orsi Battaglini A., *Alla ricerca dello stato di diritto: per una giustizia non amministrativa: Sonntagsgedanken*, Milano, Giuffrè, 2005.

Orsi Battaglini A., *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 1, 3 ss.

Pagni I., *La giurisdizione tra effettività ed efficienza*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 2, 401 ss.

Pajno A., *Il giudice amministrativo italiano come giudice europeo*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 2, 585 ss.

Pajno A., *La specialità del diritto e della giustizia amministrativa*, in *Attraversare i confini del diritto*, a cura di L. Torchia, Bologna, il Mulino, 2016, 129 ss.

Pajno A., *La giurisdizione*, in *Diritto processuale amministrativo*, a cura di A. Sandulli, Milano, Giuffrè, 2013, 27 ss.

Pajno A., *Le norme costituzionali sulla giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 3, 419 ss.

Pajno A., *Il riparto della giurisdizione*, in *Trattato di diritto amministrativo*, V, *Diritto amministrativo speciale, Il processo amministrativo*, a cura di S. Cassese, Milano, Giuffrè, 2003, 4193 ss.

Paliero C.E. e Travi A., *Sanzioni amministrative, ad vocem*, in *Enc. dir.*, XLI, Milano, Giuffrè, 1989.

Paliero C.E. e Travi A., *La sanzione amministrativa: profili sistematici*, Milano, Giuffrè, 1988.

Palmieri D., *La responsabilità precontrattuale nella giurisprudenza*, Milano, Giuffrè, 1999.

Pardolesi R. e Pino G., *Post-diritto e giudice legislatore. Sulla creatività della giurisprudenza*, in *Foro it.*, 2017, 5, 113 ss.

Passarella A., *Responsabilità precontrattuale della P.A. anche prima dell'aggiudicazione: un passo in avanti o una vittoria di Pirro?*, in *I contratti*, 2014, 2, 146 ss.

Patrino P., *Il nuovo codice dei contratti pubblici e il primo decreto correttivo (in corso di approvazione): primi spunti di riflessione*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, 1, 335 ss.

Patroni Griffi F., *Le trasformazioni nella giustizia amministrativa dalla l. n. 205 del 2000 al codice del processo amministrativo*, in AA.VV., *Il Consiglio di Stato: 180 anni di storia*, Bologna, il Mulino, 2011, 511 ss.

Patti G. e Patti S., *Responsabilità precontrattuale e contratti standard. Artt. 1337-1342*, in *Il Codice Civile Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano, Giuffrè, 1993.

Pellizzer F., *La programmazione e la progettazione*, in *Diritto dei contratti pubblici*, a cura di F. Mastragostino, Torino, Giappichelli, 2017, 243 ss.

Pennasilico M., *Contratto ecologico e conformazione dell'autonomia negoziale*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2017, 1, 4 ss.

Pennasilico M., *Le categorie del diritto civile tra metodo e storia*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 5, 1246 ss.

Pennasilico M., *Sviluppo sostenibile, legalità costituzionale e analisi "ecologica" del contratto*, in *Pers. merc.*, 2015, 1, 37 ss.

Pennasilico M., *Il ruolo della buona fede nell'interpretazione e nell'esecuzione dei contratti della pubblica amministrazione*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, 4, 1052 ss.

Perchinunno F., *Fondamento del giusto processo: dalle origini all'attuazione*, Bari, Cacucci, 2005.

Pericu G. e M. Gola, *L'attività consensuale dell'amministrazione pubblica*, in *Diritto amministrativo*, II, a cura di L. Mazzaroli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco e F.G. Scoca, Bologna, Monduzzi, 2005, 283 ss.

Piacentini P.M., *Responsabilità della pubblica amministrazione e interesse legittimo*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2011, 10, 3341 ss.

Picozza E., Sandulli M. A. e Salinas M., *I lavori pubblici*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da G. Santaniello, X, Padova, Cedam, 1990, 280 ss.

Pioggia A., *Giudice e funzione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2004.

Piperata G., *Contrattazione pubblica e lotta alla corruzione. Uno sguardo alle recenti riforme amministrative italiane*, in *federalismi.it*, 2015, 16.

Piperata G., *L'autotutela interna e l'autotutela esterna nei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 1, 77 ss.

Piraino S., *La funzione amministrativa fra discrezionalità e arbitrio*, Milano, Giuffrè, 1990.

Pizzorusso A., *Interesse pubblico e interessi pubblici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, 1, 57 ss.

Poggi A., *Soft law nell'ordinamento comunitario*, in www.astrid-online.it.

Polacco V., *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, Roma, Athenaeum, 1915.

Poli G., *L'interesse legittimo (di diritto amministrativo) nel prisma del diritto privato*, in *Dir. pubbl.*, 2012, 1, 81 ss.

Police A., *La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, in *Il nuovo diritto processuale amministrativo*, a cura di G.P. Cirillo, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da G. Santaniello, XLII, Padova, 2014, 135 ss.

Police A., *La giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo*, in *Il nuovo diritto processuale amministrativo*, a cura di G.P. Cirillo, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da G. Santaniello, XLII, Padova, 2014, 59 ss.

Police A. e Daidone A., *Il conflitto in tema di giurisdizione sulle sanzioni della Consob ed i limiti della Corte costituzionale come giudice del riparto*, in *Giur. it.*, 2013, 3, 684 ss.

Police A., *Giudice "del potere" e poteri del giudice: un chiasmo complicato*, in *La sentenza della Corte costituzionale 6 luglio 2004 n. 204, atti del Convegno sul riparto della giurisdizione nelle controversie in cui è parte la pubblica amministrazione (Lucera, 19 febbraio 2005)*, a cura di E. Follieri, Milano, Giuffrè, 2006, 25 ss.

Posteraro N., *Sulla possibile configurazione di un'autotutela doverosa*, in *federalismi.it*, 25 ottobre 2017.

Presutti E., *Istituzioni di diritto amministrativo italiano. Parte generale*, Napoli, Aurelio Tocco, 1904.

Proietti R., *Riparto di giurisdizione e di competenza legislativa in tema di appalti: stipula del contratto e revoca dell'aggiudicazione*, in *Urb. app.*, 2011, 4, 420 ss.

Proto Pisani A., *L'art. 113, 3° comma, Cost.: una norma, troppo spesso dimenticata, fondamentale per la tutela effettiva del cittadino contro atti della pubblica amministrazione*, in *Foro it.*, 2015, 5, 186 ss.

Pugliatti S., *Diritto pubblico e diritto privato*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, Giuffrè, 1964.

Pugliese F.P., *Il procedimento amministrativo tra autorità e contrattazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1971, 4, 1486 ss.

Quartulli A., *Bandi di gara e inviti a licitazioni private*, in AA.VV., *Appalto di opere pubbliche*, a cura di A. Marzano, Roma, ESAC, 1987, 99 ss.

Quartulli A., *Atti autoritativi e atti paritetici: validità di una distinzione*, in *Studi per il centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, Roma, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, 1981, 1517 ss.

Rabai B., *La conclusione del procedimento sanzionatorio antitrust mediante accettazione di impegni. considerazioni sul rapporto tra public e private enforcement*, in *Dir. amm.*, 2018, 1, 165 ss.

Racca G.M., *La contrattazione pubblica come strumento di politica industriale*, in *La dimensione sociale della contrattazione pubblica. Disciplina dei contratti ed esternalizzazioni sostenibili*, a cura di C. Marzuoli e S. Torricelli, Napoli, Editoriale scientifica, 2017, 171 ss.

Racca G.M., *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Napoli, Jovene, 2000.

Raganelli B., *PMI, procurement e favor participationis*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2017, 3-4, 839 ss.

Raganelli B., *Contratti pubblici e piccole medie imprese. Gli strumenti a sostegno compatibili con la normativa comunitaria e nazionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2011, 2, 551 ss.

Ramajoli M., *Il declino della decisione motivata*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 3, 894 ss.

Ranelletti O., *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, 1984, 4, 11 ss.

Ranelletti O., *Guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1937.

Ranelletti O., *Il concetto di "pubblico" nel diritto*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1905, 351 ss.

Ranelletti O., *Per la distinzione degli atti d'impero e di gestione*, Macerata, Tip. Topi, 1904.

Reggio d'Acì M., *Responsabilità pre-contrattuale negli appalti pubblici e casistica giurisprudenziale*, in *Responsabilità pre-contrattuale nei contratti pubblici. Danni patrimoniali e danni non patrimoniali*, Torino, Utet, 2009, 265 ss.

Renna M., *Giusto processo ed effettività della tutela in un cinquantennio di giurisprudenza costituzionale sulla giustizia amministrativa: la disciplina del processo amministrativo tra autonomia e «civilizzazione»*, in *Diritto amministrativo e Corte costituzionale*, a cura di G. della Cananea e M. Dugato, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2006, 505 ss.

Rescigno P., *Manuale di diritto privato*, a cura di G.P. Cirillo, Milanofiori, Assago, Wolters Kluwer, 2000.

Rescigno P., *Abuso del diritto*, Bologna, il Mulino, 1998.

Resta R., *Sulla natura speciale del contratto di appalto per l'esecuzione di opere pubbliche e sulla proponibilità di azione giudiziaria per inadempimento dell'Amministrazione*, in *Foro amm.*, 1932, 2, 185 ss.

Restivo C., *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Milano, Giuffrè, 2007.

Ricchi M., *Negoauction, discrezionalità e dialogo competitivo*, in *Le gare pubbliche: il futuro di un modello*, a cura di G.D. Comporti, Napoli, Editoriale scientifica, 2011, 145 ss.

Ricciuto V. e Nervi A., *Il contratto della pubblica amministrazione*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio nazionale del notariato*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2009.

Roehrsen G., *La giurisdizione esclusiva*, in *Imp. amb. pubbl. amm.*, 1978, 2, 119 ss.

Roehrsen di Cammarata G., *I contratti della Pubblica Amministrazione*, Bologna, Zanichelli, 1959.

Romanelli V.M., *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, Giuffrè, 1939.

Romano A., *Giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa dopo la legge n. 205 del 2000 (Epitaffio per un sistema)*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 3, 602 ss.

Romano S.A., *L'attività privata degli enti pubblici*, Milano, Giuffrè, 1979.

Romano Tassone A., *A proposito del potere, pubblico e privato, e della sua legittimazione*, in *Dir. amm.*, 2013, 4, 559 ss.

Romano Tassone A., *Sulle vicende del concetto di «merito»*, in *Dir. amm.*, 2008, 3, 517 ss.

Rossi G., *Principi di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2010.

Roversi Monaco M., *La tutela dell'ambiente nella giurisprudenza amministrativa. Profili ricostruttivi*, Bari, Cacucci, 2018.

Rubino D. e Iudica G., *Appalto*, in *Libro quarto: Obbligazioni art. 1655-1677*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, Zanichelli, 2007.

Sabrina T., *Brevi note sulla fine della parabola del "revirement" giurisprudenziale sull'onere di immediata impugnazione delle clausole del bando "non escludenti"*, in *Foro amm.*, 2018, 3, 331 ss.

Sacco R. e De Nova G., *Il contratto*, I - II, in *Trattato di Diritto Civile*, diretto da R. Sacco, Torino, Utet, 2004.

Saitta F., *Contratti pubblici e potere di riesame della stazione appaltante*, in *Giur. it.*, 2015, 12, 2756 ss.

Saitta F., *Contratti pubblici e riparto di giurisdizione: prime riflessioni sul decreto di recepimento della direttiva n. 2007/66/CE*, in www.giustizia-amministrativa.it.

Salandra A., *La giustizia amministrativa nei governi liberi*, Torino, Unione tipografico-editrice, 1904.

- Salvago S., *La ripartizione della giurisdizione negli appalti pubblici*, in *Giust. civ.*, 2013, 11-12, 771 ss.
- Salvia F., *Ambiente e sviluppo sostenibile*, in *Riv. giur. amb.*, 1998, 2, 235 ss.
- Sandulli A., *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)*, Milano, Giuffrè, 2009.
- Sandulli A., *La tutela giurisdizionale nelle «controversie in materia di pubblici servizi»*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2001, 5, 789 ss.
- Sandulli A.M., *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, Jovene, 1989.
- Sandulli A.M., *In tema di provvedimenti ministeriali su delibera del consiglio dei ministri*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1949, 1, 894 ss.
- Sandulli A.M., *Sulla competenza a giudicare del mancato riconoscimento da parte dei comuni delle obbligazioni contratte sotto il regime repubblicano fascista*, in *Foro it.*, 1949, I, 32 ss.
- Sandulli M.A. e Cancrini A., *I contratti pubblici*, in *La Corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, a cura di F. Merloni e L. Vandelli, Firenze-Antella, Passigli, 2010, 437 ss.
- Sangiorgi S., *Recesso*, in *Enc. giur.*, XXVI, Roma, Treccani, 1991.
- Sangiorgi S., *Giusta causa*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, Giuffrè, 1970, 537 ss.
- Sapone N., *La responsabilità precontrattuale*, Milano, Giuffrè, 2008.
- Schmidt-Aßmann E., *Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la Teoría General del Derecho Administrativo*, in *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*, a cura di J. Barnes, Sevilla, Derecho Global, 2012, 27 ss.
- Schoenmaekers S., *The role of SMEs in promoting sustainable procurement, in Sustainable public procurement under EU law: new perspectives on the State as stakeholder*, a cura di B. Sjaafjell e A. Wiesbrock, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, 160 ss.
- Scoca F.G., *Interesse legittimo: storia e teoria*, Torino, Giappichelli, 2017.
- Scoca F.G., *Provvedimenti di autotutela e loro qualificazione: nuovo conflitto sulla giurisdizione*, in *Giur. it.*, 2012, 11, 2398 ss.
- Scoca F.G., *Riflessioni sulla giurisdizione esclusiva*, in *Giur. cost.*, 2010, 1, 439 ss., spec. 443 ss.
- Scoca F.G., *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2007, 2, 797 ss.

- Scoca F.G., *Sopravvivrà la giurisdizione esclusiva?*, in *Giur. cost.*, 2004, 4, 2209 ss.
- Scoca F.G., *Poteri amministrativi e strumenti di diritto pubblico e privato. A margine di un recente disegno di legge*, in *Annuario AIPDA 2002*, Milano, 2003, 43 ss.
- Scoca F.G., *Autorità e consenso*, in *Dir. amm.*, 2002, 3, 431 ss.
- Scoca F.G., *Giurisdizione e riti processuali in materia di appalti di lavori pubblici*, in *L'appalto fra pubblico e privato*, Milano, Giuffrè, 2001, 1 ss.
- Scoca F.G., *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Le trasformazioni del diritto amministrativo. Scritti degli allievi per gli ottanta anni di M.S. Giannini*, a cura di S. Amorosino, Milano, Giuffrè, 1995, 255 ss.
- Scoditti E., *Ricorribilità in Cassazione per violazione di legge delle sentenze del Consiglio di Stato su diritti soggettivi*, in *Foro it.*, 2014, V, 157 ss.
- Scognamiglio A., *Autotutela pubblicistica e contratti in corso*, in *Dir. amm.*, 2013, 1-2, 205 ss.
- Scognamiglio A., *Sui collegamenti tra atti di autonomia privata e procedimenti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1983, 1, 290 ss.
- Scognamiglio C., *L'abuso del diritto*, in *I contratti*, 2012, 1, 5 ss.
- Scognamiglio R., *Art. 1336*, in *Dei contratti in generale*, in *Commentario del Codice Civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, Zanichelli, 1970.
- Senzani D., *"Amministrazione di risultato" e gestione del rischio finanziario nei contratti pubblici. I modelli Eurostat*, in *La dimensione finanziaria nel diritto amministrativo: risorse, controlli, responsabilità*, a cura di A. Carullo, F. Mastragostino e D. Senzani, Bologna, Bononia University Press, 2018, 131 ss.
- Senzani D., *L'evidenza pubblica e le procedure di scelta del contraente. La selezione delle offerte*, in *Diritto dei contratti pubblici*, a cura di F. Mastragostino, Torino, Giappichelli, 2017, 385 ss.
- Senzani D., *Discrezionalità della pubblica amministrazione ed offerta economicamente più vantaggiosa*, in *Riv. trim. app.*, 2013, 4, 901 ss.
- Serges G., *La difficile determinazione dei confini della giurisdizione esclusiva mediante rinvio ai principi desumibili dalla giurisprudenza*, in *Giur. cost.*, 2012, 3, 2204 ss.
- Sigismondi G., *Eccesso di potere e clausole generali*, Napoli, Jovene, 2012.
- Simonetti H., *Riparare agli errori commessi ... Questioni vecchie e nuove sul riparto di giurisdizione nelle controversie in materia di contratti pubblici*, in *Urb. app.*, 2015, 12, 1252 ss.

Sinisi M., *Il giusto processo amministrativo tra esigenze di celerità e garanzie di effettività della tutela*, Torino, Giappichelli, 2017.

Sjåfjell B. e Wiesbrock A., *Why should public procurement be about sustainability?*, in *Sustainable Public Procurement Under EU Law. New Perspectives on the State as Stakeholder*, a cura di B. Sjåfjell e A. Wiesbrock, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, 1 ss.

Sordi B., *Pubblica amministrazione, negozio, contratto: universi e categorie ottocentesche a confronto*, in *Dir. amm.*, 1995, 4, 483 ss.

Staiano S., *In tema di teoria e ideologia del giudice legislatore*, in *federalismi.it*, 2018.

Stelkens U., *L'amministrazione pubblica dei contratti in Germania*, in *Amministrazione pubblica dei contratti*, a cura di D. Sorace, Napoli, Editoriale scientifica, 2013, 387 ss.

Sticchi Damiani E., *Annulamento dell'aggiudicazione e inefficacia funzionale del contratto*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 1, 240 ss.

Sticchi Damiani E., *La caducazione del contratto per annullamento dell'aggiudicazione alla luce del codice degli appalti*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2006, 11, 3719 ss.

Sticchi Damiani E., *La nozione di appalto pubblico. Riflessioni in tema di privatizzazione dell'azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 1999.

Sticchi Damiani E., *Brevi note in tema di annullamento dell'aggiudicazione ed effetti sul contratto: i poteri del giudice alla luce del codice del processo amministrativo*, in *Ius publicum network review*.

Tanda P., *Il sistema dualistico di contenzioso amministrativo: dalla L.A.C. ai recenti orientamenti favorevoli al ritorno del modello monistico a giurisdizione unica*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 1, 85 ss.

Torchia L., *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: regole, procedimento, processo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 5, 605 ss.

Torchia L., *La giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo alla prova dell'evoluzione*, in *L'amministrazione pubblica, i cittadini, la giustizia amministrativa: il percorso delle riforme. Atti del Convegno di Lecce del 16-17 ottobre 2015*, a cura di P.L. Portaluri, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016, 109 ss.

Torchia L., *La nuova direttiva europea in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinari*, in *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, Milano, Giuffrè, 2016, 131 ss.

Torrente A. e Schlesinger P., *Manuale di diritto privato*, a cura di F. Anelli e C. Granelli, Milano, Giuffrè, 2017.

Torricelli S., *Disciplina dei contratti ed esternalizzazioni sostenibili*, in *La dimensione sociale della contrattazione pubblica. Disciplina dei contratti ed esternalizzazioni sostenibili*, a cura di C. Marzuoli e S. Torricelli, Napoli, Editoriale scientifica, 2017, 7 ss.

Tozzi L., *La scelta del contraente privato nell'attività contrattuale della p.a.: posizioni soggettive tutelabili*, in *Foro amm. acque pubbl.*, 1975, II, 381 ss.

Travi A., *Giudizio civile e giudizio amministrativo: le ragioni e le espressioni della diversità*, in *L'amministrazione pubblica, i cittadini, la giustizia amministrativa: il percorso delle riforme. Atti del Convegno di Lecce del 16-17 ottobre 2015*, a cura di P.L. Portaluri, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016, 67 ss.

Travi A., *Il confronto fra diritto amministrativo e diritto privato: dal principio di non contraddizione alla logica dei colori*, in *Pubblico e privato nell'organizzazione e nell'azione amministrativa. Problemi e prospettive*, a cura di G. Falcon e B. Marchetti, Padova, Cedam, 2013, 377 ss.

Travi A., *Gli art. 24 e 111 Cost. come principi unitari di garanzia*, in *Foro it.*, 2011, 6, 165 ss., spec. 169.

Travi A., *La Corte regolatrice della giurisdizione e la tutela del cittadino*, in *Corr. giur.*, 2006, 8, 1048 ss.

Travi A., *Nuovi fermenti nel diritto amministrativo verso la fine degli anni '90*, in *Foro it.*, 1997, 5, 168 ss.

Trimarchi Banfi F., *La responsabilità dell'amministrazione per il danno da affidamento nella sentenza dell'adunanza plenaria n. 5 del 2018*, in *Corr. giur.*, 2018, 12, 1555 ss.

Trimarchi Banfi F., *L'aggiudicazione degli appalti pubblici e la responsabilità dell'amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 1, 1 ss.

Trimarchi Banfi F., *Art. 1 comma 1 bis della l. n. 241 del 1990*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2005, 3, 947 ss.

Trimarchi Banfi F., *Il diritto privato dell'amministrazione pubblica*, in *Dir. amm.*, 2004, 4, 661 ss.

Trocker N., *Il rapporto processo-giudizio nel pensiero di Piero Calamandrei*, in *Riv. dir. proc.*, 1989, 949 ss.

Troise Mangoni W., *L'esercizio retroattivo del potere amministrativo. Limiti e garanzie a tutela dell'individuo*, Torino, Giappichelli, 2016.

Turco C., *L'interesse negativo nella culpa in contrahendo (verità e distorsioni della teoria di Jhering nel sistema tedesco e italiano)*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 2, 165 ss.

Tullini P., *Questioni interpretative in tema di «giusta causa»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 3, 653 ss.

Ubaldi A., *Revoca e istituti di confine in materia di contratti pubblici: tra limiti e conseguenze economiche*, in *Resp. civ. prev.*, 2014, 5, 1650 ss.

Vaccari S., *La dichiarazione di inefficacia del contratto ex artt. 121 e 122 c.p.a. come misura processuale soddisfattoria*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 1, 255 ss.,

Valaguzza S., *Governare per contratto. Come creare valore attraverso i contratti pubblici*, Napoli, Editoriale scientifica, 2018.

Valaguzza S., *Sustainable development in public contracts. An example of strategic regulation*, Napoli, Editoriale scientifica, 2016.

Valletti A., *Il giudice amministrativo e il subappalto: più di un'occasione mancata*, in *Urb. app.*, 2008, 4, 475 ss.

Varva S., *Promozione dei soggetti svantaggiati negli appalti pubblici. La regolazione locale e la direttiva 2014/24/Ue*, in *Lav. dir.*, 2016, 1, 53 ss.

Veltri G., *Immediata impugnazione dei bandi di gara: regole, eccezioni, fermenti giurisprudenziali*, in *Giur. it.*, 2013, 4, 955 ss.

Verde G., *Il riparto di giurisdizione secondo Riccardo Villata*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 3, 696 ss.

Verde G., *Obsolescenza di norme processuali: la disciplina della giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 4-5, 827 ss.

Verde G., *Introduzione*, in *La giurisdizione: dizionario del riparto*, diretto da G. Verde, Bologna, Zanichelli, 2010, 1 ss.

Verde G., *L'unità della giurisdizione e la diversa scelta del Costituente*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 2, 343 ss.

Verga A., *Errore e responsabilità nei contratti*, Padova, Cedam, 1941.

Vigneri A., *Commento alla l. 24 novembre 1981, n. 689 (modifiche al sistema penale). Profili generali della sanzione amministrativa*, in *Nuove leg. civ. comm.*, 1982, 5, 1110 ss.

Villamena S., *Codice dei contratti pubblici 2016. Nuovo lessico ambientale, clausole ecologiche, sostenibilità, economicità*, in *Riv. giur. edil.*, 2017, 3, 101 ss.

Villamena S., *Appalti pubblici e clausole ecologiche. Nuove conquiste per la «competitività non di prezzo» anche alla luce della recente disciplina europea*, *Dir. econ.*, 2015, 2, 355 ss.

Villata R. e Ramajoli M., *Il provvedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2017

Villata R., *Giustizia amministrativa e giurisdizione unica*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 2, 285 ss.

Villata R., *Prime considerazioni sull'art. 33 del d.lg. n. 80/1998*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 1, 281 ss.

Vinti S., *Limiti funzionali all'autonomia negoziale della pubblica amministrazione nell'appalto di opere pubbliche*, Padova, Cedam, 2008.

Vitta C., *L'impugnazione dei decreti reali che annullano contratti di enti pubblici*, in *Riv. amm.*, 1936, 297 ss.

Vivani C., *Appalti sostenibili, green public procurement e socially responsible public procurement*, in *Urb. app.*, 2016, 8-9, 993 ss.

Von Jhering R., *Della culpa in contrahendo, ossia Del risarcimento del danno nei contratti nulli o non giunti a perfezione*, traduzione di F. Procchi, Napoli, Jovene, 2005

Zagrebelsky G., *Storia e Costituzione*, in *Il futuro della Costituzione*, a cura di G. Zagrebelsky, P.P. Portinaro e J. Luther, Torino, Einaudi, 1996, 35 ss.

Zanobini G., *Autonomia pubblica e autonomia privata*, in *Scritti in onore di Francesco Carnellutti*, IV, Padova, Cedam, 1950.

Zanobini G., *Corso di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1936

Zingales I., *Pubblica Amministrazione e limiti della giurisdizione tra principi costituzionali e strumenti processuali*, Milano, Giuffrè, 2007

Abstract

La tesi intende analizzare l'unitarietà della vicenda contrattuale dell'appalto pubblico nell'ottica del superamento della tradizionale visione dicotomica tra la fase della scelta del contraente e quella esecutiva. Sullo sfondo della funzionalizzazione del contratto alla realizzazione dell'interesse pubblico in concreto, oggi più che mai comprensivo dei fini ambientali, sociali e occupazionali, l'attenzione sarà posta in particolare sulla compresenza in entrambe le fasi di "momenti" (e quindi di regimi) pubblicistici e privatistici. A tal fine, l'attenzione sarà principalmente riservata, da un lato, all'estensione del regime delle trattative precontrattuali anche al momento che precede quello dell'aggiudicazione e, dall'altro lato, all'applicazione dello statuto pubblicistico all'esecuzione del contratto, specialmente in relazione all'esercizio del recesso, in ciò esprimendosi con maggior forza il senso dell'unitarietà fra le due fasi. Rilevata infine la frammentazione delle giurisdizioni, valorizzata l'esigenza di un giudice specializzato sulla materia e preso atto di alcune trasformazioni (potenziali e attuali) sul fronte più generale del riparto, si cercherà di fornire una lettura atta ad estendere, a Costituzione invariata, la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo su tutta l'unitaria vicenda contrattuale.

The thesis aims at describing the unity of the public procurement contractual "event" in the view of overcoming the traditional dichotomy between the stages of the choice of the contracting party, on one side, and the fulfillment of the deal, on the other. In the background of the "functionality" of the contract to the realization of the public interest – today including environmental and social purposes – the attention is cast on the fact that those stages have "moments" (phases) belonging to both private and public regimes. Therefore, the focus is, on the one hand, on the extension of the regime of pre-contractual negotiation (and liability) to the stage before the awarding and, on the other, on the implementation of the public regime to the fulfillment of the contract with specific reference to the right to withdraw from the contract as long as it represents the unity of the two stages. However, given the fragmentation of the jurisdiction, valorized the need for a specialized judge on the subject matter and given some transformations (potential and actual) about the rule of distribution of jurisdiction, the work gives a different interpretation of the subject matter consisting in the extension of the exclusive jurisdiction of the administrative judge on the whole contractual event, of course within the present constitutional frame.

