

## **Il riparto di giurisdizione in materia di pubblici appalti**

*Premessa*

*Saluto affettuosamente tutti i colleghi e amici presenti.*

*Sono sinceramente dispiaciuta che impegni istituzionali mi hanno impedito di essere presente stamattina e non mi consentiranno di essere presente nella giornata di domani.*

*Avrei ben volentieri ascoltato gli altri interventi, come discente.*

*Prometto che data l'ora mi atterrò strettamente al tema che mi è stato assegnato.*

*Non posso però sottrarmi alla tentazione di svolgere anche io alcune considerazioni di carattere generale sul riparto di giurisdizione.*

*A questo punto dovrei dire, come si fa di consueto, che quando gli organizzatori mi hanno proposto il tema ho accettato con entusiasmo e che sono particolarmente onorata di parlare di riparto di giurisdizione in presenza di un pubblico così autorevole.*

*Ma non lo dirò: al contrario, ogni volta che parlo di giurisdizione provo un certo disagio, mi sembra di far torto all'intelligenza degli ascoltatori e, prima ancora, al buon senso comune.*

*Ci affanniamo da anni in dotte disquisizioni su un tema complesso, che invece dovrebbe essere il più elementare del mondo, perché è la precondizione perché la giustizia possa funzionare con efficienza: a quale giudice devono rivolgersi un cittadino o un'impresa attinti negativamente da un atto o comportamento della pubblica amministrazione.*

*Pertanto, quanti più libri scriviamo su questo argomento, quanti più convegni ci facciamo su, tanto più significa che registriamo il fallimento del sistema.*

*Perché non riusciamo a dare risposte semplici a una domanda semplice.*

*E neppure, credo, sia corretto continuare a parlare di "sistema di riparto di giurisdizione".*

*Per quanti sforzi si facciano, non mi sembra che ricostruiamo un sistema, tutt'al più riusciamo a descrivere, con dovizia di dettagli, un non-sistema.*

*Un vano tentativo di mettere ordine in un caos che tuttavia resta e si perpetua.*

*Si può sostenere che tutto questo è l'inevitabile effetto di un riparto di giurisdizione delineato, a monte, in modo complicato dalla Costituzione.*

*Ma non credo che siamo in presenza di un effetto inevitabile della Costituzione.*

*Piuttosto, di un risultato inevitabile di scelte non chiare e forse volutamente compromissorie da parte delle leggi ordinarie.*

*Ma questo non basta a liberarci delle nostre responsabilità.*

*Dovremmo fare la nostra parte con più coraggio.*

*Per cambiare ci sono due strade, cambiare la legislazione vigente attraverso l'interpretazione, cambiare le regole legislative.*

*Il processo legislativo non compete a noi, e possiamo solo cercare di influirvi attraverso il dibattito scientifico: giornate di studio come quelle odierne sono in tal senso proficue.*

*Dell'interpretazione possiamo e dobbiamo fare uso accorto sfruttandone le potenzialità.*

*Le nostre decisioni, e quelle delle sezioni unite, in punto di giurisdizione, dovrebbero essere 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.*

*Dovremmo utilizzare al massimo le potenzialità insite nel nuovo orientamento delle sez. un. sulla preclusione all'impugnazione del capo implicito o esplicito sulla giurisdizione, per la parte soccombente nel merito e implicitamente o esplicitamente vittoriosa sulla giurisdizione.*

*Tale orientamento a mio avviso incide di fatto sull'ordine di esame delle questioni e consente al giudice di primo grado, quando la giurisdizione non è contestata, di non rilevare d'ufficio la questione. La giurisdizione sembra diventare, di fatto, una questione "disponibile" suscettibile di un implicito accordo tra le parti.*

*Ovviamente, il giudice di primo grado si avvarrà di tale facoltà di non rilevare d'ufficio la questione di giurisdizione nei casi marginali e border line, in cui vi è un dubbio oggettivo sul riparto di giurisdizione, come spesso accade, tra l'altro, in materia di pubblici appalti.*

*Spero di non essere fraintesa, non voglio certo sostenere che il giudice amministrativo, adito per una causa di divisione ereditaria o di divorzio, non debba sollevare d'ufficio la questione di giurisdizione, anche ove non vi sia contestazione tra le parti.*

*Cercherò di ispirarmi a questa chiave di lettura nell'illustrare l'oggetto del mio intervento.*

*Delineerò il riparto distinguendo, come di consueto, tra fase di affidamento dell'appalto e fase di esecuzione.*

*Evidenziando le eccezioni alla regola che vuole il g.a. in fase di affidamento e il g.o. in fase di esecuzione.*

*Indicando le implicazioni che derivano dal nuovo codice appalti.*

*E il tema connesso degli atti dell'ANAC che incidono direttamente o indirettamente sulle procedure di affidamento.*

*Anticipo le conclusioni all'analisi, perché credo che alla fine della relazione saremo tutti troppo stanchi, e troppo persi nei rivoli della casistica e delle technicalità, e perché credo che le conclusioni debbano essere la chiave di lettura della relazione.*

*Mi sembra che due dati importanti emergano, uno giurisprudenziale e uno normativo.*

*Il primo è che le sez. un. tendono a dare una esegesi assolutamente restrittiva dell'art. 133 lett. e) c.p.a.: ne sono esempi le pronunce, che commenteremo, sulla giurisdizione sulla sorte del contratto di società, sul contenzioso tra aggiudicatario e stazione appaltante a valle della caducazione del contratto di appalto, sugli appalti dei privati con finanziamento pubblico, sulle azioni risarcitorie promosse dal beneficiario del provvedimento annullato, ovvero nei confronti del funzionario autore dell'atto illegittimo.*

*La interpretazione restrittiva è frutto di una impostazione di fondo che "soffre" la giurisdizione esclusiva come una eccezione. E che conduce a trasformare le "materie determinate" dell'art. 103 Cost. in "materie bucate" disorganiche e sbrindellate. E va in controtendenza con il principio di concentrazione delle tutele (Corte cost. 179/2016).*

*Dietro questa sofferenza, o insofferenza, verso la giurisdizione esclusiva, vi è anche l'idea che dove ci sono diritti soggettivi ci devono essere le stesse tutele che appresta il giudice ordinario e in primis tre gradi di giudizio. Ma a me non sembra che il legislatore costituente abbia previsto come inevitabili tre gradi di giudizio per i diritti soggettivi, tanto più se si tratta di diritti che si muovono in un rapporto tra privato e pubblica autorità. E anzi il principio costituzionale di ragionevole durata del processo, e il quadro complessivo europeo, inducono a non disdegnare meccanismi di filtro ai gravami, per cui credo che una giustizia amministrativa con due gradi pieni di merito assicurati già tutela piena ed effettiva ai diritti soggettivi.*

*Il secondo è che il trend legislativo, dopo le direttive del 2014 sugli appalti e il nuovo codice n. 50/2016, è di incrementare i momenti autoritativi pubblicistici in fase di esecuzione del contratto.*

*Lo fanno in primis le direttive, con i nuovi istituti della risoluzione dell'appalto, del subappalto, delle modifiche del contratto in corso di esecuzione.*

*Lo fa, in modo anche più accentuato rispetto alle direttive, il nuovo codice.*

*Questo fa rimettere in discussione molti approdi della giurisprudenza, e fa propendere per un ampliamento della sfera della giurisdizione del giudice amministrativo sul contenzioso appalti.*

*Il codice 50/2016 è in vigore da meno di un anno e non abbiamo ancora giurisprudenza significativa sulle nuove tipologie di contenzioso e relativo riparto di giurisdizione.*

*Per ora possiamo limitarci al commento di disposizioni che credo solleveranno presto problemi di giurisdizione.*

## Sommario\*

**\*(la relazione che segue è una rielaborazione di uno stralcio del capitolo 38 del commentario al cod. proc. amm. in corso di pubblicazione con la casa editrice Wolter Kluwers- Ipsoa)**

1. Evoluzione storica e fonti normative. - 2. Ambito oggettivo e soggettivo della giurisdizione esclusiva sulle procedure di affidamento. - 3. Ipotesi problematiche in ordine alla giurisdizione esclusiva sulle procedure di affidamento. - 4. L'autolimitazione, gli appalti dei soggetti privati e gli appalti sotto soglia. - 5. La responsabilità precontrattuale e ipotesi particolari di azioni risarcitorie. - 5.1. La responsabilità precontrattuale. 5.1.a) La responsabilità precontrattuale della stazione appaltante. - 5.1.b) La responsabilità precontrattuale dell'operatore economico nei confronti della stazione appaltante. - 5.2. Ipotesi particolari di azioni risarcitorie. - 6. La fase di esecuzione del contratto. - 6.1. Il contrasto apparente tra l'art. 244 del codice appalti e l'art. 23-bis, l. Tar, e suo superamento con il nuovo c.p.a. - 6.2. Le controversie in fase esecutiva come controversie su diritti soggettivi. - 6.3. Casistica significativa. - 6.4. Contenzioso in fase esecutiva rimesso al giudice amministrativo. - 6.4.a) Momenti pubblicistici in fase esecutiva secondo il codice n. 50/2016. - 6.4.b) La giurisdizione sul subappalto. - 6.4.c) La giurisdizione sulla cessione del contratto di appalto pubblico. - 6.4.d) La giurisdizione su varianti, modifiche dell'oggetto del contratto, proroghe. - 6.4.e) La giurisdizione sulla revisione dei prezzi. - 6.4.f) Il rifiuto di stipulare il contratto. - 6.4.g) Gli atti di riti-ro dell'aggiudicazione. - 6.4.h) Il contenzioso sull'esecuzione d'urgenza nelle more della stipulazione del contratto. - 6.4.i) Il contenzioso sul parere ANAC sulla congruità del prezzo negli appalti di protezione civile. - 6.4.l) La giurisdizione sugli atti di vigilanza e sulle sanzioni in relazione agli obblighi di esternalizzazione del concessionario. - 6.4.m) La rinegoziazione del contratto. - 6.4.n) Le procedure di affidamento delle subconcessioni aeroportuali. - 7. La sorte del contratto. - 7.1. La soluzione vigente: sintesi. - 7.1.a) La sorte del contratto di appalto a seguito di annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione. - 7.1.b) La sorte del contratto di società a seguito dell'annullamento della procedura di scelta del socio o della delibera di costituzione di società in house. - 7.1.c) La sorte del contratto di appalto a seguito di annullamento in autotutela dell'aggiudicazione. - 7.1.d) La patologia del contratto in altre ipotesi. - 7.1.e) La giurisdizione esclusiva e di merito sulle sanzioni alternative alla caducazione del contratto di cui all'art. 123 c.p.a. - 7.2. Nota storica. Excursus storico. - 7.2.1. La posizione della giurisprudenza amministrativa prima del codice appalti. - 7.2.2. La sorte del contratto dopo l'annullamento dell'aggiudicazione alla luce dell'originaria versione del codice dei contratti pubblici. - 7.2.3. La posizione delle sez. un. della Cassazione nel 2007. - 7.2.4. La posizione della plenaria del Consiglio di Stato. - 7.2.5. Il revirement delle sez. un. nel 2010 alla luce della direttiva ricorsi. - 8. I procedimenti e provvedimenti prodromici, strumentali, connessi alle procedure di affidamento. - 9. Le società miste e in house. - 10. L'organismo di diritto pubblico e l'impresa pubblica. - 10.1. Osservazioni generali e fonti normative. - 10.2. L'elaborazione della giurisprudenza comunitaria sull'organismo di diritto pubblico. - 10.3. L'elaborazione della giurisprudenza nazionale sull'organismo di diritto pubblico. - 10.4. Enti per i quali è stata esclusa la natura di organismo di diritto pubblico. - 11. Le imprese pubbliche operanti nei settori speciali. - 12. La giurisdizione sugli atti dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici (a partire dal d.l. n. 90/2014, ANAC).

## 1. Evoluzione storica e fonti normative

Tendenzialmente, le controversie sui pubblici appalti, fino alla l. n. 205/2000 e al d.lgs. n. 80/1998, erano state ripartite tra giudice ordinario e giudice amministrativo secondo il generale criterio di riparto tra le due giurisdizioni basato sulla distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi.

Occorreva però stabilire quando si fosse in presenza di diritti soggettivi e quando di interessi legittimi [sul riparto di giurisdizione in materia di pubblici appalti, v. DE NICTOLIS (65); DEODATO (68), 362-385; DI LEO (70), 769; SALVI (200), 120; CELATA (39), 25; SCOCA (210), 155].

In materia di appalti pubblici, si partiva dalla considerazione, confermata dall'art. 6, l. n. 205/2000 (in prosieguo riprodotto nell'art. 244, d.lgs. n. 163/2006 e poi dall'art. 133, c. 1, lett. e), c.p.a.), che il contratto, una volta stipulato, ha natura di **atto negoziale**, retto dalle regole del diritto civile, in cui la pubblica amministrazione opera in posizione di parità con il contraente privato: pertanto, le posizioni delle parti dopo la stipulazione del contratto, e inerenti all'esecuzione dello stesso, hanno, di regola, consistenza di diritti soggettivi, con conseguente giurisdizione del giudice ordinario.

La fase che precede la stipulazione del contratto, volta alla scelta del contraente privato, è, invece, sorretta dalla c.d. **evidenza pubblica**, cioè dall'insieme di regole procedurali pubblicistiche volte a individuare il contraente privato attraverso il meccanismo della gara, che mira a rendere la scelta dell'amministrazione rispettosa dei principi di trasparenza, concorrenza, par condicio.

Nella fase dell'evidenza pubblica, retta da norme pubblicistiche, e in cui l'amministrazione opera come pubblica autorità, e non *iure privatorum*, le situazioni soggettive dei privati interessati hanno natura di interesse legittimo, con conseguente giurisdizione del giudice amministrativo [Cons. St., V, 5.11.1999 n. 1829].

Parliamo di **un'epoca in cui la fase dell'evidenza pubblica non aveva l'estensione che ha oggi: vi erano sottratte le trattative private**, che solo con una lenta evoluzione sono divenute "procedure negoziate", con elementi del "procedimento amministrativo", ancorché ridotti ai minimi termini, ma quanto basta, come vedremo, per radicare la giurisdizione del g.a.

Su tale quadro elaborato dalla giurisprudenza, si è innestato dapprima l'art. 33, d.lgs. n. 80/1998, e successivamente l'art. 6, l. n. 205/2000 (poi trasfuso nell'art. 244, d.lgs. n. 163/2006, e in prosieguo ulteriore nell'art. 133, c. 1, lett. e), c.p.a.).

L'art. 33, d.lgs. n. 80/1998, stabiliva che "sono devolute alla **giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo** tutte le controversie in materia di pubblici servizi", tra cui, "in particolare, quelle:

d) aventi ad oggetto le procedure di affidamento di **appalti pubblici** di lavori, servizi e forniture, svolte da soggetti comunque tenuti all'applicazione delle norme comunitarie o della normativa nazionale o regionale".

A sua volta l'art. 6, l. n. 205/2000 ha devoluto 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 (art. 6, c. 1, l. n. 205/2000) [sull'art. 6, l. n. 205/2000 v. DE NICTOLIS (62), 739 ss.; BIAGINI (17), 361; CARINGELLA (32), 68; PUGLIANO (184), 257].

**Si registra così dal 1998 al 2000 un primo allargamento: non solo appalti ma più in generale affidamenti, non solo lavori, servizi, forniture, ma anche procedure di scelta del socio.**

La norma è stata trasfusa poi nell'art. 244, d.lgs. n. 163/2006, che affidava al giudice amministrativo **anche le cause risarcitorie inerenti le procedure di affidamento, nonché il contenzioso sulla revisione prezzi.**

**Con d.lgs. n. 53/2010 l'art. 244 veniva novellato con l'aggiunta della giurisdizione sulla "sorte del contratto":** La giurisdizione esclusiva si estende alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione e alle sanzioni alternative.

In prosieguo, il contenuto dell'art. 244, d.lgs. n. 163/2006 è stato trasferito nel c.p.a. (art. 133, c. 1, lett. e), c.p.a.), con effetto dal 16.9.2010, e nell'art. 244 del codice appalti è stata introdotta una norma di coordinamento e rinvio del seguente tenore: "il codice del processo amministrativo individua le controversie devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di contratti pubblici". L'art. 133, c. 1, lett. e) c.p.a. è sostanzialmente identico all'art. 244, con la differenza che qualifica i lavori, servizi, forniture come "pubblici", ingenerando un equivoco esegetico per i lavori privati con finanziamento pubblico, che però ricadono pur sempre nelle procedure di affidamento soggette al codice appalti e dunque alla giurisdizione del g.a.

Il carattere "esclusivo" della giurisdizione del giudice amministrativo comporta che le procedure di affidamento spettano a detto giudice a prescindere dalla distinzione tra **diritti soggettivi e interessi legittimi**, e la giurisdizione del giudice amministrativo sussiste pure nel caso in cui si verta in tema di diritti soggettivi [Cons. St., V, 24.12.2001 n. 6377], e, segnatamente, di controversie risarcitorie inerenti la fase di affidamento dei lavori, servizi, forniture.

Rispetto all'art. 33, d.lgs. n. 80/1998, l'art. 6, l. n. 205/2000 e ora l'art. 133, c. 1, lett. e), c.p.a. (già art. 244, d.lgs. n. 163/2006), hanno un ambito applicativo più esteso sotto molteplici profili:

- l'art. 33, secondo l'interpretazione che è prevalsa e che appare preferibile, prevedeva la giurisdizione esclusiva solo sugli **appalti "strumentali" ai pubblici servizi**, e dunque non sulla totalità dei pubblici appalti [Cass., sez. un., 10.4.2003 n. 5707; Cass., IV, 15.2.2002 n. 934; Cass., V, 10.4.2000 n. 2078, in *GD* 2000, fasc. 22, 95, nt. STANIZZI; *UA* 2000, 528, nt. CARINGELLA (30); Cass., V, 7.6.1999 n. 295]; invece la previsione vigente si riferisce a tutte le procedure di affidamento, e non solo agli appalti strumentali ai servizi pubblici [sul più ampio raggio dell'art. 6, l. n. 205/2000, rispetto all'art. 33, lett. a), d.lgs. n. 80/1998, v. Cons. St., IV, 25.3.2003 n. 1544];
- l'art. 33 si riferiva solo alle **procedure di affidamento** "di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture", mentre la previsione vigente si riferisce alle "procedure



di affidamento di lavori, servizi e forniture”, e dunque non solo agli appalti, ma ad ogni sistema di affidamento, ivi compresi concessioni, *project financing* [sulla giurisdizione del g.a. in ordine alle pretese risarcitorie inerenti una procedura di affidamento di *project v. Cass., sez. un., 27.2.2008 n. 5084, ord.*], *general contractor*;

- la previsione vigente si riferisce pure alle **procedure di scelta del socio**, oltre che a quelle di scelta del contraente.

## **2. Ambito oggettivo e soggettivo della giurisdizione esclusiva sulle procedure di affidamento**

### **1**

L’art. 133, c. 1, lett. e), c.p.a. (come già l’art. 244, d.lgs. n. 163/2006 e l’art. 6, l. n. 205/2000), prevede la giurisdizione esclusiva ancorandola a nozioni di diritto amministrativo sostanziale, sia di carattere oggettivo che di carattere soggettivo.

La giurisdizione esclusiva sussiste solo se concorrono i presupposti oggettivi e soggettivi, vale a dire solo se, **cumulativamente**:

- vi sia una procedura di affidamento di lavori, servizi o forniture, o di scelta del socio;

- la procedura di affidamento o di scelta del socio sia posta in essere da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, al rispetto del diritto comunitario, o delle procedure di evidenza pubblica delineate dal diritto interno, nazionale o regionale.

La previsione sembra dare prevalenza, al fine della scelta di giurisdizione, ai requisiti soggettivi e, in particolare, all’esistenza di un soggetto che sia obbligato al rispetto delle **procedure di evidenza pubblica**, piuttosto che al requisito oggettivo dell’essere stata in concreto posta in essere una procedura di evidenza pubblica.

Ne risulta la natura “neutra” del procedimento di evidenza pubblica, che si connota solo in virtù della natura del soggetto che lo pone in essere [Cons. St., ad. plen., 1.8.2011 n. 16, in *UA* 2011, 1171, nt. NICODEMO].

Sotto il profilo soggettivo, vengono in considerazione le procedure di affidamento poste in essere dai soggetti tenuti al rispetto del d.lgs. n. 50/2016 (e in precedenza del d.lgs. n. 163/2006), sia nei settori ordinari che nei settori speciali, vale a dire le categorie rientranti nelle nozioni di stazioni appaltanti, amministrazioni aggiudicatrici, soggetti aggiudicatori, enti aggiudicatori.

Si tratta non solo di **soggetti pubblici** o ad essi equiparabili (p.es. l’organismo di diritto pubblico), ma anche, a determinate condizioni o entro certi limiti, di **soggetti formalmente privati** (società pubbliche) o sostanzialmente privati (concessionari, privati che eseguono opere o servizi con finanziamento pubblico superiore al 50%; privati che eseguono opere di urbanizzazione a scomputo; imprese pubbliche, soggetti che fruiscono di diritti speciali o esclusivi).

Perciò non è rilevante che mentre nell’art. 244 d.lgs. n. 163/2006 si parlava di “procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture” e nell’art. 133 c.p.a. di

“procedure di affidamento di **pubblici** lavori, servizi e forniture”.

Nessuno dubitava che ai fini della giurisdizione del g.a. non rileva che il lavoro sia pubblico o privato, ma che il soggetto, anche se privato, sia tenuto, anche se del caso per affidare un lavoro privato, a seguire procedure di evidenza pubblica normate dal codice appalti. Ma questo assunto è stato messo in discussione da un decisione delle sez. un. del 2016 (n. 15285/2016).

Questa decisione afferma, che gli appalti dei soggetti privati ex art. 32, lett. d), codice appalti del 2006, soggiacciono al codice appalti quanto al rispetto delle procedure di evidenza pubblica, ma non quanto alla giurisdizione del g.a. Affermazione che non ritengo condivisibile.

Sotto il profilo soggettivo, pertanto, la giurisdizione esclusiva va delineata tenendo conto delle norme sostanziali, comunitarie e interne.

Sono tali norme che indicano quali sono i soggetti che, nella scelta del contraente o del socio, sono tenuti al **rispetto della normativa comunitaria**, ovvero al rispetto delle norme interne che delineano procedimenti di evidenza pubblica.

Correttamente, la previsione non richiede che necessariamente il soggetto che pone in essere le procedure di affidamento/scelta sia un soggetto pubblico.

Infatti, in base alle norme sostanziali, comunitarie e interne, anche taluni soggetti, formalmente privati, o sostanzialmente privati, sono tenuti al rispetto di procedure di evidenza pubblica.

Sul piano sostanziale rilevano dunque le definizioni di stazioni appaltanti, amministrazioni aggiudicatrici, enti aggiudicatori, etc., contenute nell’art. 3 del nuovo codice appalti del 2016, con l’avvertenza che ai fini dell’ambito di applicazione del codice appalti, non vi è una esatta coincidenza delle definizioni con il codice del 2006, ma questo non rileva ai fini del riparto di giurisdizione (v. nozione di stazione appaltante ex art. 3 d.lgs. n. 163/2006 e 3 d.lgs. n. 50/2016).

## 2

Sotto il **profilo oggettivo**, viene usata l’ampia locuzione di “procedure di affidamento”, relative a “lavori, servizi, forniture”.

Sicché, sul versante oggettivo, la giurisdizione esclusiva sussiste in relazione a procedimenti di affidamento, finalizzati a lavori, servizi, forniture: nozioni, tutte, che vanno desunte dal vigente diritto dei contratti pubblici, ora art. 3 d.lgs. n. 50/2016.

La giurisdizione esclusiva sussiste anche quando si lamenti che da parte dell’amministrazione è mancata una procedura di affidamento dovuta, ossia vi sia stato un affidamento a trattativa privata fuori dai casi consentiti [Cons. St., VI, 12.12.2011 n. 6492; Cass., sez. un., 18.11.1998 n. 11619; Cons. St., IV, 5.4.2006 n. 1789; C. giust. CE, I, 11.1.2005 C-26/03].

Va evidenziato come la formulazione letterale della norma usi espressioni molto ampie, che estendono l’ambito della **giurisdizione esclusiva** ben al di là del tradizionale settore degli “appalti della pubblica amministrazione”.

Basti pensare, sotto il profilo oggettivo, ai tipi contrattuali diversi dal tradizionale appalto, quali la **concessione**, la concessione di costruzione e gestione,

l'**affidamento a promotore** (c.d. finanza di progetto o *project financing*), o a società di progetto, o a *general contractor*, o a locatore finanziario, la sponsorizzazione, tutte le nuove tipologie di PPPC.

Quanto alle procedure di affidamento, vengono in considerazione la procedura aperta, quella ristretta, quella negoziata previo bando e senza bando, il dialogo competitivo, il partenariato per l'innovazione, l'asta elettronica, il sistema dinamico di acquisizione, l'accordo quadro, il cottimo fiduciario, le residue trattative private pure sotto soglia.

La giurisdizione esclusiva riguarda tutti i settori dei **pubblici contratti c.d. passivi**, vale a dire:

- lavori;
- servizi;
- forniture;
- appalti misti;
- servizi di progettazione (rientranti nel *genus* appalti di servizi);
- concorsi di progettazione;
- lavori, servizi, forniture nei settori speciali;
- lavori e gestione in relazione ad infrastrutture strategiche di preminente interesse nazionale;
- appalti di lavori pubblici concernenti beni culturali;
- appalti della protezione civile;
- concessioni di beni e servizi pubblici;
- sponsorizzazioni;
- altri contratti passivi **esclusi in tutto o in parte** dall'ambito di applicazione oggettiva del codice dei contratti pubblici se il soggetto attivo costituisce un'amministrazione aggiudicatrice: **esemplificando, contratti segreti, contratti della difesa, servizi sociali e altri servizi in regime c.d. alleggerito.**

Non ci sono più spazi per trattative private "pure", si tratta sempre di procedure, negoziate, ancorché senza bando: si pensi nel nuovo codice appalti alle procedure ex art. 36, 63 e 163 d.lgs. n. 50/2016.

Quanto affermato sui "contratti esclusi" merita un approfondimento: si afferma che ai contratti "esclusi" si applicano comunque "i principi" a tutela della concorrenza: lo afferma la C. giust. UE, lo affermava l'art. 27, codice n. 163/2006 e ora gli artt. 4 e 36, d.lgs. n. 50/2016.

L'art. 133 c.p.a. invece, impone la giurisdizione del g.a. in caso di soggetti tenuti al rispetto "dei procedimenti di evidenza pubblica". Sembrerebbe che se non vi è un obbligo di rispetto della "procedura" ma solo dei "principi" non vi sia giurisdizione amministrativa.

Così non è perché Commissione europea e C. giust. UE danno ai "principi di tutela della concorrenza" un contenuto "molto procedimentalizzato": l'obbligo di rispetto dei principi si traduce in obbligo di sequenza di un procedimento amministrativo vero e proprio.

Per quanto riguarda i servizi, posto che l'art. 133, c. 1, lett. e), c.p.a. si riferisce alle procedure di affidamento, e ai servizi, senza utilizzare l'espressione "appalto", la

giurisdizione esclusiva si estendeva all'affidamento delle concessioni di servizi pubblici [Cons. St., VI, 16.4.2003 n. 1968], già prima del nuovo codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 50/2016, che ha recepito, *inter alia*, la direttiva ricorsi 2014/23, relativa alle concessioni di lavori e servizi.

### 3

In relazione ai servizi di progettazione, giova osservare che si ha appalto, soggetto alla giurisdizione di cui all'art. 133, c. 1, lett. e), c.p.a., laddove vi è una procedura amministrativa finalizzata alla scelta del progettista [Cons. St., V, 10.2.2004 n. 500].

L'art. 133, c. 1, lett. e), c.p.a. non distingue tra appalti sopra e sotto soglia comunitaria, tutti indistintamente attratti alla giurisdizione esclusiva [Cass., sez. un., 9.5.2011 n. 10068; Cons. St., IV, 15.2.2002 n. 934].

Tuttavia, intanto trova applicazione l'art. 133 c.p.a. e la relativa regola di giurisdizione esclusiva, in quanto i soggetti siano obbligati, o dal diritto comunitario, o dal diritto interno, al rispetto di **procedure di evidenza pubblica** [Tar Puglia - Bari, I, 2.4.2003 n. 1543].

La soluzione appare coerente con la scelta operata dal codice appalti, di dettare regole unitarie per gli appalti indipendentemente dal limite valoristico comunitario; sarebbe stata infatti di difficile comprensibilità, sul piano della ragionevolezza e della costituzionalità, l'opposta soluzione che, a parità di regole di evidenza e di interessi da tutelare, discriminasse gli appalti interni escludendoli dalle nuove regole in punto di **risarcimento e concentrazione giurisdizionale**.

Giova, infatti, rilevare che, diversamente dalle direttive comunitarie, volte, come noto, a diversificare il regime giuridico degli appalti -tanto di lavori, quanto di forniture e servizi- in considerazione di determinate soglie applicative individuate dalle stesse fonti normative di livello europeo sulla base degli importi da aggiudicare -, il d.lgs. n. 163/2006 e il d.lgs. n. 50/2016 hanno dettato una disciplina uniforme per i contratti sotto e sopra soglia, con poche deroghe per i primi.

Nell'ambito della giurisdizione sulle procedure di evidenza pubblica ricade pure la **cognizione incidentale** di controversie relative al possesso dei requisiti soggettivi degli operatori economici, ancorché vengano in rilievo provvedimenti contestabili in via principale davanti al giudice ordinario; in particolare il contenzioso relativo al DURC rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo, adito per la definizione di una controversia avente ad oggetto l'affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture, ove si chieda l'accertamento inerente alla regolarità del documento unico di regolarità contributiva, quale atto interno della fase procedimentale di verifica dei requisiti di ammissione dichiarati dal partecipante ad una gara. Tale accertamento viene effettuato, nei limiti del giudizio relativo all'affidamento del contratto pubblico, in via incidentale, cioè con accertamento privo di efficacia di giudicato nel rapporto previdenziale [Cons. St., ad. plen., 25.5.2016 n. 10; Cons. St., V, 16.2.2015 n. 781; Cass., sez. un., 11.12.2007 n. 25818; Cass., sez. un., 9.2.2011 n. 3169].

Se non è revocabile in dubbio la natura di dichiarazione di scienza attribuibile al DURC, che si colloca fra gli atti di certificazione o di attestazione facenti prova fino a querela di falso, tale elemento non risulta, tuttavia, ostativo all'esame, da parte del giudice amministrativo, della regolarità delle risultanze della documentazione prodotta dall'ente previdenziale in un giudizio avente ad oggetto l'affidamento di un contratto pubblico di lavori, servizi o forniture.

L'operatore economico può impugnare le determinazioni cui è giunta la stazione appaltante, all'esito dell'accertamento sulla regolarità contributiva, sollevando profili di eccesso di potere per erroneità dei presupposti, qualora contesti le determinazioni derivanti dall'esito dell'attività valutativa. Questa conclusione è giustificata dalla possibilità, per il giudice amministrativo, di compiere un accertamento puramente incidentale, ai sensi dell'art. 8 c.p.a., sulla regolarità del rapporto previdenziale: ciò implica che le statuizioni, adottate sul punto, hanno efficacia esclusivamente in relazione alla controversia concernente gli atti di gara e non esplicano i loro effetti nei rapporti fra l'ente previdenziale e l'operatore coinvolto.

L'ambito della cognizione del giudice amministrativo, in effetti, concerne l'attività provvedimentale successiva e consequenziale alla produzione del DURC da parte dell'ente previdenziale: l'operatore privato, nel giudizio instaurato dinanzi all'autorità giudiziaria amministrativa, non censura direttamente l'erroneità del contenuto del DURC, ma le statuizioni successive della stazione appaltante, derivanti dalla supposta erroneità del DURC.

Per tale ragione ed in un'ottica di effettività della tutela, risulta doverosa la concentrazione della verifica circa la regolarità della documentazione contributiva, ancorché effettuata in via incidentale, in capo ad un'unica autorità giudiziaria: il diritto di difesa verrebbe, in effetti, lesa se si costringesse il privato a contestare, dinanzi al giudice ordinario, la regolarità del DURC e, successivamente, dopo aver ottenuto l'accertamento dell'errore compiuto dall'ente previdenziale, la illegittimità delle determinazioni della stazione appaltante dinanzi al giudice amministrativo. Un iter processuale di tal genere risulterebbe eccessivamente gravoso per il privato ed incompatibile con la celerità che il legislatore ha imposto per il rito degli appalti nel c.p.a.: l'attesa di una decisione sulla regolarità della posizione previdenziale, non permetterebbe di impugnare entro i termini di cui agli artt. 120 ss. c.p.a., i provvedimenti adottati dalla stazione appaltante in relazione alla procedura di evidenza pubblica di riferimento.

Ciò non impedisce all'operatore privato di impugnare autonomamente il DURC con gli ordinari strumenti predisposti dall'ordinamento, davanti al giudice ordinario. Sarebbe un tipo di controversia tra privato e ente previdenziale esulante dalla giurisdizione del g.a.

Nella nozione di atti delle procedure di affidamento rientrano, poi, anche **atti di secondo grado o comunque ad esse connessi**:

- si pensi agli atti di autotutela posti in essere dalle stazioni appaltanti;
- si pensi ad alcuni nuovi provvedimenti dell'ANAC, che sono in base al codice appalti n. 50/2016 impugnabili davanti al g.a., quali: i pareri vincolanti resi in sede

di precontenzioso e la raccomandazione vincolante all'autotutela (art. 211 d.lgs. n. 50/2016); il parere ANAC di congruità del prezzo negli appalti di protezione civile per servizi e forniture (art. 163, c. 9, d.lgs. n. 50/2016).

## **QUI FINISCONO LE CERTEZZE NORMATIVE E INIZIANO I DUBBI DELL'ESEGETA**

### **3. Ipotesi problematiche in ordine alla giurisdizione esclusiva sulle procedure di affidamento**

#### **1**

Nell'esegesi dell'art. 133, c. 1, lett. e), c.p.a. (già art. 244, d.lgs. n. 163/2006 e già art. 6, l. n. 205/2000), vanno esaminate alcune questioni problematiche in ordine **al riparto di giurisdizione**, che attengono:

- all'autolimitazione e agli appalti sotto soglia;
- alla responsabilità precontrattuale;
- alla fase di esecuzione del contratto e, segnatamente, a questioni che si collocano momenti a cavallo tra l'affidamento e l'esecuzione, quali: la sorte del contratto in caso di annullamento dell'aggiudicazione; i provvedimenti di autotutela; la revisione prezzi; altri momenti autoritativi in fase di esecuzione;
- alle società miste e *in house*;
- alla nozione di organismo di diritto pubblico;
- alle imprese pubbliche operanti nei settori speciali;
- agli atti dell'ANAC incidenti sulle procedure di affidamento.

### **4. L'autolimitazione, gli appalti dei soggetti privati, gli appalti sotto soglia**

#### **SEMBRAVA UN TEMA SUPERATO, MA E' RITORNATO ATTUALE DOPO LE SEZ. UN. 15285/2016**

#### **1**

L'art. 133, c. 1, lett. e), c.p.a. (già art. 244, d.lgs. n. 163/2006), come già l'art. 6, l. n. 205/2000, prescindono dall'essere l'appalto sopra o sotto soglia comunitaria, al fine della giurisdizione [Cass., sez. un., 9.5.2011 n. 10068].

Tuttavia, ancorano la giurisdizione all'essere il soggetto "comunque tenuto" al **rispetto di procedure di evidenza pubblica**.

Tale formulazione ha fatto sorgere la questione della sussistenza o meno della giurisdizione amministrativa, in relazione ad appalti sotto soglia dove non vi fosse un obbligo legale di seguire procedure di evidenza pubblica.

E si è posta l'ulteriore questione se si potesse radicare la giurisdizione quando un soggetto, **non obbligato** da fonte eteronoma **a seguire procedure di evidenza pubblica**, le avesse in fatto seguite in via di autolimitazione.

Prima del d.lgs. n. 163/2006, invero, la questione si è posta con riguardo all'ipotesi

di:

- forniture sotto soglia delle aziende sanitarie, esentate dalle procedure di evidenza pubblica;
- servizi e forniture sotto soglia di organismi di diritto pubblico, categoria soggettiva che prima del d.lgs. n. 163/2006 non era stata estesa a servizi e forniture sotto soglia.

Si era delineato un **contrasto**:

a) tra la tesi secondo cui in siffatte ipotesi, atteso che l'autolimitazione al rispetto di procedure di evidenza pubblica riguarda comunque un soggetto pubblico, l'**autolimitazione è idonea** a radicare la giurisdizione del g.a. [Cons. St., IV, 15.2.2002 n. 934 Nello stesso senso sembra *MISSERINI* (145), 430; Cons. St., VI, 15.11.2005 n. 6368];

b) e la tesi secondo cui l'**autolimitazione è idonea** a incidere sul riparto di giurisdizione [Cass., sez. un., 20.11.2003 n. 17635, in *UA* 2004, 425, nt. critica *MISSERINI* (145), che ha annullato Cons. St., IV, 15.2.2002 n. 934; Tar Piemonte, II, 6.6.2006 n. 2256, in *UA* 2006, 1335, nt. critica *GAETANO* (87); Cons. St., V, 18.11.2004 n. 7554, in *RARI* 2004, 1065, nt. *REGGIO D'ACI*; *ContrSt* 2005, 314, nt. *STECANELLA*; *DPamm* 2005, 498, nt. *VALAGUZZA*; *FA CDS* 2005, 125, nt. *CASALINI*; *FI* 2005, III, 642, nt. *CORTESI*; *GI* 2005, 1077, nt. *CARANTA*; *UA* 2005, 703, nt. *MISSERINI* (145)], soprattutto se promana da soggetto privato [Cons. St., VI, 9.6.2008 n. 2764].

## 2

La tesi che sembra più corretta è che l'autolimitazione al rispetto di procedure di evidenza pubblica, se promana da un soggetto pubblico, è idonea a dar vita ad una procedimentalizzazione fonte di interessi legittimi, con conseguente giurisdizione amministrativa (tale tesi fu negli anni '50 seguita per radicare la giurisdizione amministrativa sulle trattative private procedimentalizzate in via di autolimitazione dalle pubbliche amministrazioni).

Inoltre non va tralasciato che sotto soglia, anche se non ci sono procedure formali di evidenza pubblica, sussiste comunque l'obbligo di **rispetto dei principi del Trattato**, che si traduce in un minimo di procedimentalizzazione, idoneo a radicare la giurisdizione amministrativa.

I casi specifici esaminati dalla giurisprudenza prima del d.lgs. n. 163/2006 devono ora ritenersi superati alla luce del d.lgs. n. 163/2006 che:

- ha eliminato la trattativa privata pura per gli appalti delle a.s.l.;
- ha introdotto la nozione di organismo pubblico anche per servizi e forniture sotto soglia;
- ha reso chiara la necessità di procedure di evidenza pubblica anche per servizi e forniture sotto soglia;
- rende applicabile le norme processuali della parte V anche agli appalti sotto soglia [Tar Puglia - Bari, I, 12.6.2008 n. 1480, in *UA* 2008, 1330, nt. *Manfredi* (133)].

La questione può tuttavia ancora porsi per i **contratti esclusi dall'ambito di applicazione del d.lgs. n. 163/2006 e in prosieguo del d.lgs. n. 50/2016**, e per i

residui casi di trattativa privata pura (p.es. affidamenti in economia di lavori sotto i 40.000 euro e di servizi e forniture sotto i 20.000 euro).

In tali fattispecie, la necessità del rispetto dei principi del Trattato si traduce in una procedimentalizzazione minima, vale a dire in una procedura di evidenza pubblica ancorché snella e rudimentale, che a nostro avviso radica la giurisdizione esclusiva di cui all'art. 133, c. 1, lett. e), c.p.a. (già art. 244, d.lgs. n. 163/2006),

Siffatta soluzione non è invece estensibile all'ipotesi in cui un soggetto privato, non tenuto al rispetto delle regole e dei principi di evidenza pubblica, in via di autolimitazione adotti una procedura di scelta del contraente retta dal diritto pubblico [Cass., sez. un., 20.3.2009 n. 6771; Cass., sez. un., 15.4.2005 n. 7800, in *FI* 2006, I, 529, nt. ANGELINI].

### 3

Secondo l'ad. plen., la sottoposizione o meno dell'appalto al regime pubblicistico divisato dal d.lgs. n. 163/2006 discende dalle caratteristiche oggettive dell'appalto e soggettive della stazione appaltante, e dunque dall'esistenza di un vincolo "eteronomo" e non dalla dichiarazione della stazione appaltante (c.d. **autovincolo**). Se è vero che l'art. 133, c. 1, lett. e), n. 1), c.p.a., fa riferimento, al fine di stabilire l'ambito della giurisdizione amministrativa, al soggetto "comunque tenuto" al rispetto di procedure di evidenza pubblica, tuttavia siffatta ampia espressione non può che riferirsi pur sempre ad un vincolo eteronomo, e non autonomo, di rispetto delle dette procedure [Cons. St., ad. plen., 1.8.2011 n. 16; Cass., sez. un., 15.4.2005 n. 7800; Cass., sez. un., 20.11.2003 n. 17635; Cons. St., VI, 24.11.2011 n. 6211; Cons. St., VI, 9.6.2008 n. 2764; Cons. St., IV, 16.7.2007 n. 4012].

Secondo la citata plenaria, il c.d. autovincolo, se è idoneo a rendere applicabili le regole richiamate, è **inidoneo a determinare spostamenti della giurisdizione**.

Per l'effetto, si è esclusa la giurisdizione del giudice amministrativo e si è affermata quella ordinaria nel caso di affidamento da parte di privati di lavori di edilizia abitativa civile, ancorché con finanziamento pubblico e onere di seguire procedure di evidenza pubblica, trattandosi di lavori non contemplati tra quelli per i quali i privati che ricevono un finanziamento pubblico sono tenuti, secondo il codice appalti, a seguire procedure di evidenza pubblica (nella specie, condizione per la fruizione di contributi per ricostruzione postsismica era di seguire procedure di gara per l'affidamento dei lavori) [Cons. St., IV, 7.7.2014 n. 3419].

Secondo l'assunto del Consiglio di Stato, per affermare la giurisdizione del g.a., occorre che vi sia una procedura di affidamento di un privato che ricade nei paletti dell'art. 32, lett. d) codice del 2006 (ora art. 1, c. 2, n. 1 d.lgs. n. 50/2016): affermato il principio, si è ritenuto nella specie i lavori di edilizia privata non rientrassero nell'allegato I al codice del 2006, cui l'art. 32 citato fa rinvio (con una lettura errata della norma).

Le sez. un. che confermano tale decisione del Consiglio di Stato usano in realtà un argomento diverso, dicono in modo tranciante che gli appalti dei soggetti privati ex art. 32, lett. d), codice appalti del 2006, soggiacciono al codice appalti quanto al rispetto delle procedure di evidenza pubblica, ma non quanto alla giurisdizione del



g.a. e questo perché l'art. 133 c.p.a. ancora la giurisdizione alle procedure di affidamento di appalti di "pubblici" lavori, servizi, forniture [Cass., sez. un., 25.7.2016 n. 15285].

La tesi dà adito a perplessità perché secondo l'art. 7, c. 2, c.p.a. per pubbliche amministrazioni, ai fini del codice, si intendono anche i soggetti ad esse equiparati o comunque tenuti al rispetto dei principi del procedimento amministrativo. Non è dubbio che i privati che eseguono opere pubbliche con finanziamento pubblico siano soggetti al codice dei contratti pubblici, ossia al rispetto del procedimento amministrativo, e che pertanto rientrino nella sfera di giurisdizione dell'art. 133, lett. e). Un identico procedimento amministrativo di gara sarà, in virtù di tale orientamento, sindacato dal g.a. o dal g.o. a seconda della natura giuridica della stazione appaltante.

## **5. La responsabilità precontrattuale e ipotesi particolari di azioni risarcitorie**

### **5.1. La responsabilità precontrattuale**

#### **5.1.a) La responsabilità precontrattuale della stazione appaltante**

**1**

Mentre altre norme attributive di giurisdizione esclusiva al giudice amministrativo fanno riferimento a "provvedimenti, atti e comportamenti" (così l'art. 34, d.lgs. n. 80/1998, in tema di urbanistica ed edilizia; l'art. 53, d.P.R. n. 327/2000, in tema di espropriazioni immobiliari), l'art. 133, c. 1, lett. e), c.p.a. (già art. 244, d.lgs. n. 163/2006), sul piano letterale sembra riferirsi solo agli atti e provvedimenti, dato l'uso dell'espressione "**procedure di affidamento**".

Pertanto, la norma parla di "tutte le controversie" relative a "procedure di affidamento", "ivi incluse quelle risarcitorie".

Nelle controversie in tema di procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture, può essere chiesta al giudice amministrativo la **tutela risarcitoria**, sia in relazione alle lesioni di diritti soggettivi, sia in relazione alla lesione di interessi legittimi, e tanto a prescindere dalla distinzione tra appalti di rilevanza comunitaria, e appalti di diritto interno.

Il riferimento a "tutte le controversie" e l'inclusione di quelle "risarcitorie", induce a interpretare in senso ampio l'espressione, come comprensiva anche dei comportamenti non provvedimentali posti in essere nel corso della procedura di affidamento.

Si pensi a:

- silenzi;
- ritardi;
- rifiuti taciti;
- comportamenti scorretti nella fase delle trattative, che sono fonte di responsabilità precontrattuale anche a prescindere dall'adozione di atti illegittimi [Cons. St., IV, 19.3.2003 n. 1457, in *UA* 2003, 943, nt. RACCA (188). Prima della l. n. 205/2000, la

giurisprudenza riteneva che la giurisdizione fosse del giudice ordinario: v. Cass., sez. un., 26.6.2003 n. 10160, in *FI* 2004, I, 226].

Sicché, anche su tali comportamenti, e sulle relative conseguenze risarcitorie, sussiste la **giurisdizione esclusiva** di cui all'art. 133, c. 1, lett. e), c.p.a. (già art. 244, d.lgs. n. 163/2006).

A tale soluzione si può pervenire anche considerando che a norma dell'art. 7, c. 3, l. Tar, il giudice amministrativo “nell'ambito della sua giurisdizione, conosce anche di tutte le questioni relative all'eventuale risarcimento del danno”.

Tale soluzione deve essere mantenuta ferma anche dopo la pronuncia della Corte cost. n. 204/2004 [Corte cost., 6.7.2004 n. 204, in *FI* 2004, I, 2594], che ha toccato gli artt. 33 e 34, d.lgs. n. 80/1998, ma la cui portata sistematica può avere riflessi anche in relazione all'art. 133, c. 1, lett. e), c.p.a. (già art. 244, d.lgs. n. 163/2006). Tale pronuncia ha escluso che la giurisdizione esclusiva possa estendersi a comportamenti meri della pubblica amministrazione, non connessi all'esercizio di un pubblico potere.

Ma i comportamenti sopra enunciati, che possono essere posti in essere durante le procedure di affidamento (silenzi, rifiuti taciti, ritardi, condotte scorrette durante le trattative) appaiono pur sempre direttamente correlati all'esercizio dei pubblici poteri nelle procedure di affidamento [FRACCHIA (83), 2607, secondo il quale alla luce di Corte cost. n. 204/2004 rimangono comunque alla giurisdizione del giudice amministrativo le controversie su “comportamenti” della pubblica amministrazione che sono collegate al “farsi del potere” e quindi alla lesione di interessi legittimi. In giurisprudenza v. Cons. St., V, 6.12.2006 n. 7194, in *UA* 2007, 595, nt. TUCCARI (225)].

Sicché si deve concludere che permane la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, anche dopo Corte cost. n. 204/2004.

In tal senso militano due pronunce della plenaria:

a) secondo l'una, anche dopo la pronuncia della Corte costituzionale n. 204/2004, permane la giurisdizione del giudice amministrativo sul risarcimento dei danni da “comportamenti” tenuti nella fase precontrattuale, in quanto non si tratta di meri comportamenti materiali, ma pur sempre comportamenti connessi all'esercizio di pubbliche funzioni [Cons. St., ad. plen., 15.9.2005 n. 7; Cons. St., ad. plen., 30.8.2005 n. 4],

b) secondo l'altra, la **giurisdizione esclusiva sui pubblici appalti** abbraccia anche i comportamenti [Cons. St., ad. plen., 15.9.2005 n. 6, in *CdS* 2005, I, 1440, nt. RUBULOTTA (196); Cons. St., IV, 7.3.2005 n. 920, ord., in *UA* 2005, 788, nt. CONTESSA (49)].

Anche la Corte di cassazione a sez. un. ha ritenuto che nelle materie in cui il giudice amministrativo ha giurisdizione, i suoi poteri si estendono alle controversie risarcitorie, senza che sia possibile il doppio binario, che è in contrasto con le esigenze di concentrazione processuale e con i *dicta* di Corte cost. n. 204/2004 [Cass., sez. un., 13.6.2006 n. 13659 e 13660, ordd.; Cass., sez. un., 31.3.2005 n. 6745, in *UA* 2005, 787, nt. CONTESSA (49); Cass., sez. un., 24.3.2005 n. 6332;

Cass., sez. un., 23.12.2004 n. 23827,] e che rientra nella giurisdizione esclusiva del g.a. il contenzioso sui comportamenti tenuti dalla stazione appaltante sia prima dell'aggiudicazione, che nella successiva fase nevralgica compresa tra aggiudicazione e stipulazione del contratto; di conseguenza, nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo anche la domanda di risarcimento del danno avanzata dall'aspirante contraente nei confronti della stazione appaltante, a titolo di responsabilità extracontrattuale e/o precontrattuale, per attività illecita consistente nella revoca dell'aggiudicazione: avente, pur essa per oggetto, atti o provvedimenti della procedura concorsuale obbligatoria, nonché relativi all'individuazione del contraente a seguito dell'aggiudicazione, e comunque inerenti alla fase antecedente alla stipulazione del contratto di appalto, la giurisdizione del giudice ordinario quale giudice dei diritti, diviene operante soltanto nella successiva fase contrattuale, concernente l'esecuzione del rapporto in cui vengono in considerazione i diritti e gli obblighi che da questo scaturiscono per ciascuno dei contraenti [Cass., sez. un., 30.7.2008 n. 20596].

Il d.lgs. n. 163/2006 codifica tale soluzione, includendo espressamente le controversie risarcitorie inerenti le procedure di affidamento nell'ambito della giurisdizione del giudice amministrativo.

La giurisprudenza è orientata pacificamente nel senso che le questioni di responsabilità precontrattuale della stazione appaltante rientrano nella giurisdizione esclusiva [Cons. St., V, 31.12.2014 n. 6455].

**Va altresì considerato che nel codice del 2006 come in quello del 2016 l'aggiudicazione non equivale ad accettazione dell'offerta e dunque a conclusione del contratto (art. 32, c. 6); pertanto la mancata stipulazione dopo l'aggiudicazione, per fatto della stazione appaltante, dà luogo a responsabilità precontrattuale e non contrattuale.**

**Secondo un recente tesi della Cassazione, la responsabilità precontrattuale andrebbe ricondotta al novero di quella contrattuale:** nei contratti conclusi con la pubblica amministrazione statale, il dispiegamento degli effetti vincolanti per le parti, al di là della formale stipula di un accordo negoziale, è subordinata all'approvazione ministeriale ai sensi dell'art. 19 r.d. n. 2440/1923, da effettuarsi con un provvedimento espresso adottato dall'organo competente nella forma solenne prescritta dalla legge, la cui esistenza non può desumersi implicitamente dalla condotta tenuta dalla p.a. con la conseguenza che, ai fini del perfezionamento effettivo del vincolo contrattuale, pur se formalmente esistente, non è sufficiente la mera aggiudicazione pronunciata in favore del contraente, come pure la formale stipula del contratto ad evidenza pubblica nelle forme prescritte dalla legge; pertanto, l'eventuale responsabilità dell'Amministrazione, in pendenza dell'approvazione ministeriale, deve essere configurata come precontrattuale, ai sensi degli artt. 1337 e 1338 c.c., inquadrabile nella responsabilità di **tipo contrattuale da "contatto sociale qualificato"**, inteso come fatto idoneo a produrre obbligazioni, ai sensi dell'art. 1173 c.c., e dal quale derivano, a carico delle parti, non obblighi di prestazione ai sensi dell'art. 1174 stesso codice, bensì reciproci obblighi di buona fede, di protezione e di informazione, ai sensi degli artt.

1175 e 1375, con conseguente applicabilità del termine decennale di prescrizione a norma dell'art. 2946 c.c. [Cass., I, 12.7.2016 n. 14188].

**La sentenza non affronta le altre ricadute di tale qualificazione sull'onere della prova e la misura del danno, implicazioni che nel processo amministrativo possono essere molto rilevanti, anche in termini di maggiori oneri risarcitori per le parti.**

### **5.1.b) La responsabilità precontrattuale dell'operatore economico nei confronti della stazione appaltante**

Si pone l'ulteriore questione se la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sulle procedure di affidamento abbracci pure le azioni a titolo di responsabilità precontrattuale proposte dalle amministrazioni pubbliche nei confronti delle controparti private, per condotte scorrette nella fase delle trattative contrattuali.

Ricorrono i due presupposti necessari per affermare la sussistenza della giurisdizione amministrativa:

a) da un lato la copertura di una “**giurisdizione esclusiva**” su tutta la procedura di affidamento dei contratti pubblici, che secondo il d.lgs. n. 163/2006 e il d.lgs. n. 50/2016 si estende sino alla stipulazione del contratto (art. 11, d.lgs. n. 163/2006; art. 32 d.lgs. n. 50/2016), e dunque sulla relativa fase di trattative contrattuali: giurisdizione esclusiva che implica la cognizione non dei soli atti amministrativi, ma anche dei rapporti tra le parti in tale fase;

b) dall'altro lato la connessione di siffatta azione con l'**esercizio del potere amministrativo** inerente l'aggiudicazione e stipulazione di un pubblico appalto.

Se la **giurisdizione esclusiva abbraccia il rapporto tra p.a. e privato, essa non può essere unidirezionale** e perciò riferita esclusivamente alle azioni del privato nei confronti della p.a., ma deve necessariamente essere bidirezionale ed estesa anche alle azioni della p.a. nei confronti del privato, che siano, come nella specie, conseguenza immediata e diretta delle prime.

La giurisprudenza ha già affermato che la giurisdizione esclusiva (segnatamente quella in materia di concessioni *ex art. 5, l. Tar* e quella in materia di accordi di diritto pubblico *ex l. n. 241/1990*) abbraccia non solo le azioni del privato nei confronti della p.a., ma anche le azioni di responsabilità promosse dalla p.a. nei confronti del privato [Cons. St., V, 11.12.2007 n. 6358].

Milita in favore di tale soluzione anche il principio di **concentrazione delle tutele**, da ultimo espressamente codificato nell'art. 44, l. n. 69/2009.

Diversamente ragionando, in casi di azione di responsabilità del privato verso la p.a. e di domanda riconvenzionale di quest'ultima verso il privato, una vicenda unitaria, che postula una cognizione unitaria, verrebbe in modo irrazionale e antieconomico portata alla cognizione di due diversi ordini giurisdizionali, con il **rischio di contrastanti giudicati** [Cons. St., VI, 11.1.2010 n. 20].

Per una ipotesi di domanda riconvenzionale della stazione appaltante verso la ricorrente che agiva in responsabilità precontrattuale, al fine di incamerare la cauzione provvisoria, e l'affermazione della giurisdizione del g.a. v. Cons. St., V,

31.12.2014 n. 6455.

Per la consolidata giurisprudenza amministrativa in sede di giurisdizione amministrativa esclusiva l'Amministrazione pubblica ben può agire con un ricorso, a tutela di un proprio diritto soggettivo [**Cons. St., ad. plen., 20.7.2012 n. 28**; Cons. St., IV, 25.6.2010 n. 4107, sulla proponibilità dell'azione ex art. 2932 c.c.].

Tale tesi ha avuto anche l'avallo della Corte costituzionale, che ha affermato principi aventi un rilievo generale sui casi nei quali il ricorso al giudice amministrativo può essere proposto nei confronti di un soggetto privato.

Con la sentenza n. **179 del 2016** (§ 3.1.), la Corte costituzionale ha evidenziato che, «sebbene gli artt. 103 e 113 Cost. siano formulati con riferimento alla tutela riconosciuta al privato nelle diverse giurisdizioni, da ciò non deriva affatto che tali giurisdizioni siano esclusivamente attivabili dallo stesso privato, né che la giustizia amministrativa non possa essere attivata dalla pubblica amministrazione; tanto più che essa storicamente e istituzionalmente è finalizzata non solo alla tutela degli interessi legittimi (ed in caso di giurisdizione esclusiva degli stessi diritti), ma anche alla tutela dell'interesse pubblico, così come definito dalla legge»: ai fini della compatibilità costituzionale delle norme di legge devolutive di controversie alla giurisdizione esclusiva, rileva il fatto «che vi siano coinvolte situazioni giuridiche di diritto soggettivo e di interesse legittimo strettamente connesse».

La medesima sentenza n. 179 del 2016 della Corte costituzionale, al § 3.2., ha evidenziato che «**l'ordinamento non conosce materie 'a giurisdizione frazionata', in funzione della differente soggettività dei contendenti. Elementari ragioni di coerenza e di parità di trattamento esigono, infatti,** che l'amministrazione possa avvalersi della **concentrazione delle tutele che è propria della giurisdizione esclusiva** e che quindi le sia riconosciuta la legittimazione attiva per convenire la parte privata avanti il giudice amministrativo».

E' stata nella pratica ammessa un'azione di risarcimento del danno promossa da una stazione appaltante nei confronti dell'aggiudicataria che ha rifiutato di stipulare il contratto, obbligando la stazione appaltante a scorrere la graduatoria ed aggiudicare alla seconda classificata a condizioni meno convenienti [Cons. St., III, 31.8.2016 n. 3755].

**NON MI SOFFERMO SUGLI ALTRI CASI PARTICOLARI DI AZIONI RISARCITORIE, COMMENTATI DAL COLLEGA DI NEZZA NELLA RELAZIONE CHE HA PRECEDUTO LA MIA. Rinvio alla relazione scritta dicendo anche io che l'orientamento delle sez. un. sulla giurisdizione sull'azione risarcitoria verso il funzionario e sull'azione risarcitoria promossa dal beneficiario del provvedimento annullato non mi convince del tutto.**

## **5.2. Ipotesi particolari di azioni risarcitorie**

Se l'azione del danno da atti illegittimi del procedimento di aggiudicazione o da comportamenti scorretti nei confronti delle trattative è proposta nei confronti della stazione appaltante, la giurisdizione è del giudice amministrativo, atteso che la giurisdizione si estende, per espresso dettato normativo, al contenzioso risarcitorio (art. 133, c. 1, lett. e), c.p.a.).

Controversa è invece la giurisdizione se l'azione è proposta nei confronti dei **pubblici dipendenti**

autori dell'atto.

Le sez. un. ribadiscono la giurisdizione del g.o., affermando che se la questione sottoposta all'esame del giudice concerne la **valutazione** della configurabilità della **responsabilità aquiliana** per danni provocati al partecipante ad una gara per l'affidamento di servizi, derivanti dalla condotta illecita dei componenti della commissione aggiudicatrice dei servizi, condotta nella quale erano stati anche ravvisati gli estremi di reato, sussiste la giurisdizione del g.o. In siffatto contesto, l'invalidazione della procedura della gara di appalto da parte del giudice amministrativo altro non costituisce che il presupposto della domanda attorea, intesa all'individuazione dei responsabili del danno nelle persone fisiche che avevano rivestito la qualità di componenti della commissione e di ufficiale rogante, in relazione alla quale il soggetto pubblico - l'Università - si collocava come responsabile solidale delle condotte contestate sotto il profilo della *culpa in vigilando* [Cass., sez. un., 13.6.2006 n. 13659; Cass., sez. un., 11.10.2011 n. 20902; **Cass., sez. un., 3.10.2016 n. 19677**].

La soluzione dà adito a perplessità per il caso in cui il ricorrente intenda proporre sia azione di responsabilità verso il funzionario che verso la p.a., o in cui il funzionario evocato in giudizio chiami in causa la p.a.: in tal caso delle due l'una, o si afferma che non si applica la giurisdizione per connessione e si onera la parte di fare due azioni separate, con grave nocimento per l'esigenza di concentrazione della tutela; o si dice che la causa contro il funzionario attrae quella contro la p.a. davanti al g.o., ma allora si tradisce la ragion d'essere della giurisdizione esclusiva.

Altra questione attiene alla giurisdizione sull'azione di danno proposta dal beneficiario del provvedimento (l'aggiudicazione) nel caso di annullamento giurisdizionale di esso.

La Cassazione afferma, in tal caso, la giurisdizione del giudice ordinario [Cass., sez. un., 23.3.2011, nn. 6594, 6595, 6596, in *UA* 2011, 915; Cass., sez. un., 12.10.2011 n. 20937; Cass., sez. un., 4.9.2015 n. 17586, in tema di annullamento in autotutela di concessione di costruzione e gestione relativa a area del demanio marittimo; Cass., sez. un., 7.12.2016 n. 25041 in tema di annullamento di aggiudicazione di appalto di fornitura].

Secondo le sez. un., la tutela risarcitoria in relazione a provvedimenti amministrativi illegittimi spetta alla giurisdizione del g.a. solo se il danno patito dal soggetto che ha proceduto all'impugnazione dell'atto o del diniego di esso, sia conseguenza immediata e diretta dell'illegittimità dell'atto o del suo diniego.

Solo in tal caso può configurarsi un danno consequenziale all'illegittimità del provvedimento o diniego di provvedimento.

Diversa è invece la posizione del beneficiario del provvedimento - riconosciuto successivamente illegittimo dalla stessa p.a. o da un giudice - il quale non ha mai impugnato il provvedimento (essendone il beneficiario), e che, se il provvedimento è illegittimo, viene giustamente privato del bene della vita derivante dal provvedimento medesimo. Sicché non potrebbe invocare il risarcimento del danno adducendo la perdita del bene della vita derivante dal provvedimento illegittimo.

Stante l'illegittimità del provvedimento, una volta che esso sia annullato, il beneficiario di esso non può né invocare la tutela demolitoria, né la tutela risarcitoria davanti al giudice amministrativo.

Il danno secondo la Cassazione oggettivamente prescinde da **valutazioni sull'esercizio del potere pubblico**, fondandosi su diversi di comportamento il cui contenuto non dipende dalla natura pubblicistica o privatistica del soggetto che ne è responsabile, atteso che la p.a., come qualsiasi privato, è tenuta a rispettare nell'esercizio dell'attività amministrativa principi generali di comportamento, quali la perizia, la prudenza, la diligenza, la correttezza.

Alla critica secondo cui il provvedimento favorevole illegittimo sarebbe pur sempre lesivo di un interesse legittimo pretensivo del beneficiario, le sez. un. replicano che il danno non deriva dal provvedimento favorevole illegittimo, ma da una **fattispecie complessa**. Secondo le sez. un. il danno del beneficiario non è legato alla lesione di un interesse legittimo pretensivo, perché

quando viene adottato il provvedimento favorevole, ancorché illegittimo, l'interesse legittimo è comunque soddisfatto. Il danno discende piuttosto da una fattispecie complessa, in cui dopo l'adozione del provvedimento favorevole, lo stesso viene annullato: l'interesse legittimo che era risultato soddisfatto dal provvedimento illegittimo, risulta a posteriori, una volta che esso sia rimosso, insoddisfatto legittimamente e, dunque, senza che si configuri alcuna sua lesione *ex art. 2043 c.c.* Ciò che il privato, a seguito della nuova situazione determinatasi, denuncia è, in realtà, la lesione di una situazione di diritto soggettivo rappresentata dalla **conservazione dell'integrità del suo patrimonio**. Essa emerge sotto il profilo dell'aver egli sopportato perdite e/o mancati guadagni a causa dell'agire della p.a. concretatosi nell'illegittima emissione del provvedimento, peraltro non già considerata *sic et simpliciter* come tale, cioè solo per la sua illegittimità, bensì in quanto, per le circostanze e le modalità concrete in cui l'agire illegittimo della p.a. concretatosi nell'adozione del provvedimento si è verificato, risulti che esso è stato idoneo sul piano causale a determinare un suo affidamento nella legittimità del provvedimento e quindi nella conservazione del beneficio attribuito dal provvedimento illegittimo e nella conseguente legittimità dell'attività (onerosa per il privato) posta in essere in base al provvedimento. La fattispecie costitutiva del danno ingiusto ai sensi dell'art. 2043 c.c. risulta così derivare dalla **lesione della integrità del patrimonio del beneficiario riconducibile ad una fattispecie complessa**, rappresentata dall'essere stato il provvedimento ampliativo emesso illegittimamente, dall'essere stato l'agire della p.a. nella sua adozione, in ragione delle circostanze concrete, determinativo di affidamento incolpevole, dall'essere stato il provvedimento illegittimo rimosso (perché tale) in modo ormai indiscutibile.

La giurisprudenza amministrativa sembra essersi adeguata alle sez. un. [Cons. St., V, 17.1.2014 n. 165; Cons. St., V, 2.8.2013 n. 4059, secondo cui appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario la domanda di risarcimento del privato per la lesione dell'affidamento in lui ingenerato dalla legittimità di atti amministrativi di cui era stato beneficiario e che poi sono stati annullati in sede giurisdizionale o anche in autotutela, in quanto tale giudizio s'incentra sulla violazione del dovere del *neminem laedere*, che prescinde dalla natura pubblica o privata dell'agente e della sua attività].

Anche tale soluzione dà adito a perplessità perché la categoria della lesione della integrità del patrimonio è evanescente e vaga, e perché anche nel caso in cui il danno sia dedotto dal beneficiario del provvedimento annullato, si tratta pur sempre di un danno derivante dall'esercizio di un potere amministrativo.

## **6. La fase di esecuzione del contratto**

### **6.1. Il contrasto apparente tra l'art. 244 del codice appalti e l'art. 23-bis, l. Tar, e suo superamento con il nuovo c.p.a.**

#### **1**

L'art. 244, c. 1, d.lgs. n. 163/2006, confermava nella sostanza il criterio tendenziale di riparto di giurisdizione in materia di pubblici appalti, già elaborato dalla precedente giurisprudenza, attribuendo al giudice amministrativo le controversie che insorgono nella fase di scelta del contraente, prima della stipulazione del contratto, e lasciando al **giudice ordinario** le controversie che insorgono nella fase di esecuzione dell'appalto, dopo la stipulazione dello stesso.

La norma dell'art. 244, d.lgs. n. 163/2006 (come già il previgente art. 6, l. n. 205/2000) doveva ritenersi prevalente sull'apparente difforme previsione di cui all'art. 23-bis, l. Tar, introdotta del pari con la l. n. 205/2000, che sembrava a prima

lettura far ritenere che fossero state attribuite alla **giurisdizione del giudice amministrativo** anche le controversie relative all'esecuzione dell'appalto.

Invero, l'art. 23-bis, nel delineare un rito speciale abbreviato che riguardava, tra l'altro, i pubblici appalti, contemplava alcuni tipi di controversie tradizionalmente attribuite alla giurisdizione del giudice ordinario, e, in particolare, le controversie in materia di "esecuzione" degli appalti.

Tuttavia si doveva escludere che l'art. 23-bis, laddove menzionava le controversie sull'esecuzione degli appalti, avesse inteso ulteriormente estendere la giurisdizione del giudice amministrativo rispetto all'art. 244, c. 1, d.lgs. n. 163/2006.

Mentre l'art. 244, c. 1, d.lgs. n. 163/2006, è norma sulla giurisdizione, l'art. 23-bis è norma sul rito, che presuppone, anziché fondare, la giurisdizione amministrativa [Cons. St., IV, 25.3.2003 n. 1544].

Sicché tra le due norme non vi è conflitto, e le questioni di giurisdizione vanno risolte in base alla prima e non in base alla seconda [DE NICTOLIS (61), 539 e 544 s.; VOLPE (240), 836; in giurisprudenza, v. Cass., sez. un., 22.7.2002 n. 10726, ord., in *UA* 2002, 1426, nt. MARTELLI (137)].

L'art. 23-bis andava allora letto nel senso che il **rito speciale** si applicasse alle controversie sull'esecuzione degli **appalti**, se ed in quanto su tali controversie vi fosse in ipotesi giurisdizione del giudice amministrativo: il che accade, ove nella fase esecutiva si collochino provvedimenti autoritativi dell'amministrazione.

Era minoritaria la tesi che configurava l'art. 23-bis, l. Tar, come norma attributiva di giurisdizione [Cons. St., V, 14.7.2003 n. 4167, in *UA* 2003, nt. GIOVAGNOLI (101); Cons. St., VI, 10.6.2003 n. 3268].

Tale contrasto risulta risolto dal c.p.a., che negli artt. 119 e 120, relativi al rito speciale per gli appalti, fa riferimento alle procedure di affidamento, non menzionando l'esecuzione.

## **6.2. Le controversie in fase esecutiva come controversie su diritti soggettivi**

L'attribuzione al giudice ordinario delle controversie relative alla fase di esecuzione dell'appalto si fonda sulla considerazione che tali liti incidono su diritti soggettivi [Cass., sez. un., 26.6.1986 n. 4251].

In tal senso è la consolidata giurisprudenza della Cassazione: «è affermazione ormai ricorrente nella giurisprudenza di questo giudice di legittimità ..., secondo l'orientamento ribadito anche successivamente alla sentenza della Corte costituzionale n. 204/2004, che gli artt. 6 e 7, l. n. 205/2000, che attribuiscono alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie relative alle procedure di **affidamento di appalti pubblici** di lavori, servizi e forniture, hanno riguardo alla sola fase pubblicistica dell'appalto, in esso compresi i provvedimenti di non ammissione alla gara o di esclusione dalla stessa, e non si riferiscono, invece, alla successiva fase relativa all'esecuzione del rapporto, nella quale resta operante la giurisdizione del giudice ordinario quale giudice dei diritti .... La giurisdizione del giudice ordinario comprende la cognizione delle controversie inerenti ai diritti e agli obblighi scaturenti dal contratto di appalto, a nulla rilevando in contrario che



l'amministrazione si sia avvalsa della facoltà di rescindere o risolvere il rapporto ... In tali casi, infatti, l'atto rescindente, ancorché consistente in un atto amministrativo, non avendo natura provvedimentoale, opera nell'ambito delle **paritetiche posizioni contrattuali** ...» [Cass., sez. un., 1.6.2006 n. 13033, ord., in *UA* 2006, 933, nt. *MISSERINI* (147); Cass., sez. un., 22.5.2012 n. 8081].

Rientrano in particolare nella fase di esecuzione dell'appalto, e dunque nella giurisdizione del giudice ordinario:

- le controversie relative ai **pagamenti delle prestazioni** oggetto del contratto, e tanto anche nel caso di appalti di progettazione e incarichi di progettazione in genere [Cass., sez. un., 11.4.2006 n. 8374];
- le controversie relative alla risoluzione per inadempimento contrattuale [Cass., sez. un., 8.11.2016 n. 22649; Id., 31.1.2017 n. 2482];
- le controversie inerenti la **risoluzione del contratto** conseguente alla perdita della qualificazione SOA, con conseguente giurisdizione del giudice ordinario [Cons. St., IV, 10.11.2006 n. 6638];
- le controversie relative **all'accertamento della durata del rapporto contrattuale** [Cons. St., VI, 11.5.2007 n. 2304];
- le controversie inerenti al **collaudo** atteso che detta attività rientra pienamente nell'ambito di un rapporto contrattuale che, a partire dall'aggiudicazione, è interamente disciplinato dal diritto privato ed in relazione al quale si controverte solo in materia di diritti soggettivi [Cass., sez. un., 22.5.2012 n. 8081].

E, ancora, rientrano nella giurisdizione del g.o. le azioni di danno nei confronti dei progettisti privati, promosse dalla stazione appaltante [Cass., sez. un., 23.9.2016 n. 18691].

Mentre le azioni di danno nei confronti di dipendenti pubblici progettisti, ovvero direttori dei lavori o collaudatori, anche se esterni alla p.a., ma qualificati come organi temporanei di essa, sono devolute al giudice contabile [Cass., sez. un., 23.9.2016 n. 18691].

Tale soluzione va mantenuta ferma nel vigore dell'art. 133, c. 1, lett. e), c.p.a. (già art. 244, d.lgs. n. 163/2006).

Dubbi residuano quanto alla giurisdizione sulla risoluzione per **reati accertati**, per **informativa antimafia** ostativa, e per venir meno dei requisiti di qualificazione, che esulano dal concetto di inadempimento e sono piuttosto riconducibili ad una decadenza pubblicistica per sopravvenuto difetto di requisiti.

### **6.3. Casistica significativa**

Il criterio tendenziale secondo cui le controversie inerenti alla fase di esecuzione dell'appalto ricadono nella giurisdizione del giudice ordinario, incidendo su diritti soggettivi, ha avuto alcune significative puntualizzazioni con riferimento a casi problematici.

Con riferimento all'ordine di **sospensione dei lavori** impartito dal direttore dei lavori, si è ritenuto che lo stesso non è un provvedimento amministrativo, ossia un atto autoritativo della pubblica amministrazione, ma un atto giuridico imputabile al

committente dell'appalto e inerente all'esecuzione del rapporto contrattuale, la cui valutazione compete al giudice ordinario (o al collegio arbitrale), competente a dirimere le controversie sull'adempimento delle obbligazioni nascenti dall'appalto, e non al giudice amministrativo [Cass., sez. un., 14.6.2006 n. 13690; Cons. giust. sic., 28.9.1998 n. 538].

Rientra nella giurisdizione del giudice ordinario anche la **controversia risarcitoria** relativa ai danni derivanti da una sospensione dei lavori disposta fuori dai casi consentiti [Cass., I, 8.6.2007 n. 13509].

Più in generale rientra nella giurisdizione del giudice ordinario il contenzioso sugli **ordini di servizio** impartiti dal direttore dei lavori in fase di esecuzione dell'appalto [Cons. St., VI, 26.5.2010 n. 3347].

Con riferimento all'atto unilaterale dell'amministrazione di rescissione dell'appalto, si è ritenuto che l'atto con cui l'amministrazione committente, ai sensi dell'art. 340, l. 20.3.1865 n. 2248, all. F, si avvale della facoltà di risolvere il contratto di appalto, non ha natura provvedimento, nel senso che non incide autoritativamente sulle situazioni soggettive scaturenti dal contratto, le cui parti si collocano su **posizioni paritarie**, con conseguente giurisdizione del giudice ordinario, e non di quello amministrativo [Cass., sez. un., 11.1.2011 n. 391; Cass., sez. un., 6.5.2005 n. 9391, in *FI* 2006, I, 2172; Cons. giust. sic., 2.3.2007 n. 118; Cons. St., VI, 5.6.2006 n. 3345].

Del pari si è ritenuto che rientri nella giurisdizione del giudice ordinario il sindacato:

a) sul **recesso unilaterale dall'appalto**, previsto dall'art. 345, l. n. 2248/1865 [Cass., sez. un., 19.4.2013 n. 9533; Cass., sez. un., 26.6.2003 n. 10160, in *FI* 2004, I, 2206; Cons. St., VI, 29.4.2005 n. 2092; Cons. St., V, 24.4.2000 n. 2435];

b) sul **recesso unilaterale da una transazione** relativa ad un appalto [Cons. St., V, 28.12.2001 n. 6443, in *UA* 2002, 690, nt. ROCCO (194)].

Tuttavia si è ritenuto che **la facoltà di recesso** prevista dall'art. 11, c. 2, d.P.R. 3.6.1998 n. 252, in ambito antimafia, è espressione di un potere autoritativo di valutazione dei requisiti soggettivi del contraente, il cui esercizio è consentito anche nella fase di esecuzione del contratto, benché attenga alla scelta stessa del contraente; tale potere è estraneo alla sfera del diritto privato, perché a differenza del recesso previsto dalla l. 20.3.1865 n. 2248, art. 345 all. F, non è giustificato da inadempienze contrattuali, ma è destinato a evitare che i soggetti pubblici indicati nello stesso d.P.R. n. 252/1998 all'art. 1, abbiano rapporti contrattuali con imprese nei cui confronti emergano sospetti di collegamenti con la **criminalità organizzata**, eventualmente segnalati dalla prefettura competente; di conseguenza, la relativa controversia è soggetta alla giurisdizione del giudice amministrativo [Cass., sez. un., 28.11.2008 n. 28345; Cass., sez. un., n. 21928/2008; Cass., sez. un., 27.1.2014 n. 1530; Cons. St., III, 26.1.2017 n. 319].

Se tuttavia, a seguito di recesso della stazione appaltante per **informativa antimafia**, è il privato contraente ad agire per la risoluzione contro la p.a., la giurisdizione è del g.o. trattandosi di controversia attinente all'esecuzione di un contratto di diritto privato, nella quale non viene in questione l'illegittimo esercizio

di un potere amministrativo [Cass., sez. un., 27.1.2014 n. 1530].

Se la stazione appaltante escute **garanzie** che riguardano la fase di esecuzione dell'appalto (**p.es. performance bond**, garanzie imposte ai progettisti, garanzia globale di esecuzione, quando sarà istituita), la giurisdizione spetta al giudice ordinario [Cass., sez. un., 27.2.2007 n. 4425; Cass., sez. un., 8.9.2015 n. 17741].

Se, invece, vengono escusse le garanzie **di mantenimento dell'offerta (c.d. bid bond)** si rientra nella fase della **procedura di affidamento** (la garanzia viene escussa se la parte ritira l'offerta, o, essendo aggiudicataria provvisoria (dopo il d.lgs. n. 50/2016: destinataria della proposta di aggiudicazione), è priva dei prescritti requisiti sicché si impone l'annullamento dell'aggiudicazione provvisoria/proposta di aggiudicazione). Pertanto, la relativa controversia in ordine all'incameramento della cauzione rientra nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo [Cass., sez. un., 27.2.2007 n. 4424, ord.; Cass., sez. un., 23.7.2013 n. 17858; Cons. St., V, 31.12.2014 n. 6455].

Sempre in materia di cauzione si è affermato che:

c) in una **procedura di project financing** l'escussione della fideiussione prestata dall'aggiudicatario per il rimborso delle spese sostenute dal promotore finanziario non è riferibile alla fase pubblicistica di scelta del promotore da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, ma attiene alla fase privatistica del rapporto ed ai profili attuativi ed esecutivi da essa derivanti, con conseguente giurisdizione del giudice ordinario [Cass., sez. un. 22.5.2012 n. 8072];

b) in caso di recesso dell'impresa aggiudicataria, dopo l'aggiudicazione ma prima della sottoscrizione del contratto, con conseguente decadenza e incameramento della cauzione, secondo le sez. un. sussiste la giurisdizione del giudice ordinario perché nella specie non viene in questione l'esercizio di alcun potere autoritativo da parte dell'amministrazione pubblica, la quale ha sì pronunciato la decadenza della società aggiudicataria dell'appalto, in precedenza bandito, ma sul presupposto che la stessa aggiudicataria aveva già a propria volta manifestato la volontà di recedere. La controversia è sorta e si è sviluppata avendo unicamente ad oggetto le contrapposte pretese delle parti in ordine alla cauzione a suo tempo prestata [Cass., sez. un., 28.11.2013 n. 26584].

Sussiste la giurisdizione del giudice ordinario anche sulla contestazione "postuma" della **congruità del prezzo posto a base di gara**, introdotta con il meccanismo della "riserva", che si colloca nella fase esecutiva del contratto [Cons. St., VI, 28.4.2010 n. 2430].

Anche nella concessione di lavori pubblici e nel *project financing* il contenzioso sulla fase di esecuzione rientra nella giurisdizione del g.o. (nella specie la controversia aveva ad oggetto la denuncia da parte dell'impresa di sopravvenuti costi aggiuntivi, con la necessità di rivedere il piano economico e finanziario e di sospendere i lavori, e concerneva la contestazione della legittimità dell'atto di risoluzione della convenzione adottato dalla p.a.) [Cass., sez. un., 27.12.2011 n. 28804].

Rientrano poi nella giurisdizione del g.o. le **azioni risarcitorie promosse da terzi nei confronti dell'appaltatore, per danni derivanti dall'esecuzione dell'opera**

**pubblica** [Cass., sez. un., 25.2.2016 n. 3732, in vicenda di danni da immissione derivanti dall'esecuzione di opere dell'alta velocità ferroviaria].

Rientra nella giurisdizione del g.o. il contenzioso relativo alla cessione del credito derivante da contratto soggetto al codice dei contratti pubblici; anche se è previsto il consenso della stazione appaltante, la posizione di quest'ultima resta nella sfera del diritto privato, ancorché "speciale". Pertanto ogni contenzioso sul rifiuto della stazione appaltante di acconsentire alla cessione ovvero sulle eccezioni che la stazione appaltante oppone al cessionario ricade nella giurisdizione del giudice ordinario.

#### **6.4. Contenzioso in fase esecutiva rimesso al giudice amministrativo**

##### **6.4.a) Momenti pubblicistici in fase esecutiva secondo il codice n. 50/2016**

L'art. 133 c.p.a. estende la giurisdizione del g.a. a un contenzioso che si svolge in fase esecutiva, che è quello sulla revisione dei prezzi.

Inoltre, il nuovo codice prevede, anche in virtù del recepimento di regole comunitarie, momenti pubblicistici anche nella fase di esecuzione del contratto.

Tale connotazione pubblicistica fa propendere per l'affermazione della giurisdizione del giudice amministrativo e, in talune ipotesi, per l'applicabilità del rito appalti ex art. 120 c.p.a.

Si esaminano di seguito i seguenti ambiti di giurisdizione del g.a. in fase esecutiva:

subappalto;

cessione del contratto di appalto;

varianti, modifiche dell'oggetto del contratto, proroghe;

revisione dei prezzi;

rifiuto di stipulare il contratto;

atti di ritiro dell'aggiudicazione;

esecuzione d'urgenza nelle more della stipulazione;

parere dell'ANAC sulla congruità del prezzo degli appalti della protezione civile;

vigilanza sugli obblighi di esternalizzazione del concessionario;

rinegoziazione del contratto;

subconcessioni aeroportuali.

##### **6.4.b) La giurisdizione sul subappalto**

In relazione al **subappalto**, occorre, ai fini della giurisdizione, distinguere varie vicende:

a) il contratto di subappalto che interviene tra appaltatore e subappaltatore: esso ha natura privatistica e si sottrae perciò alla giurisdizione del giudice amministrativo;

b) la fase esecutiva del subappalto comprensiva dei pagamenti diretti al subappaltatore da parte della stazione appaltante (per legge o su istanza del subappaltatore), delle questioni relative ai pagamenti e mancati pagamenti del subappaltatore nei confronti dei propri dipendenti; tutte tali questioni ineriscono alla

fase esecutiva e si sottraggono alla giurisdizione del giudice amministrativo;  
c) la vicenda procedimentale che sfocia nell'autorizzazione del subappalto, o nella mancata autorizzazione, e le questioni di nullità del subappalto non autorizzato.  
Se manca l'autorizzazione, il subappalto è nullo, e di tale nullità conosce il giudice ordinario.

Quanto al contenzioso sul diniego di autorizzazione, secondo una tesi anch'esso spetta al giudice ordinario, in quanto l'autorizzazione al subappalto si inserisce nella fase di esecuzione del contratto, e sarebbe un atto privatistico riconducibile all'art. 1656 c.c., o comunque un atto vincolato a fronte del quale vi sarebbero situazioni di diritto soggettivo.

Si è così osservato che, da un lato, il **diniego di autorizzazione al subappalto** non attiene alle procedure di affidamento di cui all'art. 133, c. 1, lett. e), c.p.a., trattandosi di modalità esecutiva della prestazione rimessa alla determinazione delle parti, e che, dall'altro lato, neppure si rientra nella giurisdizione ordinaria di legittimità in quanto la p.a. non esercita un potere discrezionale, ma un potere assimilabile a quello dell'appaltante privato ai sensi dell'art. 1656 c.c. Si rientrerebbe dunque in un caso di diritto privato speciale [Tar Lazio - Roma, III, 4.1.2010 n. 34].

Secondo una opposta tesi, l'autorizzazione e il diniego di autorizzazione sarebbero **atti amministrativi** a fronte dei quali vi sono interessi legittimi e giurisdizione del giudice amministrativo [Cons. St., V, 21.11.2007 n. 5906, in *UA* 2008, 474, nt. VALLETTI (234), ha affermato la giurisdizione del giudice amministrativo laddove, in tema di subappalto, non si disputi dell'applicazione del **regolamento negoziale**, ma di disposizioni pubblicistiche di ordine pubblico che presidiano finalità diverse dall'esecuzione dell'opera].

Quanto al tipo di giurisdizione amministrativa, vi sono due tesi:

a) per una tesi la giurisdizione del g.a. è quella ordinaria di legittimità e non quella esclusiva di cui all'art. 133, c. 1, lett. e), c.p.a.;

b) per un'altra tesi, anche la procedura che sfocia nel subappalto sarebbe una procedura di affidamento ai sensi e per gli effetti dell'art. 133, c. 1, lett. e), c.p.a., e dunque rientrerebbe nella giurisdizione esclusiva [VALLETTI (234), 477].

È preferibile la tesi secondo cui la stazione appaltante, nell'autorizzare o meno il subappalto, non si limita a esercitare un potere privatistico, ma, al contrario, esercita un **potere pubblicistico** che non di rado richiede valutazioni discrezionali.

Infatti, il subappaltatore deve essere in possesso dei requisiti generali di cui all'art. 80, d.lgs. n. 50/2016 e dei **requisiti speciali** di qualificazione in relazione alla prestazione subappaltata (artt. 80 e 105, d.lgs. n. 50/2016).

Sicché la stazione appaltante nell'autorizzare o meno il subappalto compie una valutazione di sussistenza o meno di requisiti soggettivi in capo al subappaltatore, che non differisce da quella che compie in ordine all'ammissione in gara dei concorrenti.

Non si comprende perché un'attività della medesima natura dovrebbe essere affidata a due diverse giurisdizioni.

La corretta soluzione esecutiva, volta ad attribuire la giurisdizione al giudice

amministrativo, discende dalla corretta applicazione dell'art. 133, c. 1, lett. e), c.p.a. che attribuisce la giurisdizione sulle "procedure di affidamento". E tali sono anche i subaffidamenti, in quanto anche ad essi concorre la stazione appaltante, mediante la valutazione del possesso dei requisiti in capo al subappaltatore.

Sulla scia di tale impostazione, è stato statuito in giurisprudenza che le autorizzazioni al subappalto sono suscettibili di **autotutela**, e la giurisdizione è stata trattenuta dal giudice amministrativo [Cons. St., V, 8.2.2010 n. 592].

La giurisprudenza ha anche affermato che ha scarsa rilevanza la questione se, nel rilasciare o meno l'autorizzazione, l'Amministrazione goda di **discrezionalità valutativa** o debba limitarsi a un mero accertamento della sussistenza delle condizioni o dei divieti di legge: ciò che conta è che tale attività è chiaramente espressione di poteri pubblicistici di natura autoritativa, a fronte dei quali la posizione del privato contraente ha consistenza di interesse legittimo [Cons. St., IV, 24.3.2010 n. 1713].

Con il nuovo codice appalti tale tesi trova nuovo conforto anche con riferimento all'onere, in alcuni casi, di indicazione dei nomi dei subappaltatori sin dalla gara (art. 105 c.p.a.). Il contenzioso che ne scaturisce (omissione della terna, difetto dei requisiti dei subappaltatori, esclusione dei soli subappaltatori o anche del concorrente principale) è un contenzioso che si colloca nella fase della procedura di affidamento, e che rientra nella giurisdizione del g.a.

#### **6.4.c) La giurisdizione sulla cessione del contratto di appalto pubblico**

Se, come visto, rientra nella giurisdizione del g.o. il contenzioso sulla cessione dei crediti da contratti di appalto pubblico, più complessa è la questione quanto alla cessione del contratto di appalto pubblico. Sebbene la cessione del contratto si collochi nella fase di esecuzione del contratto, essa è "doppiata" da una sequenza procedimentale amministrativa, in cui la stazione appaltante valuta se acconsentire o meno alla cessione, previa verifica che il subentrante abbia i requisiti pubblicistici di moralità e qualificazione.

Si pone pertanto la questione se il contenzioso sul diniego di consenso alla cessione abbia natura privatistica con conseguente giurisdizione del g.o. o pubblicistica con conseguente giurisdizione del g.a.

Sembrerebbe corretta la seconda prospettazione, atteso che si tratta di sostituire all'originario aggiudicatario un altro contraente con una procedura di verifica dei requisiti, non dissimile da quella che si compie in sede di aggiudicazione [**Tar Molise, I, 15.1.2016 n. 15**].

Secondo una opposta prospettazione, inerisce la fase di esecuzione del contratto il contenzioso relativo all'autorizzazione al **subentro nel contratto di appalto**: la posizione dell'impresa che aspira al subentro nel contratto di appalto costituisce una posizione di diritto soggettivo afferente la fase esecutiva di un contratto già stipulato con la p.a. Essa rientra quindi nella **giurisdizione del giudice ordinario** [Cons. St., VI, 11.7.2008 n. 3502].

In tale prospettiva si è affermato che in base al codice appalti in materia di modificazioni soggettive dell'esecutore del contratto, non si prevede la rinnovazione delle procedure di gara da parte della stazione appaltante, né alcuna attività valutativa (discrezionale), ma la mera verifica oggettiva del possesso in capo al cessionario dei requisiti di qualificazione previsti dal citato codice; ne deriva che, a fronte del potere di verifica attribuito alla stazione appaltante, in fase di esecuzione del contratto, la posizione giuridica soggettiva del cessionario ha natura e consistenza di diritto soggettivo, con conseguente devoluzione della cognizione delle relative controversie alla giurisdizione del giudice ordinario, secondo l'ordinario criterio di riparto della giurisdizione basato sulla natura giuridica della posizione soggettiva azionata; perciò rientra nella giurisdizione del giudice ordinario la controversia riguardante la legittimità del comportamento della stazione appaltante, successivo alla conclusione del contratto intercorso con la società aggiudicatrice che ha ceduto il ramo di azienda, al fine di stabilire se il subentro nell'appalto di altra società sia opponibile all'ente pubblico appaltante [Tar Puglia - Lecce, II, 1.3.2013 n. 458].

Con riferimento alla disciplina del codice del 2006, le sezioni unite della Cassazione hanno affermato la giurisdizione del giudice ordinario sulla controversia promossa dalla cessionaria del ramo di azienda per ottenere l'annullamento del provvedimento con cui la stazione appaltante aveva respinto la richiesta di sostituzione della mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese affidatario dell'appalto. Tanto in applicazione del generale principio secondo cui successivamente alla stipula del contratto, conseguente ad un procedimento di evidenza pubblica, tutte le controversie insorte durante la fase di esecuzione del contratto, rientrano, di regola, nella giurisdizione del giudice ordinario, tenuto conto della condizione di parità tra le parti e, dunque, della natura di diritto soggettivo che qualifica la posizione del contraente privato, a meno che l'Amministrazione committente non eserciti poteri autoritativi attraverso provvedimenti espressione di discrezionalità valutativa.

Secondo le sez. un., la verifica da parte della stazione appaltante circa la riconducibilità della modifica soggettiva tra le fattispecie consentite dall'art. 116 d.lgs. n. 163/2006 ai fini della prosecuzione del contratto, non costituisce esplicazione di un potere e non implica ponderazione di interessi sicché la posizione giuridica soggettiva in capo all'impresa che si vede negare il subentro nella esecuzione del contratto è di diritto soggettivo e le relative controversie sono devolute alla cognizione del giudice ordinario [**Cass., sez. un., 18.11.2016 n. 23468**; Cass., sez. un., 24.4.2014 n. 9252].

La pronuncia delle Sezioni Unite, resa in sede di regolamento preventivo di giurisdizione, è stata occasionata da una vicenda in cui, risolto il contratto di affitto di ramo di azienda stipulato in favore di impresa mandataria di RTI costituendo, poi risultato aggiudicatario di una gara per l'affidamento di servizi indetta da Expo 2015 s.p.a., la nuova cessionaria del compendio aziendale ha chiesto di subentrare nella posizione della mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese affidatario dell'appalto stesso, ai sensi dell'art. 116, d.lgs. n. 163/2006, vedendosi

opporre un diniego dalla stazione appaltante, su conforme parere dell'ANAC, sul presupposto che le vicende risolutorie dei contratti non rientrerebbero tra le fattispecie tassative legittimanti il subentro nei contratti pubblici ai sensi del predetto art. 116; seguiva la risoluzione del contratto da parte di Expo 2015 s.p.a. in applicazione di clausola risolutiva espressa per sopravvenuta inidoneità dell'aggiudicataria, divenuta priva di un requisito di capacità tecnica. La società aspirante al subentro impugnava, quindi, il diniego opposto dalla stazione appaltante dianozi al Tar e, nella pendenza del giudizio, veniva proposto regolamento preventivo di giurisdizione deciso nei sensi di cui alla massima.

Si segnala che il pubblico ministero ha concluso nel senso della sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo sul presupposto, non condiviso dalla Corte, che la controversia si colloca al di fuori del caso dell'adempimento dei diritti e degli obblighi nascenti dal contratto ed involge l'esercizio di poteri e valutazioni proprie della fase della gara, connotati dal carattere pubblicistico, di fronte ai quali la posizione della subentrante è di interesse legittimo; in particolare ha ritenuto che «... la richiesta di subentro si innesta nell'esecuzione del rapporto, ma richiede valutazioni che costituiscono un riflesso della procedura pubblicistica svolta a monte e che, in buona sostanza, danno luogo ad una sorta di riapertura, quanto al soggetto subentrante, della fase di verifica della sussistenza dei requisiti di qualificazione, con correlato esercizio di poteri tipicamente pubblicistici sostanzialmente omologhi a quelli della fase della gara, che non rileva siano attenuati. In altri termini, le esigenze pubblicistiche che informano la fase della gara ritornano immutate nel corso dell'esecuzione, sia pure limitatamente al caso della modificazione soggettiva del contraente, e rendono palese che l'accertamento dei relativi presupposti è effettuato nell'esercizio di un potere che è appunto pubblicistico e viene esercitato al di fuori degli schemi dell'autonomia privata, allo scopo di scongiurare eventuali elusioni della disciplina della gara ... la risoluzione del contratto invocata da Expo non è conseguita all'esercizio di poteri privatistici, bensì è derivata dall'esercizio del potere di riscontro dei requisiti soggettivi».

#### **6.4.d) La giurisdizione su varianti, modifiche dell'oggetto del contratto, proroghe**

Le modifiche dell'oggetto del contratto, le varianti, la proroga, si inseriscono nella fase di esecuzione del contratto.

Sono tuttavia subordinate a un procedimento autorizzatorio pubblicistico e a oneri di comunicazione e pubblicità che sono tipici delle procedure di evidenza pubblica.

Non si tratta di pura esecuzione privatistica, ma di vere e proprie procedure di affidamento diretto all'originario esecutore.

Sicché, ogni contestazione sulla sussistenza dei presupposti per tali affidamenti diretti, da parte di terzi controinteressati, così come ogni contestazione sul diniego di autorizzazione, sollevata dall'originario esecutore, sono attratte al contenzioso sulle procedure di affidamento che ricade nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e che soggiace allo speciale rito abbreviato dell'art. 120 c.p.a.



Si è ad esempio ritenuta sussistente la giurisdizione del giudice amministrativo sul diniego opposto dalla stazione appaltante a una richiesta dell'esecutore di approvazione di una variante: benché la pretesa dell'appaltatore originario all'effettuazione di lavori aggiuntivi in variante si collochi nella fase strettamente esecutiva del contratto, l'approvazione di siffatta variante involge pur sempre aspetti inerenti l'affidamento di lavori pubblici, nella forma di atti di sottomissione ovvero di contratti accessori al contratto di appalto [Tar Umbria, 28.10.2016 n. 677].

Per altra tesi, le varianti sono espressione di un potere privatistico in fase esecutiva della stazione appaltante, lo *ius variandi*, e il relativo contenzioso andrebbe attribuito al giudice ordinario [Tar Calabria – Catanzaro, I, 24.2.2017 n. 321].

Si deve osservare come la più recente disciplina delle varianti, già anticipata poco prima del nuovo codice, e ora ivi contenuta, prevede anche un controllo pubblico esterno sulle varianti, ad opera dell'ANAC (art. 106 d.lgs. n. 50/2016); eventuali atti dell'ANAC, p.es. raccomandazioni vincolanti o non vincolanti, con cui si invita ad annullare l'autorizzazione alla variante, rientrano nella giurisdizione del g.a. La soluzione opposta sull'atto autorizzatorio, comporta un frazionamento contrario al principio di concentrazione delle tutele.

#### **6.4.e) La giurisdizione sulla revisione dei prezzi**

Innovando rispetto al passato, e chiarendo dubbi che sul punto potevano sorgere, l'art. 133, c. 1, lett. e), c.p.a., prevede la **giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo** non solo sulle clausole di revisione prezzi relative a contratti aventi per oggetto forniture e servizi (dove era già contemplata la giurisdizione esclusiva sui meccanismi revisionali), ma anche sui provvedimenti applicativi dell'**adeguamento dei prezzi** nei contratti relativi a lavori pubblici, adeguamento dei prezzi ora contemplato nell'art. 133, c. 3 e 4, d.lgs. n. 163/2006 (già art. 26, l. Merloni).

Si deve ritenere che la giurisdizione esclusiva riguardi però solo le controversie relative ai "provvedimenti" siano essi di riconoscimento dell'*an* o di determinazione del *quantum* sulla scorta di valutazioni discrezionali, e dunque relative all'*an* e o al *quantum* della revisione e alle modalità di pagamento, controversie queste ultime, che, secondo la costante elaborazione della giurisprudenza, in passato spettavano al giudice ordinario [Cass., sez. un., n. 13892/2009, secondo cui le controversie relative alla clausola di revisione del prezzo ed al relativo provvedimento applicativo nei contratti ad esecuzione continuata o periodica comprendono anche quelle aventi ad oggetto il *quantum debeat*].

Restano però del giudice ordinario le controversie relative al mero pagamento delle somme, una volta quantificate, ovvero in cui la quantificazione debba avvenire in base a clausole contrattuali predeterminate sicché non vi è alcuna discrezionalità della p.a. [Cass., sez. un., 13.7.2015 n. 14559].

Analogamente, rientrano nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie in tema di adeguamento, modifiche o deroghe al prezzo chiuso nei

contratti di appalti pubblici - analogamente a quelle, contigue, sulla revisione del prezzo, dalle quali si distinguono solo per la mancanza di una clausola contrattuale [Cass., sez. un., n. 19567/2011; n. 7176/2014].

In passato le questioni di **indennità, canoni, corrispettivi**, sono sempre state attribuite al **giudice ordinario** (v. art. 5, l. Tar, in tema di concessioni di beni, v. t.u. espropriazioni, in tema di indennità di esproprio).

In dottrina si è data una lettura estensiva dell'art. 133, c. 1, lett. e), c.p.a. (già art. 244, d.lgs. n. 163/2006), nel senso che sarebbero attratte alla giurisdizione esclusiva anche le questioni di *quantum* in materia di revisione prezzi [GAROFOLI (96)].

In via transitoria, si è ritenuta applicabile tale giurisdizione esclusiva in tema di **revisione prezzi** anche a liti instaurate davanti al giudice amministrativo prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 163/2006, nelle quali si ha una giurisdizione sopravvenuta [Tar Marche, I, 10.10.2008 n. 1558].

Non è peraltro chiaro che cosa intenda l'art. 133, c. 1, lett. e), c.p.a. (già art. 244, d.lgs. n. 163/2006), laddove fa riferimento ai “provvedimenti applicativi dell'**adeguamento dei prezzi** ai sensi dell'articolo 133, commi 3 e 4”.

Infatti, non è chiaro se per provvedimenti applicativi si debbano intendere solo quelli adottati dalle stazioni appaltanti, o se siano tali (in quanto applicativi del d.lgs. n. 163/2006) i decreti ministeriali contemplati in tali commi, la cui adozione è essenziale per l'operatività sia del meccanismo del prezzo chiuso che delle compensazioni.

In ogni caso, il contenzioso su tali d.m. è devoluto al giudice amministrativo, ma si tratta di capire se in sede di giurisdizione di legittimità o esclusiva.

L'art. 133 c.p.a. non è stato coordinato con il codice appalti n. 50/2016 e fa ancora riferimento agli artt. 115 e 133, d.lgs. n. 163/2006. Ora il riferimento deve intendersi all'art. 106, c. 1, lett. a), codice del 2016.

#### **Nota storica:**

*Fino al 2007 principio granitico nella giurisprudenza quello secondo cui occorre distinguere controversie in ordine al c.d. “an” della revisione prezzi, cioè in ordine alla spettanza o meno della stessa, e controversie in ordine al quantum, cioè in ordine alla misura della revisione, una volta che il relativo diritto sia stato riconosciuto, in ordine all'an, dalla stazione appaltante. Le prime spettano al giudice amministrativo, in quanto il riconoscimento o meno della **revisione prezzi** dipende da valutazioni discrezionali e autoritative dell'amministrazione, rispetto alle quali il privato vanta solo interessi legittimi; le seconde spettano al giudice ordinario, in quanto, essendo già stata riconosciuta dall'amministrazione la spettanza della revisione, le contestazioni in ordine alla misura di essa coinvolgono diritti soggettivi patrimoniali [Cass., sez. un., 27.10.2006 n. 23072; Cass., sez. un., 30.10.2014 n. 23067; Cass., sez. un., n. 14556/2015 con riferimento ovviamente a fattispecie anteriore al d.lgs. n. 163/2006; Cons. St., IV, 17.4.2000 n. 2280; Cons. St., ad. plen., 20.2.1985 n. 3].*

*Nel 2007 le sez. un. hanno rimeditato il loro orientamento, alla luce della normativa che ha sancito il divieto della revisione dei prezzi negli appalti di lavori (art. 33, l. n. 41/1986, art. 3, d.l. n. 333/1992, art. 26, l. n. 109/1994). Secondo le sez. un., il divieto di revisione dei prezzi è divenuto un principio regolatore degli appalti pubblici, con la conseguenza che non è più configurabile un interesse legittimo dell'appaltatore a conseguire la revisione prezzi, ma si pone solo un problema di **validità delle clausole contrattuali** che, nel sopravvenuto regime, abbiano riconosciuto il diritto alla revisione prezzi. Pertanto, non ci può più essere giurisdizione del*

*giudice amministrativo sulla domanda di riconoscimento della revisione dei prezzi, atteso che tale domanda non comporta alcun sindacato su (inesistenti) poteri discrezionali dell'amministrazione, e atteso che la questione non può essere qualificata in termini di concessione (di denaro pubblico). Sicché su tale domanda vi è la **giurisdizione del giudice ordinario**, che deve valutare se la clausola contrattuale che accorda la revisione prezzi nel vigore di una normativa di divieto sia nulla per violazione di norme imperative [Cass., sez. un., 5.4.2007 n. 8519, ord., in UA 2007, 955, nt. DE MARZO (59)].*

*La soluzione delle sez. un. è stata resa in relazione al testo dell'art. 26, l. n. 109/1994, anteriore alle più recenti modifiche, che consentono meccanismi alternativi al c.d. **prezzo chiuso** nel caso in cui il prezzo di singoli materiali da costruzione subisca, per effetto di circostanze eccezionali, variazioni eccedenti il dieci per cento (v. ora art. 133, c. 4, d.lgs. n. 163/2006).*

*Inoltre la soluzione non sembra corretta nel vigore del sopravvenuto d.lgs. n. 163/2006, il cui art. 244, c. 3 (ora trasfuso nell'art. 133, c. 1, lett. e), c.p.a.), prevede la **giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo** proprio sui provvedimenti applicativi dell'adeguamento dei prezzi.*

*Nel 2009 le sez. un. hanno riconosciuto che il sopravvenuto art. 244, d.lgs. n. 163/2006 (ora art. 133, c. 1, lett. e), c.p.a.), ha inteso attribuire la giurisdizione esclusiva al g.a. sulla revisione prezzi, estendendola alle **questioni inerenti il quantum** [Cass., sez. un., 15.6.2009 n. 13892, ord., in FI 2010, I, 956, nt. FRACCHIA; Cass., sez. un., 26.9.2011 n. 19567]. Il giudice amministrativo ha affermato che la giurisdizione del g.a. abbraccia le questioni di quantum introdotte mediante impugnazione del d.m. che rigetta il ricorso amministrativo proposto in materia di misura della revisione prezzi [Cons. St., III, 12.7.2011 n. 4165].*

#### **6.4.f) Il rifiuto di stipulare il contratto**

Un caso di confine tra il momento dell'evidenza pubblica e quello esecutivo riguarda la mancata stipulazione del contratto da parte della pubblica amministrazione con il soggetto individuato quale aggiudicatario all'esito della procedura di scelta [VIRGA (239), 686].

Il codice dei contratti pubblici dispone in termini generali che l'aggiudicazione definitiva non equivale, per la stazione appaltante, ad **accettazione dell'offerta** (art. 11, c. 7, d.lgs. n. 163/2006; art. 32, c. 6, d.lgs. n. 50/2016), sicché è sempre necessaria la successiva stipulazione.

Pertanto il rifiuto di stipulare si colloca sempre nell'ambito della procedura di affidamento, che termina solo con la stipulazione del contratto, con conseguente giurisdizione del giudice amministrativo.

Prima del d.lgs. n. 163/2006, problematico era il caso di aggiudicazione vincolante per entrambi i soggetti, caso nel quale la stipula del contratto assumesse un valore, a seconda dei casi, di ricognizione formale (se si tratta di gara meccanica) o di atto comunque dovuto in caso di mancato ritiro con le forme dell'autotutela (appalto - concorso).

In tali casi il **rifiuto di stipulare** sembrava porsi a valle dell'esaurimento della procedura di affidamento, rientrando, a seconda dei casi, nel momento dell'esecuzione od in un'ipotesi di responsabilità precontrattuale.

#### 6.4.g) Gli atti di ritiro dell'aggiudicazione

Anche gli atti di ritiro dell'aggiudicazione si pongono al confine tra atti inerenti la fase di evidenza pubblica e atti inerenti l'esecuzione del contratto.

In termini schematici si può affermare che:

a) al giudice amministrativo in sede esclusiva vanno devolute tutte le **controversie**, comprese quelle di annullamento, accertamento e risarcimento del danno, afferenti al **procedimento di affidamento dell'appalto**, segnatamente tutte le questioni involgenti atti e comportamenti della stazione appaltante relativi alla fase dell'individuazione del contraente privato e, più in generale, prodromiche alla stipulazione del contratto;

b) al giudice individuato secondo i criteri di riparto, e quindi di massima al giudice ordinario, vanno, invece, riservate le **vertenze riguardanti i rapporti contrattuali** tra le parti successivi alla stipulazione del contratto di appalto ed afferenti alla sua esecuzione.

c) alla giurisdizione del giudice amministrativo, infine, appartengono le **controversie** che, pur relative a momenti successivi alla stipula del contratto, involgono il legittimo esercizio da parte della pubblica amministrazione di **poteri autoritativi** incidenti sul rapporto contrattuale, per esempio quello avente ad oggetto la revoca dell'aggiudicazione.

Per quanto riguarda, in particolare, gli atti di ritiro dell'aggiudicazione (quali annullamento, decadenza, revoca), gli stessi danno luogo ad una forma di **autotutela esterna** al contratto di appalto, che incide sul provvedimento conclusivo della procedura di evidenza pubblica.

Sicché, mentre gli atti di autotutela che incidono direttamente sul contratto (recesso, risoluzione), c.d. atti di **autotutela interna** sono atti privatistici, con conseguente giurisdizione del giudice ordinario, gli atti di autotutela che incidono a monte sull'aggiudicazione, e di riflesso sul contratto, hanno natura pubblicistica, e rientrano nella giurisdizione del giudice amministrativo.

Alla luce dell'art. 133, c. 1, lett. e), c.p.a. (già art. 244, d.lgs. n. 163/2006), anche la giurisdizione sugli **atti di autotutela** che incidono sull'aggiudicazione deve essere considerata esclusiva.

Si deve infatti ritenere che la giurisdizione esclusiva sulle procedure di affidamento riguardi pure gli atti di secondo grado che su tali procedure incidono, quali sono, appunto, gli atti di ritiro.

Tale soluzione emerge dall'analisi della giurisprudenza sugli strumenti di autotutela **pubblicistica e privatistica**, di cui dispone la p.a., i primi incidenti sugli atti del procedimento di evidenza pubblica, i secondi incidenti sul rapporto contrattuale.

In relazione ai primi, sussiste la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in virtù dell'art. 133, c. 1, lett. e), c.p.a. (già art. 244, d.lgs. n. 163/2006) [Cons. St., IV, 25.9.2002 n. 4895; Cons. St., VI, 19.8.2003 n. 4671].

In relazione ai secondi sussiste la giurisdizione del giudice ordinario, come ha ritenuto la Cassazione a sez. un., distinguendo, appunto, tra atti di autotutela

incidenti sull'aggiudicazione, e **atti di autotutela privatistica** incidenti sul rapporto contrattuale [Cass., sez. un., 23.12.2003 n. 19787] e la stessa giurisprudenza amministrativa [Cons. St., V, 6.12.2010 n. 8554, in *UA* 2011, 443, nt. USAI (230)].

Come ha più volte affermato la Corte di cassazione, il generale potere di autotutela che compete alla pubblica amministrazione può essere legittimamente esercitato anche con riferimento agli **atti amministrativi** costituenti il presupposto di un contratto di diritto privato stipulato successivamente agli atti stessi e seguito dall'esercizio dell'autotutela, giacché, in tale ipotesi, l'autotutela ha per oggetto, non già il contratto ma, i provvedimenti adottati nel corso dell'iter procedimentale prodromico alla relativa stipulazione; l'autotutela provvedimento può intervenire anche dopo la stipulazione del contratto, e rientra pur sempre nella giurisdizione del giudice amministrativo [Cass., sez. un., 1.3.2006 n. 4508, ord.; Cass., sez. un., 21.6.2005 n. 13296; Cass., sez. un., 12.3.2004 n. 5179].

Un'altra ipotesi da ascrivere alla sfera pubblicistica è il “**recesso**” dell'amministrazione dal contratto a seguito di informativa prefettizia antimafia ostativa, ai sensi dell'art. 11, c. 2 e 3, d.P.R. n. 252/1998 [Cass., sez. un., 11.1.2011 n. 391, in *UA* 2011, 420, nt. critica PROIETTI (179)].

Peraltro, in senso parzialmente difforme, le sez. un. ritengono che se la revoca dell'aggiudicazione interviene prima della stipula del contratto, spetta alla **giurisdizione del g.a.**, se interviene dopo tale momento, spetta alla giurisdizione del g.o., ma la tesi non sembra condivisibile, trattandosi pur sempre di autotutela pubblicistica [Cass., sez. un., 11.1.2011 n. 391; Cass., sez. un., 8.8.2011 n. 17066; Cass., sez. un., 13.7.2015 n. 14555].

La plenaria si è occupata del **confine tra autotutela privatistica e pubblicistica**, anche senza trarne nel caso specifico le conseguenze in tema di riparto di giurisdizione, atteso che nel caso specifico la questione di giurisdizione era preclusa. Peraltro il corollario in punto di giurisdizione è consequenziale e chiaro.

L'ordinanza di rimessione Cons. St., V, 2013 n. 5786 chiedeva di chiarire il confine tra revoca pubblicistica incidente su rapporti contrattuali e recesso unilaterale, sia in base alla normativa sui contratti pubblici sia in base alle disposizioni in tema recate dalla l. n. 241/1990.

A tal fine l'ordinanza di rimessione ha ricordato il prevalente orientamento del giudice amministrativo, favorevole all'esercizio di poteri di autotutela pubblicistica pur dopo la stipula del contratto, e il contrario orientamento delle sez. un. nel senso preclusivo di siffatti poteri, e ha proposto una rimediazione del prevalente orientamento del giudice amministrativo.

La plenaria, **rimeditando il prevalente orientamento del g.a.**, ha affermato il principio di diritto secondo cui nel procedimento di affidamento di lavori pubblici le pubbliche amministrazioni se, stipulato il contratto di appalto, rinvengano **sopravvenute ragioni di inopportunità** della prosecuzione del rapporto negoziale, non possono utilizzare lo strumento pubblicistico della **revoca dell'aggiudicazione** ma devono esercitare il **diritto potestativo di recesso** regolato dall'art. 134, d.lgs. n. 163/2006 [Cons. St., ad. plen., 20.6.2014 n. 14].

È evidente che, in punto di giurisdizione, il recesso rientra nella giurisdizione del

g.o.

Non sembra che si sia ancora pervenuti a una soluzione univoca e appagante: non convince né il criterio cronologico, che dà rilievo al momento in cui interviene l'atto di autotutela (prima o dopo la stipulazione del contratto), né il criterio nominalistico che fa leva sul nome dell'istituto giuridico (revoca, decadenza, annullamento d'ufficio, recesso, risoluzione). Occorre piuttosto individuare, con un criterio sostanzialistico, il confine dell'autotutela pubblicistica rispetto a quella privatistica riconducibile agli istituti civilistici della risoluzione e del recesso. In questa prospettiva, anche alcuni istituti che hanno un nome privatistico, in particolare alcune ipotesi di risoluzione e recesso, hanno una connotazione pubblicistica, non coincidendo con il mero *ius poenitendi* di un contraente privato, né essendo ancorati a situazioni di inadempimento del rapporto contrattuale. Pertanto, ove vi siano istituti riconducibili ad una eliminazione del contratto vuoi per vizi genetici dell'aggiudicazione, vuoi per sopravvenienze afferenti all'interesse pubblico, vuoi per sopravvenuto difetto di requisiti del contraente privato essenziali per contrarre con la p.a. (commissione di reati, informativa antimafia ostativa), vi è sempre un interesse pubblico sotteso all'atto di ritiro, che induce a qualificarlo in termini di autotutela pubblicistica, da ricondurre alla giurisdizione del g.a.

Il recepimento delle nuove direttive appalti, 23, 24 e 25 del 2014, ad opera del d.lgs. n. 50/2016 induce a una ulteriore riflessione e ripensamento sull'autotutela della stazione appaltante e sul conseguente riparto di giurisdizione: infatti tali direttive, a differenza delle precedenti, si occupano di alcuni momenti dell'esecuzione del contratto, e individuano casi che qualificano come "risoluzione" unilaterale del contratto da parte della amministrazione aggiudicatrice. Le previsioni sono recepite negli artt. 108 e 176 del nuovo codice dei contratti pubblici.

Al di là del *nomen iuris* che corrisponde in Italia a un istituto civilistico, si tratta in realtà di una vera e propria autotutela pubblicistica (ancorata a casi di varianti essenziali che comporterebbero una nuova aggiudicazione o a violazioni gravi commesse nella fase di aggiudicazione o al difetto originario dei requisiti da parte dell'aggiudicatario, che avrebbe dovuto determinarne l'esclusione). Secondo il diritto comunitario si tratta peraltro di autotutela esercitabile anche a distanza di molti anni - addirittura dopo una pronuncia della Corte giust. UE, e questo in sede di recepimento ha comportato la necessità di prevedere una espressa deroga ai tempi brevi per l'autotutela pubblicistica come declinati dalla l. n. 241/1990.

Sembra palese la natura discrezionale di tale autotutela/risoluzione (le stazioni appaltanti "possono risolvere", recita l'art. 108, mentre l'art. 176 parla di annullamento d'ufficio), e la conseguente giurisdizione del giudice amministrativo.

#### **6.4.h) Il contenzioso sull'esecuzione d'urgenza nelle more della stipulazione del contratto**

Il contenzioso sull'esecuzione d'urgenza, nelle more tra aggiudicazione e stipulazione, essendo successivo all'aggiudicazione, è stato ritenuto rientrante nella giurisdizione del giudice ordinario [Cass., sez. un., 31.5.2016 n. 11368; Tar Emilia

Romagna - Bologna, II, 12.10.2016 n. 851], ma la tesi non sembra condivisibile, perché l'aggiudicazione non equivale ad accettazione dell'offerta e non chiude la fase di evidenza pubblica, che si spinge sino alla stipulazione del contratto.

#### **6.4.i) Il contenzioso sul parere ANAC sulla congruità del prezzo negli appalti di protezione civile**

L'art. 163 d.lgs. n. 5072016 prevede la giustiziabilità davanti al giudice amministrativo del parere dell'ANAC sul prezzo di servizi e forniture di somma urgenza nell'ambito delle emergenze di protezione civile (art. 163, c. 9). Anche in tal caso il rito applicabile è quello dell'art. 120 c.p.a.

#### **6.4.l) La giurisdizione sugli atti di vigilanza e sulle sanzioni in relazione agli obblighi di esternalizzazione del concessionario**

L'art. 177 codice n. 50/2016 prevede obblighi di esternalizzazione a carico del concessionario, per le concessioni affidate senza gara, nella misura dell'80%.

Il rispetto del limite di esternalizzazione è soggetto a controllo da parte dei soggetti concedenti, e a vigilanza da parte dell'ANAC o altre Autorità preposte alla vigilanza o controllo sulla concessione.

In tal senso sembra da intendere l'espressione utilizzata dall'art. 177, c. 3, di "soggetti preposti".

La verifica va effettuata con cadenza annuale, secondo modalità da definirsi con linee guida dell'ANAC, da emanare entro 90 giorni dalla data di entrata in vigore del codice (art. 177, c. 3).

Ove vi siano situazioni di squilibrio rispetto al limite indicato, le stesse devono essere riequilibrare entro l'anno successivo (art. 177, c. 3).

Nel caso di reiterate situazioni di squilibrio per due anni consecutivi il concedente applica una penale in misura pari al 10 per cento dell'importo complessivo dei lavori, servizi o forniture che avrebbero dovuto essere affidati con procedura ad evidenza pubblica (art. 177, c. 3).

Sia la vigilanza e controllo sugli obblighi di esternalizzazione, sia l'applicazione delle sanzioni per il mancato rispetto, sono una novità perché la disciplina previgente, pur prevedendo obblighi di esternalizzazione, non stabiliva modalità di vigilanza né sanzioni.

Si pone anche il problema della natura giuridica e della giustiziabilità sia degli atti di controllo/vigilanza, che accertano una situazione di squilibrio, sia della penale del 10% prevista per il caso di reiterate situazioni di squilibrio.

Si tratta di un contenzioso che si inserisce nella fase di esecuzione del contratto e che tuttavia riguarda atti pubblicistici che riguardano un obbligo pubblicistico del concessionario.

Sia un eventuale atto di vigilanza dell'ANAC, sia un atto di vigilanza e diffida del concedente, che accertano uno squilibrio e diffidano il concessionario, attengono non ad un aspetto privatistico del rapporto, ma a un momento pubblicistico.

Il relativo contenzioso sembra pertanto da attribuire al giudice amministrativo.

Analogamente, la c.d. penale per reiterati squilibri al di là del *nomen*, che rievoca la clausola penale, è una vera e propria sanzione, non già per un inadempimento contrattuale, ma per violazione di un obbligo derivante dalla legge e di natura pubblicistica, quale è l'obbligo di indire una procedura di gara.

Anche tale sanzione sembra pertanto giustiziabile davanti al giudice amministrativo. Quanto al rito applicabile, sembra doversi applicare l'art. 120 c.p.a., perché si ricade pur sempre nel contenzioso su procedure di affidamento, sotto il profilo della sussistenza o meno dei presupposti per fare una procedura di affidamento.

#### **6.4.m) La rinegoziazione del contratto**

La giurisdizione esclusiva in commento si estende alle controversie in tema di **rinegoziazione dell'appalto**.

In tal senso si è pronunciata la giurisprudenza formatasi in relazione al previgente art. 6, l. n. 205/2000 [Cons. St., IV, 25.3.2003 n. 1544].

La rinegoziazione viene dunque attratta alla giurisdizione esclusiva sotto il profilo che costituisce essa stessa, laddove abbia ad oggetto un elemento essenziale del contratto, una procedura di affidamento.

In verità la rinegoziazione in sé non ha niente delle procedure di evidenza pubblica, consistendo in una trattativa pura tra la stazione appaltante e l'aggiudicatario.

Tuttavia, posto che la rinegoziazione può tradursi in una violazione delle norme sulle gare e come tale viene denunciata in giudizio dai controinteressati, che lamentano l'utilizzo di una trattativa privata pura in luogo di una procedura selettiva, è sotto tale profilo, dell'utilizzo della rinegoziazione in luogo della gara, che va ritenuta sussistente la giurisdizione del giudice amministrativo [nel senso della non legittimità della rinegoziazione Cons. St., comm. spec., 12.10.2001 n. 1084/2000; Id., V, 13.11.2002 n. 6281, in *UA* 2003, 577, nt. DAMONTE (54). Per un caso particolare, in cui la rinegoziazione è stata ritenuta legittima, v. Cons. St., VI, 4.11.2002 n. 6004].

Anche le sez. un. hanno riconosciuto la giurisdizione amministrativa sulla rinegoziazione chiesta in fase di esecuzione dalla centrale di committenza pubblica in applicazione di norme imperative di legge (art. 15 d.l. n. 95/2012 e art. 17, d.l. n. 98/2011) [**Cass., sez. un., 24.5.2016 n. 15663**].

Tuttavia le sez. un. hanno affermato che nel caso in cui una stazione appaltante pubblica (nella specie: Consip) dopo l'aggiudicazione del contratto, pubblichi sul proprio sito i **nuovi prezzi** offerti da un concorrente, non si è in presenza di una nuova procedura di aggiudicazione, ma di un **comportamento materiale, che rientra nella giurisdizione del g.o.**

Nel caso di specie, dopo la stipula di un accordo quadro, Fastweb proponeva a Consip nuovi prezzi, più vantaggiosi, che vengono pubblicati sul sito internet di Fastweb. Insorgeva Telecom, lamentando una illegittima nuova aggiudicazione.

Le sez. un. affermano che non sono contestati atti provvedimenti, ma un mero comportamento consistente nella pubblicazione dei nuovi prezzi, sicché vi sarebbe giurisdizione del g.o. e non del g.a. [**Cass., sez. un., 4.10.2012 n. 16848**].



## 7. La sorte del contratto

### 7.1. La soluzione vigente: sintesi

#### 7.1.a) La sorte del contratto di appalto a seguito di annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione

La questione della sorte del contratto di appalto, una volta impugnata e annullata dal giudice amministrativo l'aggiudicazione, ha anche implicazioni in ordine alla giurisdizione [BARBIERI (10), 721; CERULLI IRELLI (41), 1195 ss.; LIPARI (124), 245 ss.; LIPARI (125), 1519 ss.; MONTEDURO (153), 2591 ss.; FANTINI (78), 751-763; MONTEODORO (152), 922-927; LAMORGESE (119), 550; FRANCO (86), 1391-1401].

Invero, il contratto, e dunque la sua **stipulazione**, sono formalmente distinti dall'**aggiudicazione**.

Quest'ultima è provvedimento unilaterale, laddove il contratto è un atto privatistico, cui concorrono su un piano paritario sia la volontà della stazione appaltante che quella del soggetto privato aggiudicatario.

Dalla direttiva ricorsi 2007/66/CE che impone i principi di effettività della tutela processuale, ragionevole durata del processo e concentrazione, sembra evincersi che le questioni relative alla sorte del contratto sono direttamente connesse a quelle relative all'**annullamento dell'aggiudicazione**, e devono pertanto essere conosciute nel medesimo giudizio dal medesimo giudice.

In questa direzione si muove l'art. 133, c. 1, lett. e), c.p.a. (che riproduce l'art. 244 d.lgs. n. 163/2006, come modificato, quanto alla giurisdizione sulla sorte del contratto, dal d.lgs. n. 53/2010 recante attuazione della direttiva ricorsi citata), che attribuisce espressamente la cognizione della sorte del contratto alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Tale soluzione normativa era stata già anticipata dalle sez. un. della Cassazione con ordinanza di febbraio 2010, secondo cui il principio della direttiva, di **concentrazione delle questioni** sulla sorte del contratto davanti al giudice che conosce dell'aggiudicazione, si applica a tutte le gare di appalto successive alla data di entrata in vigore della direttiva (dicembre 2007) ancorché anteriori alla data di scadenza della direttiva (dicembre 2009) e alla data del suo effettivo recepimento nell'ordinamento nazionale [Cass., sez. un., 10.2.2010 n. 2906, ord.].

La giurisdizione sulla domanda di invalidità o inefficacia del contratto stipulato all'esito di gara annullata perché illegittima spetta al giudice amministrativo non solo quando si tratta di dichiarare l'inefficacia del contratto a seguito dell'annullamento della aggiudicazione, ma anche nella situazione in cui l'inefficacia del contratto consegua **all'annullamento di un affidamento diretto**, senza previsione di gara, in violazione delle norme comunitarie e nazionali in tema di contratti pubblici. La giurisdizione del g.a. si estende anche alle domande di **ripetizione di indebito e di arricchimento senza causa**, trattandosi di domande restitutorie strettamente conseguenti alla declaratoria di inefficacia del contratto [Cass., sez. un., 8.8.2012 n. 14260, ord.].

L'estensione della giurisdizione amministrativa alla sorte del contratto, poi, sussiste solo quando vi sia il ricorso di un terzo contro l'aggiudicazione, che viene annullata. Non anche quando, sia pure a seguito di annullamento dell'aggiudicazione su ricorso di un terzo, si disputi tra stazione appaltante e originario contraente degli effetti sul contratto. In tal caso la giurisdizione è del giudice ordinario [**Cass., sez. un., 29.7.2013 n. 18190; Cons. St., V, 21.2.2012 n. 932; Cass., sez. un., n. 4955/2015** in fattispecie in cui a seguito della declaratoria di inefficacia del contratto fatta dal giudice amministrativo, era insorta controversia tra stazione appaltante e originario aggiudicatario in ordine i compensi delle prestazioni eseguite in forza di disposizioni dell'ente appaltante che invitavano l'ATI a proseguire il servizio entro certi limiti e sino al passaggio di consegne].

Infatti, il criterio di attrazione della giurisdizione, nel caso contemplato dal citato art. 133, c. 1, lett. e), n. 1), c.p.a., è costituito bensì dalla connessione, **ma non tra i vizi del contratto e quelli dell'aggiudicazione, bensì tra le domande risarcitorie del contraente terzo e la domanda di annullamento dell'aggiudicazione da lui proposta.** La giurisdizione esclusiva suppone che il giudice amministrativo sia chiamato a pronunciarsi sulla dedotta invalidità dell'aggiudicazione, e, in connessione con questa domanda, con quella consequenziale di annullamento del contratto stipulato in forza dell'aggiudicazione medesima. Là dove non sia in discussione il vizio dell'aggiudicazione, sia pure perché sul punto il giudice amministrativo si sia pronunciato con una precedente sentenza passata in giudicato, si è al di fuori dei casi in cui l'ordinamento attribuisce espressamente al giudice amministrativo la giurisdizione sulla sorte del contratto che si pone a valle della conclusione di un procedimento amministrativo viziato; e deve farsi riferimento all'ordinario criterio di riparto, secondo il quale, mentre spetta al giudice amministrativo di conoscere dei vizi del procedimento amministrativo, spetta al giudice ordinario di conoscere della sorte del contratto, anche quando su di essa incidano di riflesso i vizi del procedimento amministrativo presupposto dal contratto medesimo, e la domanda deve essere proposta davanti al giudice avente giurisdizione sull'atto negoziale.

**L'oggetto della cognizione, che è attratto nella giurisdizione esclusiva, non è dunque il vizio in sé considerato del contratto,** al quale, del resto, il concorrente vittorioso nel giudizio d'impugnazione dell'aggiudicazione è sempre rimasto estraneo; **è invece il rapporto sostanziale, che è di responsabilità extracontrattuale tra il concorrente impugnante, che la fa valere, da un lato e l'amministrazione resistente, con l'aggiudicatario controinteressato, dall'altro.**

Laddove oggetto della cognizione sia invece esclusivamente il rapporto contrattuale costituitosi tra l'aggiudicatario all'esito di una gara viziata e l'amministrazione, torna applicabile il principio per il quale rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario **le controversie rivolte ad accertare l'intero spettro delle patologie negoziali,** siano esse inerenti alla struttura del contratto sociale, siano esse estranee, siano sopravvenute e derivanti da irregolarità - illegittimità della procedura amministrativa a monte, ivi comprese le fattispecie di radicale mancanza del procedimento a evidenza pubblica, sia di sopravvenuta mancanza provocata

dall'annullamento dell'aggiudicazione, oltre ai profili di illegittimità degli atti consequenziali compiuti dalla società già istituita, costituendo gli stessi espressione non di potestà amministrativa, bensì del sistema d'invalidità efficace del contratto sociale e delle relative conseguenze.

Quanto alla *ratio legis* della giurisdizione esclusiva sull'inefficacia del contratto, prevista nell'art. 133, c. 1, lett. e), n. 1, essa non deve essere vista come deroga al potere autoritativo della p.a. di sciogliersi unilateralmente in danno dell'altro contraente; essa è invece intesa a contrastare il potere dell'amministrazione di mantenere in vita il contratto stipulato sulla base di un'aggiudicazione nulla, in forza di valutazioni di convenienza che tradizionalmente si traducevano in un comportamento inerte della pubblica amministrazione, e costringevano il vincitore, per non vedere vanificate le sue buone ragioni, pur riconosciute dal giudice amministrativo, a intraprendere un nuovo giudizio davanti al giudice ordinario. È la vanificazione, attraverso la manutenzione del contratto, della tutela risarcitoria reale del vincitore nell'annullamento dell'aggiudicazione, dunque, ciò che si è voluto sottrarre alla p.a., in quanto parte unilaterale, e non la risoluzione, che sarebbe conforme ai principi generali, e che consentirebbe la successiva soddisfazione (pur senza necessariamente realizzarla) dell'avente diritto con la successione nel contratto o con la stipula di un nuovo contratto.

Il contraente illegittimamente aggiudicatario non è dunque il destinatario della protezione della norma speciale in deroga al riparto generale della giurisdizione nella norma contenuta nell'art. 133, c. 1, lett. e), n. 1. I principi della semplificazione, della concentrazione in un unico processo e dell'effettività della tutela giocano a favore del terzo concorrente che ottiene l'annullamento dell'aggiudicazione, e non dell'aggiudicatario perdente, che proprio sotto questo profilo non potrebbe vantare una speciale protezione.

### **7.1.b) La sorte del contratto di società a seguito dell'annullamento della procedura di scelta del socio o della delibera di costituzione di società in house**

Quanto all'ambito della giurisdizione sulla "sorte del contratto" **è sorta la questione** se la previsione si riferisca solo alla sorte del contratto relativo a lavori, servizi e forniture (sia esso appalto, concessione, etc.), o anche alla **sorte del contratto di società** stipulato in esito alla procedura di evidenza pubblica per la scelta del socio. Infatti l'art. 133 c.p.a. in commento, come già l'art. 244 codice appalti, da un lato prevede la giurisdizione esclusiva sia sulle procedure di affidamento di lavori servizi forniture, sia sulle procedure di scelta del socio, dall'altro lato estende la giurisdizione alla "sorte del contratto" senza specificare se si tratti del solo contratto di appalto o anche il contratto di società.

Sul piano dell'interpretazione storica è peraltro noto che quando si parlava di giurisdizione del g.a. sulla "sorte del contratto" si aveva in mente quello di appalto e non quello di società.

Peraltro la **caducazione del contratto** di società presenta diverse criticità rispetto a quella del contratto di appalto, atteso che la società oltre che un contratto è un

soggetto giuridico, del cui scioglimento conosce, ordinariamente, il giudice ordinario.

Nel senso che la giurisdizione esclusiva del g.a. sulla sorte del contratto si estende al contratto di società, di cui il g.a. potrebbe pertanto pronunciare la caducazione, si era inizialmente pronunciato il Consiglio di Stato, che aveva confermato la sentenza di primo grado che aveva annullato una trattativa privata indetta per la scelta del socio privato di una società di trasformazione urbana, e aveva ritenuto esservi la giurisdizione amministrativa sulla sorte del contratto di società. Tale affermazione era stata fondata sulla sopravvenienza del d.lgs. n. 53/2010 che ha previsto la **giurisdizione del g.a. sulla sorte del contratto** successivo ad una aggiudicazione a seguito di procedura di evidenza pubblica, trattandosi di procedura di scelta del socio privato per costituire una società mista finalizzata a operare nel settore dei lavori pubblici (trasformazione urbana) [Cons. St., V, 3.6.2010 n. 3489].

Di diverso avviso sono invece le **sez. un. della Cassazione**, secondo cui la **giurisdizione esclusiva** del g.a. sulla “sorte del contratto” andrebbe riferita ai **solli contratti di affidamento di lavori, servizi, forniture**, e non anche al contratto di società [Cass., sez. un., 30.12.2011 n. 30167, in *UA* 2012, 309, nt. FANTINI].

Tale pronuncia delle sez. un. ha cassato la citata Cons. St., V, 3.6.2010 n. 2489; le sez. un. affermano che la direttiva 2007/66/CE, che fonda l’attribuzione al giudice amministrativo della giurisdizione sulla sorte del contratto, si riferisce solo agli appalti, e non ai contratti di società, e che l’art. 244 codice appalti, ora trasfuso nell’art. 133 c.p.a., nell’attribuire al g.a. la giurisdizione sulla sorte del contratto, pur usando la generica locuzione “contratto” intende riferirsi solo ai contratti relativi a lavori, servizi, forniture, e non ai contratti costitutivi di società miste.

Sostengono le sez. un., richiamando espressamente Cons. St., ad. plen., 3.6.2011 n. 10, che al di fuori dei casi tassativi in cui una legge attribuisca al g.a. la giurisdizione sulla sorte del contratto a seguito di annullamento del presupposto procedimento amministrativo, la giurisdizione su detta sorte spetta al giudice ordinario. In caso di contratto di società, poi, osta alla caducazione automatica conseguente all’annullamento degli atti di gara, la circostanza che con il contratto di società si dà vita ad un soggetto giuridico, e che l’art. 2332 c.c. individua casi tassativi di nullità delle società, una volta avvenutane l’iscrizione nel registro delle imprese.

Le sez. un., dunque, a fronte di una possibili esegesi letterale dell’art. 133 lett. e) chiara, e abbandonando il canone *in claris non fit interpretatio*, utilizzano il canone dell’interpretazione “storica” per restringere la portata della giurisdizione sulla sorte del contratto.

A maggior ragione, secondo le sez. un., non compete al g.a. ma al g.o. la giurisdizione sugli atti societari successivi alla stipula del contratto di società.

Va infine precisato che la “sorte del contratto” non rientra nella giurisdizione del g.a. al di fuori dei casi contemplati dall’art. 133 c.p.a., ossia quando il contratto stipulato da una p.a. non consegua ad una procedura di evidenza pubblica; il che accade, ad es., quando viene costituita una **società in house** [Cons. St., ad. plen., 3.6.2011 n. 10, in *UA* 2012, 1456, nt. SPUNTARELLI].

In nessun caso, poi, possono ascrivarsi alla giurisdizione del g.a. gli **atti consequenziali alla caducazione del contratto di società**, vale a dire gli adempimenti necessari per lo **scioglimento della società** come soggetto giuridico. In tale prospettiva, con riferimento a **società mista** costituita per la gestione del servizio idrico, le sez. un. hanno ribadito che sussiste la giurisdizione del giudice ordinario per le questioni concernenti la validità e l'efficacia della costituzione della società e degli atti negoziali conseguenti - di carattere societario - concernenti l'acquisizione, da parte del socio minoritario, del 49% delle azioni della società, e del giudice amministrativo per le sole questioni concernenti la procedura di selezione del socio privato della società nonché l'affidamento della gestione del servizio idrico integrato e la realizzazione delle opere infrastrutturali di acquedotto, fognatura e depurazione [Cass., sez. un., 20.9.2013 n. 21588].

### **7.1.c) La sorte del contratto di appalto a seguito di annullamento in autotutela dell'aggiudicazione**

Ulteriore questione è se il contratto possa ritenersi automaticamente caducato anche quando l'annullamento dell'aggiudicazione avvenga da parte della stessa stazione appaltante in via di **autotutela** e se della sorte del contratto, in caso di annullamento in autotutela della aggiudicazione, debba conoscere il g.o. o il g.a.

La questione è sorta nella nota vicenda dello "**swap della Provincia di Pisa**", portata sia davanti al giudice italiano che davanti a quello inglese.

Questi i fatti e le vicende processuali.

Tra il 2006 e il 2007 la Provincia di Pisa ha indetto una gara ufficiosa per una operazione di ristrutturazione del proprio debito, a cui era abbinata la sottoscrizione di strumenti finanziari derivati (*swap*), e l'operazione è stata conclusa con una Banca inglese.

Nel 2009 la Provincia di Pisa ha annullato in autotutela le delibere del 2007 nella parte concernente gli strumenti finanziari derivati, in base alla motivazione che i contratti di *swap* avevano costi impliciti non individuabili da parte della Provincia, se non dichiarati dalla Banca.

La Banca inglese ha impugnato il provvedimento di autotutela davanti al Tar della Toscana.

Il Tar della Toscana con sentenza 11.11.2010 n. 6579 ha ritenuto legittimo l'esercizio del potere di autotutela da parte della Provincia di Pisa; ha tuttavia affermato che l'esercizio del potere di autotutela non comportasse la caducazione automatica del contratto di *swap*; la caducazione del contratto doveva invece essere chiesta al giudice ordinario.

A sua volta la Provincia di Pisa ha adito il medesimo Tar per la declaratoria di inefficacia del contratto di *swap*; con sentenza 27.1.2011 n. 154 il Tar ha respinto tale domanda statuendo che la questione va sottoposta al giudice ordinario.

Entrambe le decisioni del Tar Toscana sono state appellate, la prima dalla Banca e dalla Provincia di Pisa, la seconda dalla Provincia di Pisa, davanti al Consiglio di Stato, che ha deciso con sentenza della V sezione, 7.9.2011 n. 5032, parziale e

interlocutoria [in *UA* 2012, 197, nt. BARTOLINI], respingendo in parte l'appello della Banca inglese e accogliendo quello della Provincia di Pisa, e affermando, in sintesi, che la sorte del contratto rientra nella giurisdizione esclusiva del g.a. ai sensi degli artt. 121 e 122 c.p.a.

Secondo la decisione del Consiglio di Stato:

- 1) in punto di giurisdizione, la clausola contrattuale contenuta nei contratti *swap* che, derogando alla giurisdizione italiana, non solo assoggetta la disciplina degli stessi alla legge inglese, ma li sottopone anche alla relativa giurisdizione inglese, non può che riguardare i diritti disponibili; ai sensi dell'art. 4, l. 31.5.1995 n. 218, la deroga alla giurisdizione italiana può riguardare solo le cause vertenti su diritti disponibili (Cass., sez. un., 20.4.2010 n. 9308) e quindi solo le questioni di interpretazione ed esecuzione dell'accordo (*agreement*), ma non può estendersi fino a comprendere anche il sindacato sul corretto esercizio del potere amministrativo, non potendo ascriversi al novero dei diritti disponibili gli interessi pubblici alla cui cura è finalizzato l'esercizio dei poteri pubblicistici accordati alla pubblica amministrazione anche nell'ambito dei procedimenti di gara;
- 2) si è in presenza di un contratto della p.a. preceduto da una fase di evidenza pubblica, sicché anche dopo la stipula del contratto la p.a. conserva il potere di intervenire sull'aggiudicazione con atto di autotutela pubblicistica;
- 3) nella specie l'amministrazione non ha esercitato un potere di recesso unilaterale dal contratto, di tipo civilistico, ma un potere di autotutela pubblicistica;
- 4) trattandosi di autotutela pubblicistica, è irrilevante la clausola contrattuale che assoggetta ogni controversia al diritto inglese, perché essa riguarda solo i diritti disponibili; è del pari irrilevante la dedotta pendenza innanzi al giudice inglese della stessa controversia, non potendo configurarsi un'ipotesi di litispendenza internazionale, mancandone il presupposto fondamentale, costituito proprio dall'aver ad oggetto diritti disponibili per i quali possa operare la deroga alla giurisdizione italiana;
- 5) spetta al g.a. anche la giurisdizione sulla sorte del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione, e tanto anche se l'aggiudicazione, come nella specie, è stata annullata in autotutela.

Si è in attesa della parola definitiva della Cassazione, sia sulla giurisdizione nazionale o straniera, sia sulla giurisdizione del g.o. o del g.a. sulla sorte del contratto a seguito di autoannullamento degli atti di gara. Peraltro il ricorso per cassazione contro la decisione n. 5032/2011 del Consiglio di Stato è stato dichiarato estinto per rinuncia [Cass., sez. un., 25.3.2013 n. 7378], mentre il successivo ricorso per cassazione proposto contro la decisione definitiva del Consiglio di Stato n. 5962/2012 è stato dichiarato inammissibile perché la questione di giurisdizione andava fatta valere contro la sentenza non definitiva che aveva affermato la giurisdizione e non contro la sentenza definitiva, che non si occupa più di giurisdizione [Cass., sez. un., 16.1.2014 n. 773].

In una vicenda simile, quella dei **contratti di finanza derivata** stipulati tra un Comune italiano e una Banca italiana, e annullati dal Comune in autotutela (per asserita carenza di qualificazione dell'operatore economico ed esistenza di costi

occulti), le sez. un. hanno ritenuto esservi **giurisdizione del giudice ordinario** in base al rilievo che rientra nella giurisdizione del giudice ordinario la questione relativa all'accertamento della validità ed efficacia dei contratti di finanza derivata stipulati tra un ente locale e l'Istituto di credito, in quanto il rapporto è di natura prettamente civilistica. Tali contratti infatti sono stipulati fra le parti in posizione del tutto paritaria, a prescindere dalla qualità di ente pubblico di una di loro, facendo sorgere per entrambe tipiche posizioni di diritto soggettivo [Cass. sez. un., 29.5.2012 n. 8515].

Le sez. un. hanno in una diversa vicenda, aderito alla tesi del Consiglio di Stato, affermando che se la stazione appaltante, a seguito di un annullamento in autotutela dell'aggiudicazione, si rivolge al giudice per ottenere la caducazione del contratto, sussiste la giurisdizione del g.a. sulla domanda relativa alla sorte del contratto [Cass., sez. un., 8.8.2012 n. 14260, ord.; Cass., sez. un., nn. 9861, 9862 e 9863 del 2015 in tema di annullamento in autotutela dell'aggiudicazione del servizio di smaltimento rifiuti, ferma la giurisdizione del g.o. sulla diversa risoluzione per inadempimento contrattuale].

Per converso, con riguardo sempre al caso di **strumenti finanziari stipulati da enti locali**, ma a **trattativa privata** e dunque senza procedura di evidenza pubblica (si trattava di contratto non soggetto al codice dei contratti pubblici ai sensi dell'art. 19, c. 1, lett. d), codice appalti) le sez. un. hanno ritenuto che sull'atto di autotutela dell'ente locale e dunque sulla questione della nullità del contratto e dell'atto di autotutela, vi sia giurisdizione del giudice ordinario [Cass., sez. un., 29.5.2012 n. 8515, ord., in *UA* 2012, 1148, nt. TRAVI (222)].

In termini analoghi la plenaria, con riferimento ad un contratto di *swap* ha ritenuto che affinché un **determinazione amministrativa** possa assumere la natura dell'atto prodromico, nel senso tecnico considerato dalla giurisprudenza, occorre che sia individuabile nell'atto stesso il compimento di un processo decisionale ossia la formazione della volontà di compiere un atto di diritto privato, di cui l'ente abbia valutato ed approvato il contenuto, e che ciò risulti verificabile in base al procedimento seguito. In tal caso l'atto assume dignità provvedimento e può essere autonomamente valutato sul piano della legittimità, e formare oggetto di impugnazione in sede giurisdizionale ovvero di autotutela. In tal senso la Cass., sez. un. 27.7.2013 n. 17780, che ha affermato la giurisdizione su un atto perché da considerarsi prodromico in quanto assunto a conclusione di un procedimento amministrativo e indirizzato a sintetizzare le valutazioni discrezionali dell'amministrazione. Per l'effetto la plenaria ha **escluso la giurisdizione del giudice amministrativo su un atto di autotutela** con cui una Regione - avendo ravvisato la violazione da parte degli istituti bancari degli obblighi di corretta e completa informazione - annulli d'ufficio una sua precedente deliberazione, che aveva autorizzato alla negoziazione ed alla stipula di contratti di derivati *swaps*, tanto sul presupposto che l'originaria autorizzazione regionale aveva demandato al responsabile del procedimento il proseguimento delle trattative e la successiva negoziazione. Secondo la plenaria, affinché un atto amministrativo sia qualificabile come atto prodromico alla stipula di un contratto e dunque sottoposto al potere di

autotutela, occorre che esso abbia effettivamente deciso che abbia luogo la successiva stipula, il che va escluso quando l'atto abbia unicamente consentito l'attivazione di trattative e l'eventuale stipula di un contratto, nel caso in cui esso fosse risultato conveniente [Cons. St., ad. plen., 5.5.2014 n. 13].

#### **7.1.d) La patologia del contratto in altre ipotesi**

Con una discussa sentenza le sez. un. della Cassazione hanno ritenuto che appartengono alla giurisdizione del giudice ordinario le controversie concernenti l'interpretazione dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto e quelle rivolte ad accertarne le condizioni di validità ed efficacia e ad ottenerne la declaratoria di nullità, o l'inefficacia, o l'annullamento, posto che anche esse hanno ad oggetto non i provvedimenti riguardanti la scelta dell'altro contraente, ma il rapporto privatistico discendente dal negozio; nell'ambito delle patologie ed inefficacie negoziali rientrano non solo quelle inerenti alla struttura del contratto, siano esse estranee o alla stessa sopravvenute, ma anche quelle derivanti da irregolarità-illegittimità del procedimento amministrativo a monte, perciò comprendenti anche le fattispecie di radicale mancanza del procedimento di evidenza pubblica (o di vizi che ne affliggono singoli atti); il giudice ordinario può accertare tali vizi anche incidentalmente, senza necessità del previo annullamento da parte del giudice amministrativo (nella specie si è ritenuto rientrare nella giurisdizione del giudice ordinario la questione, dedotta dall'amministrazione pubblica convenuta, della nullità di un appalto per il pagamento delle cui somme la parte privata aveva chiesto e ottenuto decreto ingiuntivo) [Cass., sez. un., 5.4.2012 n. 5446. ord., in *UA* 2012, 879, nt. REGGIO D'ACI].

#### **7.1.e) La giurisdizione esclusiva e di merito sulle sanzioni alternative di cui all'art. 123 c.p.a.**

L'art. 133, c. 1, lett. e), n. 1, c.p.a. prevede la giurisdizione esclusiva anche sulle sanzioni alternative di cui all'art. 123 c.p.a.

Il correttivo, d.lgs. n. 195/2011, nel novellare l'art. 134, relativo ai casi di giurisdizione di merito, vi ha incluso anche le sanzioni di cui all'art. 123 c.p.a., ossia le **sanzioni alternative** irrogate dal giudice nel contenzioso sui pubblici appalti.

Sicché la giurisdizione sulle sanzioni alternative, essendo contemplata sia dall'art. 133 che dall'art. 134 c.p.a., è sia esclusiva che di merito.

Si ricordi che la natura di merito della giurisdizione sulle sanzioni dell'art. 123 c.p.a., era già stata prevista dalla legge delega che aveva condotto al varo del d.lgs. n. 53/2010 (poi trasfuso nel c.p.a.) (art. 44, c. 3, lett. h), l. n. 88/2009), ma il legislatore delegato non aveva usato tale qualificazione, ora introdotta dal d.lgs. n. 195/2011.

### **8. I procedimenti e provvedimenti prodromici, strumentali, connessi alle procedure di affidamento**

La giurisdizione esclusiva sulle procedure di affidamento non si estende ai procedimenti strumentali e prodromici rispetto all'affidamento dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture.

Vengono, ad esempio, in considerazione i procedimenti che portano all'**approvazione** dei programmi dei lavori pubblici.



Molto più rilevanti, sono i **procedimenti che sfociano in atti dell’Autorità di vigilanza** (a partire dal d.l. n. 90/2014, ANAC), **diversi dai provvedimenti sanzionatori**, per i quali vi era un’ipotesi espressa di giurisdizione esclusiva, divisata dal c. 2 dell’art. 244.

Si pensi ai **bandi - tipo adottati dall’Autorità di vigilanza** (a partire dal d.l. n. 90/2014, ANAC).

Si pensi ai provvedimenti con cui l’Autorità di vigilanza (a partire dal d.l. n. 90/2014, ANAC) adotta sanzioni nei confronti delle SOA, o a quelli con cui l’autorità annulla le attestazioni rilasciate dalle SOA.

Si pensi, ancora, al **diniego di rilascio di attestazione** da parte di una SOA, o al ritiro dell’attestazione già rilasciata.

O, ancora, al procedimento che sfocia nella **certificazione antimafia**.

Il problema riguarda più in generale anche i procedimenti comunque connessi, come quello relativo al rilascio del d.u.r.c.

Nel vigore dell’art. 244, d.lgs. n. 163/2006, fino al 15.9.2010, non si poteva estendere la giurisdizione esclusiva di cui all’art. 244, c. 1, a siffatte ipotesi, in difetto di espressa previsione, ed essendo le norme attributive di **giurisdizione esclusiva**, di stretta interpretazione, dato il vincolo costituzionale che consente la giurisdizione esclusiva in “particolari materie indicate dalla legge” (art. 103 Cost.).

A partire dal 16.9.2010, il c.p.a. ha generalizzato la giurisdizione esclusiva del g.a. sugli **atti di talune Autorità amministrative indipendenti**, indicate *nominatim* nell’art. 133 c.p.a., ivi compresa l’Autorità di vigilanza sui contratti pubblici (a partire dal d.l. n. 90/2014, ANAC) (art. 133, c. 1, lett. j), c.p.a.), sicché anche su tali atti vi è giurisdizione esclusiva del g.a.

Altri **atti prodromici** alle procedure di affidamento sono quelli che attestano il possesso dei requisiti di partecipazione, ad es. l’attestazione SOA; i certificati del casellario giudiziario, il d.u.r.c.

Tali atti seguono il regime impugnatorio proprio.

Ad es. non è in discussione che il contenzioso tra richiedente il **d.u.r.c.** e l’ente previdenziale che lo nega, attenendo ad una certificazione vincolata, spetta al **giudice ordinario**, salvi i poteri di **accertamento incidentale del giudice amministrativo** sulla sussistenza o meno di un requisito di partecipazione, anche se attestato da atti della pubblica amministrazione (come avviene per il d.u.r.c.) [Cons. St., V, 13.2.2009 n. 817].

Secondo le sez. un., nelle controversie su procedure di affidamento di lavori, servizi o forniture devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, poiché la produzione della certificazione proveniente dall’INPS, che attesta la regolarità contributiva dell’impresa partecipante alla gara di appalto, costituisce uno dei requisiti posti dalla normativa di settore ai fini dell’ammissione alla gara, appartiene alla cognizione del giudice amministrativo verificare la **regolarità** di tale **certificazione** [Cass., sez. un., 10.8.2011 n. 17145].

Per converso, si è osservato che il giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva in materia di appalti non può sindacare la **legittimità del documento unico di regolarità contributiva** sulla base del quale la stazione appaltante ha

assunto le proprie determinazioni in ordine all'aggiudicazione di una gara; ed invero, sotto il profilo soggettivo, le Casse Edili appartengono alla categoria delle associazioni non riconosciute *ex art. 36 c.c.*, le quali, nell'esercizio delle loro funzioni tipiche, non sono di regola soggette alla giurisdizione del giudice amministrativo; sotto il profilo oggettivo, poi, il d.u.r.c. si sostanzia in una **dichiarazione di scienza** e si colloca fra gli atti di certificazione o di attestazione aventi carattere meramente dichiarativo di dati in possesso dell'ente, assistiti di pubblica fede *ex art. 2700 c.c.* e facenti pertanto prova fino a querela di falso. Ne consegue che eventuali errori contenuti in detto documento, involgendo posizioni di diritto soggettivo afferenti al sottostante rapporto contributivo, potranno essere corretti dal giudice ordinario, o all'esito di proposizione di querela di falso, od a seguito di ordinaria controversia in materia di previdenza e di assistenza obbligatoria [Cons. St., V, 17.5.2013 n. 2682].

Secondo una parte della giurisprudenza la disciplina scinde in due fasi autonome l'iter di qualificazione delle imprese, tenendo ben distinto il rapporto che intercorre l'ANAC e le SOA da quello che si instaura tra queste ultime e le imprese da qualificare.

Tale distinzione attiene sia alla natura che agli effetti che ciascuna di dette relazioni è suscettibile di produrre:

a) quanto alla prima, essa si estrinseca in un tipico rapporto pubblicistico, atteso che il potere di autorizzazione, controllo e vigilanza dell'Autorità sulle SOA costituisce espressione di una potestà amministrativa, a fronte della quale è possibile configurare esclusivamente interessi legittimi;

b) opposta è la conclusione in merito al secondo tipo di relazione, in cui SOA ed impresa aspirante all'attestazione sono legate da un vincolo privatistico, che deriva dalla sottoscrizione di un apposito contratto, il cui sinallagma si sostanzia nella prestazione della SOA di verificare la sussistenza delle condizioni per il rilascio dell'attestazione richiesta e nella controprestazione di riconoscere un compenso. Ne conseguirebbe la giurisdizione del giudice ordinario sul contenzioso attivato dall'operatore economico contro la SOA per il mancato rilascio dell'attestazione di qualificazione [Tar Lazio - Roma, II, 21.3.2016 n. 3455; Tar Basilicata, 29.6.2016 n. 692].

La soluzione non sembra condivisibile perché tale tipo di controversia non ha per oggetto un inadempimento contrattuale ma il diniego di un attestato di qualificazione che ha rilevanza pubblicistica, diniego proveniente da società formalmente private, le SOA, che assolvono ad una funzione pubblicistica.

Sembra pertanto preferibile la tesi che tale tipo di contenzioso rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo.

## **9. Le società miste e *in house***

L'art. 133, c. 1, lett. e), c.p.a. (già art. 244, d.lgs. n. 163/2006), come già l'art. 6, l. n. 205/2000, estende la giurisdizione esclusiva alle **procedure di scelta del socio**.

Il riferimento deve intendersi fatto alle procedure di evidenza pubblica imposte dalla normativa vigente per la scelta del socio privato nelle **società miste pubblico - privato**.

La sussistenza della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo è un riflesso della necessità di una **procedura di evidenza pubblica** per la scelta del socio [Tar Abruzzo, Pescara, 26.1.2001 n. 54].

Sulla questione il codice appalti del 2006 aveva preso una posizione netta affermando che nei casi in cui le norme vigenti consentono la costituzione di società miste per la realizzazione e/o gestione di un'opera pubblica o di un servizio, la scelta del socio privato avviene con procedure di evidenza pubblica (art. 1, c. 2, d.lgs. n. 163/2006).

Il codice dei contratti pubblici n. 50/2016 non affronta specificamente tale tema (la lacuna era stata segnalata dal parere del Consiglio di Stato), tuttavia risponde ai principi generali la necessità di procedura di evidenza pubblica per la scelta del socio privato, e in tal senso dispone il decreto legislativo di riordino della disciplina delle società pubbliche (testo unico delle società a partecipazione pubblica), in corso di approvazione (artt. 17 e 7, c. 5, d.lgs. n. 175/2016).

Secondo la consolidata interpretazione, le procedure di evidenza pubblica per la scelta del socio privato sono necessarie non solo quando il privato ha una partecipazione di maggioranza, ma anche quando ha una **partecipazione di minoranza** [Cass., sez. un., 29.10.1999 n. 754, in *FI* 2000, I, 802, nt. FRACCHIA (82); Cons. St., V, 19.2.1998 n. 192; Cons. St., IV, 3.9.2001 n. 4586, in *FI* 2002, III, 554, nt. SCOTTI (211); Cons. St., V, 19.9.2000 n. 4850; Cons. St., V, 23.3.2004 n. 1543; Cons. St., V, 22.5.2001 n. 2835; Cons. St., V, 15.2.2002 n. 917, in *FI* 2002, III, 554, nt. SCOTTI (211)].

Sotto il profilo dell'ambito applicativo dell'art. 133, c. 1, lett. e), c.p.a. (già art. 244, d.lgs. n. 163/2006), **la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo** sussiste:

sotto il **profilo oggettivo**:

- sia quando per la scelta del socio vengono seguite procedure di evidenza pubblica;
- sia quando per la scelta del socio non vengono seguite procedure di evidenza pubblica, pur sussistendo il relativo obbligo giuridico;
- quando si sollevino questioni in ordine alla possibilità o meno di affidamento diretto di appalti alla società mista dopo la sua costituzione;
- quando si compiano, da parte di una società pubblica, operazioni di aumento di capitale finalizzate ad individuare un socio privato di minoranza di una società pubblica, già divenuta affidataria di servizio pubblico di trasporto locale a seguito di procedura di evidenza pubblica [Cass., sez. un., 3.8.2011 n. 16856, in *UA* 2011, 1299, nt. PONTE];

sotto il **profilo soggettivo**:

- quando le società vengono costituite da enti locali;
- ogni qualvolta una normativa preveda la possibilità di costituzione di società da parte di enti pubblici, con scelta di soci privati mediante procedimenti di evidenza pubblica, o nel rispetto della normativa comunitaria.

Sotto il profilo **dell'interesse al ricorso** e della tempestività dell'impugnazione, va osservato che l'atto con cui l'ente locale delibera l'affidamento del servizio a società mista risale agli atti costitutivi della società e di selezione del socio privato: sicché la lesione effettiva e immediata delle imprese che aspirano alla gestione del servizio si ricollega, con conseguente onere di immediata impugnazione, all'adozione della delibera di **costituzione della società mista** e di **scelta del socio privato**, e non ai conseguenti provvedimenti di concreto affidamento del servizio, che sono atti meramente consequenziali e privi di autonoma portata lesiva [Cons. St., V, 23.3.2004 n. 1543].

Diverse dalle società miste sono quelle c.d. *in house*, il cui capitale deve essere interamente pubblico.

La società *in house* deve presentare tre requisiti: essere a **totale partecipazione pubblica**, anche di più enti pubblici; essere **sottoposta ad un controllo**, da parte del socio pubblico, analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi; **realizzare** la parte più importante della propria **attività con il socio** o i soci pubblici [C. giust. CE, 18.11.1999 C-107/98, *Teckal*, in *GD* 1999, fasc. 47, 107, nt. SCIAUDONE, che si occupa del controllo analogo e della parte più importante dell'attività; C. giust. CE, 11.1.2005 C-26/03, *Stadt Halle*, in *FI* 2005, IV, 134, nt. URSI (226); *UA* 2005, 288, nt. DE NICTOLIS (63); C. giust. CE, 21.7.2005 C-231/03, *Consorzio Coname*, in *FI* 2006, IV, 76, nt. URSI (228); C. giust. CE, I, 18.1.2007 C-220/05, *Jean Auroux*, in *UA* 2007, 552, nt. RONDONI (195), che affermano la necessità che la partecipazione pubblica sia totalitaria].

Ciascuno di questi tre requisiti ha dato luogo a questioni interpretative delicate:

- la **partecipazione pubblica totalitaria** non sussiste quando vi è una quota, anche se infima, di capitale in mano a soci privati, e anche per il solo fatto che lo statuto preveda la possibilità di vendere una parte del capitale a privati [C. giust. CE 13.10.2005 C-458/03, *Parking Brixen GmbH* in *FI* 2006, IV, 76, nt. URSI (228); C. giust. CE, 6.4.2006 C-410/04, *Anav c. Comune di Bari*, in *FI* 2006, V, 511, nt. URSI; Cons. St., V, 22.4.2004 n. 2316; Cons. St., V, 13.7.2006 n. 4440; Cons. St., V, 30.8.2006 n. 5072, in *UA* 2006, 1417, nt. URSI (227); Cons. St., VI, 1.6.2007 n. 2932; Cons. St., V, 3.2.2009 n. 591; Cons. St., VI, 17.1.2014 n. 221], mentre sussiste nel caso di una **pluralità di soci tutti pubblici** [C. giust. CE, II, 19.4.2007 C-295/05, *Asemfo c. Tragga*, in *DPA*, 2007, n. 6, 117; Cons. St., V, 28.6.2004 n. 4771; Cass., sez. un., 16.12.2013 n. 27993];

- il **controllo analogo** deve essere rigoroso ed effettivo, non sussiste se vi sono spazi di autonomia per il consiglio di amministrazione [Cons. St., VI, 25.1.2005 n. 168, in *UA* 2005, 329, nt. CARANTA], ed è di difficile configurazione in caso di capitale sociale frazionato tra un numero elevato di soci pubblici, ritenendosi in tal caso necessario un comune organo di controllo [Cons. giust. sic., 4.9.2007 n. 719; Cons. St., V, 18.3.2011 n. 1447; Cons. St., V, 24.9.2010 n. 7092; Cons. St., V, 11.8.2010 n. 5620; C. giust. CE, 13.11.2008 C-324/07, *Coditel Brabant SA*]; secondo la Commissione europea [nota 26.6.2002] il controllo analogo costituisce un «**potere assoluto**» di direzione, coordinamento e supervisione dell'attività del soggetto partecipato, e che riguarda l'insieme dei più importanti atti di gestione del

medesimo;

- l'**attività** prevalentemente **dedicata ai soci pubblici** è un **concetto qualitativo e non meramente quantitativo**, da stabilire caso per caso, ma con parametri rigorosi onde evitare che i vantaggi finanziari derivanti dall'attività con i soci pubblici vengano impiegati sul mercato per attività con soggetti privati [C. giust. CE, 11.5.2006 C-340/2004 (*società Carbotermo e Consorzio Alisei c. Comune di Busto Arsizio*), in *UA* 2006, 1047, nt. LOTTI (129); *FI* 2006, IV, 510, nt. URSI; C. giust. CE, II, 19.4.2007 C-295/05, *Asemfo c. Tragsa*; Corte cost., 23.12.2008 n. 439; Cons. giust. sic., 4.9.2007 n. 719; Cass., sez. un., 10.3.2014 n. 5491].

Ogni qualvolta non ricorrano i requisiti visti, la società o è mista, se c'è partecipazione di capitale privato, o è comunque una società non *in house* (se pur essendo a totale partecipazione pubblica, manchino uno o entrambi gli altri requisiti), ed è dunque un soggetto terzo.

Sicché, se il **capitale è interamente pubblico**, e ricorrono gli altri due presupposti, non vi è un problema di "scelta del socio" con procedura di gara.

Vi è invece spazio per la giurisdizione esclusiva di cui all'art. 133, c. 1, lett. e), c.p.a. (già art. 244, d.lgs. n. 163/2006), laddove vengano contestati affidamenti senza gara ad una società *in house*, perché difettano gli elementi costitutivi suindicati.

Le nuove direttive (24 e 25 del 2014), recepite dall'art. 5, d.lgs. n. 50/2016 fissano con maggior rigore i tre requisiti, dando una definizione del controllo analogo esercitato congiuntamente da una pluralità di enti pubblici, ritenendo che l'attività dedicata debba essere superiore all'80%, e ammettendo la partecipazione di capitale privato quando esso non comporti poteri di controllo o di veto, e non influisca in modo determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative della società pubblica).

## **10. L'organismo di diritto pubblico e l'impresa pubblica**

### **10.1. Osservazioni generali e fonti normative**

Tra le amministrazioni aggiudicatrici, tenute all'osservanza della normativa comunitaria sulla scelta del contraente, rientra l'organismo di diritto pubblico [per maggiori approfondimenti sull'organismo di diritto pubblico v. CHITI (44), 85 ss.; COLOMBARI (46), 1144-1152, nota a C. giust. CE, V, 22.5.2003 C-18/2001; CARINGELLA (33), 695-731; CASALINI (36); GAROFOLI (94), 60-91].

Si tratta di nozione contenuta nelle **direttive comunitarie** sui pubblici appalti, e **recepita dal diritto interno**.

Sia per gli appalti di lavori, che per quelli di servizi e forniture, che per quelli nei settori esclusi, tra le amministrazioni aggiudicatrici rientra l'organismo di diritto pubblico.

È organismo di diritto pubblico (già secondo l'art. 3, c. 26, d.lgs. n. 163/2006 (e la definizione viene ribadita dalle nuove direttive 23, 24 e 25 del 2014 e dall'art. 3, c. 1, lett. d) d.lgs. n. 50/2016) "qualsiasi organismo, anche in forma societaria:

- istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale;
- dotato di personalità giuridica;
- la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al **controllo** di questi ultimi oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico".

Il d.lgs. n. 163/2006 non ha modificato la nozione di **organismo di diritto pubblico** vigente in precedenza, limitandosi a sancire che l'organismo di diritto pubblico può anche avere veste societaria, ma ne ha esteso la rilevanza anche agli appalti sotto soglia.

La qualificazione di un ente in termini di organismo di diritto pubblico rileva ai fini del riparto di giurisdizione tra giudice amministrativo e ordinario, e viene pertanto sotto tale angolazione esaminata nei paragrafi che seguono [sulle implicazioni in ordine alla giurisdizione, derivanti dalla nozione di organismo di diritto pubblico, v. GAROFOLI (91), 960 ss.; SANTORO (204), 167 ss.; SANDULLI (201), 1194].

## **10.2. L'elaborazione della giurisprudenza comunitaria sull'organismo di diritto pubblico**

Secondo le direttive comunitarie in materia di pubblici appalti, il cui significato è stato chiarito dalla C. giust. UE, l'organismo di diritto pubblico si connota per tre elementi:

- la personalità giuridica;
- l'istituzione in vista del soddisfacimento di bisogni di interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale;
- la sottoposizione ad un'influenza pubblica, che si ha, alternativamente e non cumulativamente, quando l'attività dell'organismo è finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti locali o da organismi di diritto pubblico, o quando la sua gestione è soggetta al controllo di questi ultimi, o quando l'organo di amministrazione, di direzione, di vigilanza è costituito da membri più della metà dei quali è designata dallo Stato, dagli enti locali o dagli organismi di diritto pubblico.

Secondo il costante insegnamento del giudice comunitario tali tre **elementi** devono essere **compresenti**, sicché in assenza di una sola di tali tre condizioni, un organismo non può essere considerato di diritto pubblico, e dunque amministrazione aggiudicatrice [C. giust. CE, 15.1.1998 C-44/96, *Mannesmann Anlagenbau Austria*, in *FI* 1998, IV, 133, nt. GAROFOLI; *GDA* 1998, 437 (m), nt. GUCCIONE; *GD* 1998, fasc. 5, 101, nt. CARUSO; *RIDPCom* 1998, 725; *UA* 1998, 431, nt. VIVANI; Id., 10.11.1998 C-360/1996, *Bfi Holding*, in *DPAm* 1998, 189 (m), nt. GOISIS; *EDP* 1999, 913, nt. DI MAJO; *FI* 1999, IV, 139, nt. SCOTTI; *GDA* 1999, 316, nt. NIZZO; *GI* 1999, 394, nt. MAMELI; *RIDPCom* 1999, 157; *RTA* 1998, 715, nt. CASTELLANETA; *TR* 1998, 995, nt. MANCINI; *UA* 1999, 83, nt. CHITI; Id., V, 10.5.2001 C-223/1999 e, C-260/1999, in *European Legal Forum*, 2000, 403; *FI* 2001, IV, 294; *GDA* 2001, 899, nt. CHITI; *GD* 2001, fasc. 20, 108, nt. RICCIO;

*RIDPCom* 2001, 179; *UA* 2001, 977, nt. MAMELI, che ha escluso la natura di organismo di diritto pubblico in capo all'*Ente Fiera di Milano*; Id., 15.5.2003 C-214/2000; Id., V, 22.5.2003 C-18/2001, *Taitotalo Oy*].

La nozione di organismo pubblico deve essere “**estensivamente intesa**” [C. giust. CE, V, 27.2.2003 C-373/2000] e “il carattere di diritto privato di un organismo” non è di per sé solo idoneo a escluderne la natura di diritto pubblico [C. giust. CE, VI, 15.5.2003 C-214/2000].

La C. giust. ha osservato che le direttive comunitarie operano una distinzione tra i bisogni di interesse generale aventi **carattere non industriale o commerciale**, da un lato, e i bisogni di interesse generale aventi **carattere commerciale o industriale**, dall'altro [C. giust. CE, 10.11.1998 C-360/1996, *BFI Holding*, punto 36; C. giust. CE, V, 10.5.2001 C-223/1999 e, C-260/1999, *Ente Fiera di Milano*, punto 32].

I bisogni non aventi carattere commerciale o industriale sono quelli che sono soddisfatti in modo diverso dall'offerta di beni o servizi sul mercato, e sono quei bisogni che lo Stato preferisce soddisfare o direttamente, o attraverso altri soggetti nei confronti dei quali intende mantenere un'influenza dominante [C. giust. CE, 10.11.1998 C-360/1996, *BFI Holding*, punti 50 e 51; C. giust. CE, V, 10.5.2001 C-223/1999 e, C-260/1999, *Ente Fiera di Milano*, rispettivamente punto 37 e punto 50].

Nel procedere ad una **verifica** in ordine alla sussistenza o meno del requisito in esame occorre, pertanto, prima verificare se l'attività dell'ente soddisfi effettivamente bisogni di interesse generale, e successivamente determinare se tali bisogni abbiano o meno carattere commerciale o industriale [C. giust. CE, V, 22.5.2003 C-18/2001, *Taitotalo Oy*].

L'esistenza o l'assenza di un bisogno di interesse generale deve essere valutata tenendo conto **di tutti gli elementi di diritto e di fatto** pertinenti, quali le circostanze che hanno presieduto alla creazione dell'organismo interessato e le condizioni in cui quest'ultimo esercita la sua attività [C. giust. CE, V, 22.5.2003 C-18/2001, *Taitotalo Oy*, punto 47].

Per valutare se il bisogno sia o meno di interesse generale, e se abbia o meno carattere industriale o commerciale, secondo la C. giust. possono utilizzarsi una pluralità di parametri aventi carattere indiziario.

Anzitutto, se l'organismo esercita la propria attività in regime di concorrenza, l'esistenza della concorrenza può essere un indizio del carattere industriale o commerciale del bisogno, ma, appunto, solo un indizio [C. giust. CE, 10.11.1998 C-360/1996, *BFI Holding*, punti 48 e 49].

Invero, l'esistenza di una concorrenza articolata non consente, di per sé sola, di escludere la sussistenza di un bisogno di interesse generale non avente carattere commerciale o industriale [C. giust. CE, V, 22.5.2003 C-18/2001, *Taitotalo Oy*, punto 50; Id., 27.2.2003 C-373/2000, punti 59-61; Id., V, 10.5.2001 C-260/1999, punto 61].

Per converso, l'**assenza di un mercato di beni e servizi**, in relazione a compiti di ordine pubblico assunti dallo Stato, fa escludere il carattere commerciale o

industriale (nella specie, si è qualificata come organismo di diritto pubblico una società costituita dallo Stato allo scopo di eseguire programmi e attività nell'ambito del piano di chiusura e creazione di centri penitenziari, al fine dell'attuazione della politica penitenziaria dello Stato spagnolo) [C. giust. CE, VI, 16.10.2003 C-283/00, in *UA* 2004, 647, nt. CERBO (40)].

In secondo luogo, al fine della qualificazione di un ente come organismo di diritto pubblico non è necessario che l'ente abbia in via esclusiva o prevalente lo scopo di soddisfare bisogni di interesse generale non aventi carattere commerciale o industriale, ben potendo perseguire, oltre che tale scopo, anche (se del caso in via prevalente) quello di soddisfare interessi con carattere commerciale o industriale; secondo la C. giust., infatti, “lo *status* di **organismo di diritto pubblico** non dipende dall'importanza relativa, nell'attività dell'organismo medesimo, del soddisfacimento di bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale” [C. giust. CE, V, 22.5.2003 C-18/2001, *Taitotalo Oy*, punto 58; Id., 27.2.2003 C-373/2000, punto 56; Id., 15.1.1998 C-44/96, *Mannesmann Anlagenbau Austria*, punti 25, 26, 31-34; Id., 10.11.1998 C-360/1996, *BFI Holding*, punti 55-56; Id., V, 10.5.2001 C-260/1999, punto 56].

In particolare, osserva la Corte che la condizione posta dalla direttiva, “secondo cui l'organismo deve essere stato istituito per soddisfare “specificatamente” bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale non implica che esso sia incaricato unicamente di soddisfare bisogni del genere” [C. giust. CE, 15.1.1998 C-44/96, *Mannesmann Anlagenbau Austria*, punto 26], e dunque l'ente è da qualificare organismo di diritto pubblico anche se “la soddisfazione dei bisogni di interesse generale costituisce solo una parte relativamente poco rilevante delle **attività effettivamente svolte**” dall'ente [C. giust. CE, 15.1.1998 C-44/96, *Mannesmann Anlagenbau Austria*, punto 25].

Ne consegue, nel ragionamento della Corte, che un ente va qualificato organismo di diritto pubblico, con conseguente soggezione al diritto comunitario degli appalti, anche se svolge **attività promiscue e molteplici**, vale a dire sia attività volte a soddisfare un bisogno di interesse generale di carattere non commerciale o industriale, sia attività con tale carattere: *semel* organismo, *semper* organismo [C. giust. CE, IV, 10.4.2008 C-393/06, in *FI* 2008, V, nt. PAOLA].

E, tanto, per esigenze di certezza [C. giust. CE, 15.1.1998 C-44/96, *Mannesmann Anlagenbau Austria*, punti 31-34].

In sostanza la Corte di giustizia, ha optato per la tesi del “*semel... semper*” secondo cui, una volta acclarata la qualificabilità dell'ente come organismo di diritto pubblico, deve sempre ritenersi dovuto il rispetto della normativa comunitaria in tema di appalti, non solo per le attività volte a soddisfare un bisogno generale di carattere non commerciale o industriale, ma anche per le eventuali ulteriori attività propriamente commerciali o industriali.

In terzo luogo, il carattere industriale o commerciale trova la sua conferma nell'assumere, l'ente, il rischio dell'attività svolta e dunque le perdite connesse. Se, invece, vi è una pubblica amministrazione che finanzia la attività, e interviene a



ripiarne le eventuali perdite, l'attività, pur avendo in astratto finalità di profitto, non ha carattere commerciale o industriale [C. giust. CE, V, 22.5.2003 C-18/2001, *Taitotalo Oy*, punti 51-54; Id., 16.10.2003 C-428/2000, *Commissione c. Regno di Spagna*].

Spetta in ogni caso al giudice nazionale, "il solo a possedere una conoscenza approfondita del fascicolo, valutare le circostanze all'origine della costituzione di tale organismo e le condizioni in cui quest'ultimo esercita la propria attività, tra cui, in particolare, il **perseguimento di uno scopo di lucro** e l'assunzione dei rischi connessi alla sua attività" [C. giust. CE, V, 22.5.2003 C-18/2001, *Taitotalo Oy*, punto 56].

### **10.3. L'elaborazione della giurisprudenza nazionale sull'organismo di diritto pubblico**

La giurisprudenza nazionale ha più volte fatto applicazione della nozione di organismo di diritto pubblico, al fine di individuare i soggetti obbligati a seguire le procedure di evidenza pubblica, e conseguentemente il giudice avente giurisdizione sui relativi appalti.

È stata riconosciuta la natura di organismo di diritto pubblico ai seguenti enti:

- una **società per azioni a partecipazione totale pubblica** - nel caso in questione l'**Interporto toscano s.p.a.** - in sede di gara indetta per l'affidamento di lavori (costruzione di edifici) [Cons. St., VI, 28.10.1998 n. 1478, in *CG* 1999, 94 nt. DE NICTOLIS (60); *FI* 1999, III, 178, nt. GAROFOLI (93); *GDA* 1999, 209, nt. GUCCIONE; *GI* 1999, 1537 (m), nt. CANNADA BARTOLI; *Ndir.*, 1999, 311 (m), nt. BOCCIA NERI; *UA* 1999, 71, nt. CHITI (44)];

- la **SOGEI** (società di gestione del sistema informativo del Ministero delle finanze) [Cons. St., III, 11.4.2000 n. 588/2000, in *FI* 2002, III, 427, nt. PAOLA (164)];

- **Poste italiane s.p.a.**, quale società di diritto speciale [Cons. St., VI, 2.3.2001 n. 1206, in *GDA* 2001, 912, nt. PASQUINI; *UA* 2001, 632, nt. GAROFOLI; *FI* 2002, III, 425, nt. PAOLA (164); Id., VI, 24.5.2002 n. 2855];

- **Ferrovie dello Stato s.p.a.** [Cons. St., VI, 24.9.2001 n. 5007, in *GD* 2001, fasc. 40, 88, nt. CARUSO];

- con qualche oscillazione, a **Grandi Stazioni s.p.a.** [**in senso negativo** Cons. St., V, 6.10.2003 n. 5902, in *CdS* 2003, I, 2129, nt. ANTONUCCI (6), confermata da Cass., sez. un., 4.5.2006 n. 10218; **in senso affermativo** Cons. St., VI, 22.1.2004 n. 167, ord.; nel senso che si tratta, comunque, di impresa pubblica, Cons. St., ad. plen. 23.7.2004 n. 9, in *UA* 2004, 1297, nt. GIOVANNELLI (105); *FI* 2005, III, 318, nt. PAOLA];

- la **Società struttura Valle d'Aosta s.r.l.** [Cons. St., V, 10.4.2000 n. 2078, in *GD* 2000, fasc. 22, 95, nt. STANIZZI; *UA* 2000, 528, nt. CARINGELLA (30)];

- la **società per l'imprenditoria giovanile** [Cons. St., VI, 22.1.2001 n. 192, in *GD* 2001, fasc. 7, 79, nt. Toschei];

- alla società Autovie Venete s.p.a., società finalizzata alla costruzione e gestione di autostrade, a totale capitale pubblico [Cons. St., VI, 7.6.2001 n. 3090, in *GDA* 2001,

906, nt. GUCCIONE; *GDA* 2001, 915, nt. PASQUINI; *GD* 2001, fasc. 25, 73, nt. TOSCHEI; *FI* 2002, III, 423];

- **Italferr s.p.a.**, società costituita da Ferrovie dello Stato s.p.a. per fornire servizi di progettazione [Cons. St., VI, 24.9.2001 n. 5007];

- gli **enti gestori di forme di previdenza obbligatoria** e, segnatamente, a Casse nazionali, ancorché trasformati in persone giuridiche private in virtù del d.lgs. n. 509/1994, con conseguente giurisdizione del g.a. sulle controversie relative a procedure di affidamento di appalti [Cass., sez. un., 8.6.2007 n. 13398, in *UA* 2007, 1351, nt. PONZIO (175)];

- le **Casse nazionali di previdenza e assistenza in favore di professionisti** (nella specie, dottori commercialisti [Cons. St., VI, 23.1.2006 n. 182, in *FI* 2006, III, 201, nt. richiami e nt. CARBONE (29), confermata da Cass., sez. un., 8.6.2007 n. 13398, in *FI* 2007, I, 3087, nt. richiami];

- l'**Ente Nazionale Risi** [Cons. St., VI, 19.5.2008 n. 2279, in *FI* 2009, III, 217, con nota redazionale];

- la **RAI Radiotelevisione italiana**, in base alla considerazione che solo gli appalti specificamente relativi a servizi di radiodiffusione e televisione si sottraggono alle procedure di evidenza pubblica, mentre gli altri appalti, quale quello inerente il servizio di vigilanza delle sedi, devono seguire le procedure di evidenza pubblica, con conseguente giurisdizione del g.a. [Cass., sez. un., 23.4.2008 n. 10443, in *UA* 2008, 1083, nt. LAMBERTI (115); Id., 22.12.2011 n. 28329];

- la **Gesip s.p.a.** società mista, interamente partecipata da enti pubblici ed, in particolare, dal Comune di Palermo e dalla Italia Lavoro s.p.a., avente per oggetto sociale l'erogazione di servizi in favore del Comune di Palermo, per il quale svolge le attività di custodia e pulizia degli immobili comunali [Cass., sez. un., 9.5.2011 n. 10068; Cons. giust. sic., 4.2.2010 n. 116];

- un **Gruppo europeo di interesse economico** costituito da due società da qualificarsi a loro volta come organismi di diritto pubblico, e segnatamente la **società italiana e quella francese costituite per il traforo del Monte Bianco** [Cons. St., VI, 30.6.2011 n. 3892];

- **aziende speciali costituite dalla Camere di commercio**, in base al rilievo che se la camera di commercio può inquadrarsi tra gli organismi di diritto pubblico, anche gli organi che ne sono emanazione devono seguire le relative regole, non potendo ammettersi che un organismo di diritto pubblico possa dismettere la sua veste semplicemente dando vita ad altre entità per perseguire la sua missione istituzionale [Cons. St., VI, 24.11.2011 n. 6211];

- **Cassa depositi e prestiti s.p.a.** [Cons. St., comm. spec., 7.11.2012 n. 8178/12];

- le **fondazioni bancarie**, se in concreto in possesso dei tre requisiti richiesti dall'ordinamento comunitario, senza che la loro natura giuridica privata possa ostacolare tale qualificazione [Cons. St., sez. affari normativi, 13.1.2003 n. 4751/2002]; tuttavia con recente intervento normativo (art. 1, c. 10-ter, d.l. n. 162/2008 conv. in l. n. 201/2008) le fondazioni bancarie sono state escluse dal novero degli organismi di diritto pubblico. Si è statuito che ai fini dell'applicazione del codice non rientrano negli elenchi degli organismi e delle categorie di organismi

di diritto pubblico gli enti di cui al d.lgs. 17.5.1999 n. 153, e gli enti trasformati in associazioni o in fondazioni, sotto la condizione di non usufruire di finanziamenti pubblici o altri ausili pubblici di carattere finanziario, di cui all'art. 1, d.lgs. 30.6.1994, n. 509, e di cui al d.lgs. 10.2.1996, n. 103, fatte salve le misure di pubblicità sugli appalti di lavori, servizi e forniture;

- le **fondazioni di enti locali o di amministrazioni statali**, sottoposte, in forza di previsione dello statuto, a controlli pubblicistici, il cui consiglio di amministrazione è nominato dagli enti in cui operano, sono finanziate dagli enti pubblici; svolgono attività finalizzata alla soddisfazione di esigenze di interesse generale [Cons. St., VI, 3.6.2014 n. 2843 con riferimento a una fondazione Onlus; Cons. St., VI, 23.12.2013 n. 6185 con riferimento all'Enasarco controllata dal Ministero del Lavoro];

- la **fondazione Accademia nazionale di Santa Cecilia**, in quanto soggetto dotato di personalità giuridica, ricompreso tra "gli enti culturali e di promozione artistica" [Cass., sez. un., 8.2.2006 n. 2637, ord., in *FI* 2006, I, 1739, nt. RORDORF, PAOLA, DALFINO];

- la fondazione Carnevale di Venezia [Cons. St., V, 12.10.2010 n. 7393] e la fondazione Carnevale di Viareggio [Cass., sez. un., 7.7.2011 n. 14958];

- la fondazione Biennale di Venezia [Cons. St., VI, 8.5.2014 n. 2362].

#### **10.4. Enti per i quali è stata esclusa la natura di organismo di diritto pubblico**

Viene in genere esclusa la natura di o.d.p. per enti fieristici e enti sagra.

Sia la Corte di cassazione a sez. un. che parte della giurisprudenza amministrativa hanno escluso la natura di organismo di diritto pubblico dell'**Ente Fiera internazionale di Milano**, e hanno ritenuto tale Ente sottratto alla disciplina sugli appalti pubblici, e conseguentemente alla giurisdizione del giudice amministrativo [Cass., sez. un., 4.4.2000 n. 97, in *DPS* 2000, fasc. 11, 59, con note di TAMOS, VACCARO BELLUSCIO; *GDA* 2000, 549, nt. CASSESE; *GD* 2000, fasc. 18, 40, nt. MEZZACAPO; *UA* 2000, 718, nt. MAMELI; *FI* 2001, I, 612, nt. PERUGGIA; Cons. St., VI, 16.9.1998 n. 1267, in *GD* 1998, fasc. 40, 87, nt. MEZZACAPO; *RAA* 1998, 123, nt. MASCOLINI; *DCSI* 1999, 101, nt. CAPELLI; *FI* 1999, III, 180; *GDA* 1999, 17, nt. PASQUINI].

Tale soluzione del giudice nazionale ha trovato il conforto del giudice comunitario, che del pari ha escluso che l'Ente Fiera di Milano sia organismo di diritto pubblico [C. giust. CE, V, 10.5.2001 C-223/1999 e, C-260/1999].

Anche in relazione all'**Ente autonomo Fiera del Levante**, in adesione a tale orientamento, si è esclusa la natura di organismo di diritto pubblico [Cons. St., VI, 29.4.2008 n. 1913, in *FI* 2009, III, 217, nt. richiami; Id., VI, 9.7.2012 n. 4025].

Analogo ragionamento è stato fatto per la **società Fiera di Galatina e del Salento** in quanto all'attività fieristica viene riconosciuta natura sostanzialmente commerciale, essendo preordinata alla promozione ed alla vendita di beni e servizi [Cons. St., VI, 9.6.2008 n. 2764, in *FI* 2009, III, 217, nt. richiami].

La natura pubblicistica è stata esclusa per l'ente sagra dell'uva di Marino [Cass.,

sez. un., 1.8.2012 n. 13792].

Si è esclusa la qualificazione come organismo di diritto pubblico del **comitato organizzatore del XX giochi olimpici invernali di Torino 2006**, perché, pur essendo dotato di personalità giuridica e sottoposto a controllo pubblico, è stato istituito per finalità di carattere industriale e commerciale e non per soddisfare specificamente finalità di interesse generale [Tar Piemonte, II, 3.3.2004 n. 362, in *UA* 2004, 961, nt. VERZARO (236)].

Anche per gli **enti ecclesiastici civilmente riconosciuti** è stata esclusa la natura di organismo di diritto pubblico [Cass., sez. un., 20.3.2009 n. 6771; Cons. St., V, 7.11.2006 n. 6537], nonché per le società consortili con partecipazione maggioritaria di capitale pubblico per la costruzione e gestione dei centri agroalimentari di interesse regionale e provinciale *ex art.* 11, c. 16, l. n. 41/1986 [Cass., sez. un., 7.4.2010 n. 8225].

È stata esclusa la natura di organismo di diritto pubblico dell'**ENI-Ente nazionale idrocarburi s.p.a.**, da qualificarsi invece come impresa pubblica, con la conseguenza che tale Ente soggiace alla disciplina dei settori speciali e non anche a quella dei settori ordinari, e che gli appalti di tale Ente estranei ai settori speciali, ricadono nel diritto privato e nella giurisdizione del giudice ordinario [Cons. St., ad. plen., 1.8.2011 n. 16].

È stata esclusa la natura di o.d.p. per **fondazioni di enti locali** che svolgano attività economica, finanziata con le rette degli utenti, eventualmente integrate dal comune di ultima residenza, ed i cui consiglieri di amministrazione siano nominati dal sindaco (e non dal comune), con esclusione, per previsione statutaria, di ogni rappresentanza [Cass., sez. un., 7.4.2014 n. 8051].

## **11. Le imprese pubbliche operanti nei settori speciali**

Per le imprese pubbliche operanti nei settori speciali si è posta la questione se siano o meno soggette all'osservanza del codice appalti, e conseguentemente alla giurisdizione del giudice amministrativo, in caso di affidamento di **appalti estranei ai settori speciali**.

La questione ha avuto risposta negativa, da parte della plenaria [Cons. St., ad. plen., 1.8.2011 n. 16], sulla scorta dei seguenti argomenti:

a) le imprese pubbliche sono "soggetti" dei settori speciali, ma non anche dei settori ordinari (artt. 207 e 32, d.lgs. n. 163/2006);

b) il diritto comunitario ha delimitato in modo rigoroso non solo l'ambito soggettivo dei settori speciali (art. 207, d.lgs. n. 163/2006; artt. 2 e 8, direttiva 2004/17/CE), ma anche quello oggettivo, descrivendo in dettaglio l'ambito di ciascun settore speciale;

c) la stessa giurisprudenza comunitaria afferma che le previsioni della direttiva 2004/17/CE devono essere applicate restrittivamente, con conseguente inapplicabilità della c.d. teoria del contagio di cui alla giurisprudenza *Mannesman* [C. giust. CE 15.1.1998 C-44/96], che estende il regime applicabile all'organismo di

diritto pubblico a tutti i suoi appalti [C. giust. CE 10.4.2008 C-393/06, *Aigner*, parr. 26, 27, 30];

d) ai sensi dell'art. 217, d.lgs. n. 163/2006 (che riproduce fedelmente l'art. 20, direttiva 2004/17/CE), la disciplina dei settori speciali non si applica agli appalti che gli **enti aggiudicatori** aggiudicano per scopi diversi dall'esercizio delle loro attività di cui agli articoli da 208 a 213 o per l'esercizio di tali attività in un Paese terzo, in circostanze che non comportino lo sfruttamento materiale di una rete o di un'area geografica all'interno della Comunità; se ne desume che l'assoggettabilità dell'affidamento di un servizio alla disciplina dettata per i settori speciali non può essere desunta sulla base di un criterio solo soggettivo, relativo cioè al fatto che ad affidare l'appalto sia un ente operante nei settori speciali, ma anche in applicazione di un parametro di tipo oggettivo, attento alla riferibilità del servizio all'attività speciale [in termini anche Cons. St., VI, 13.5.2011 n. 2919];

e) acclarato che un dato appalto è processo è "**escluso**" dall'ambito di applicazione dei **settori speciali**, per la individuazione della disciplina ad esso applicabile, sono in astratto possibili quattro soluzioni: (i) applicazione della disciplina dei settori ordinari; (ii) applicazione dell'art. 27, d.lgs. n. 163/2006; (iii) applicazione dei principi a tutela della concorrenza contenuti nei Trattati dell'Unione europea; (iv) applicazione del diritto privato;

f) per le imprese pubbliche, un appalto, escluso dai settori speciali, non ricade nella disciplina dei settori ordinari, dovendosi differenziare, nel novero degli enti aggiudicatori, le amministrazioni aggiudicatrici e le imprese pubbliche; nel caso di amministrazioni aggiudicatrici, che sono **soggetti di diritto pubblico**, non vi sono ostacoli ad ammettere che, per i loro appalti estranei ai settori speciali, si riespande l'applicazione della disciplina degli appalti dei settori ordinari [come si argomenta dalla C. giust. CE 10.4.2008 C-393/06, *Aigner*, che, esclusa in un caso l'applicazione della disciplina dei settori speciali, ha ritenuto applicabile quella dei settori ordinari in quanto la stazione appaltante poteva essere qualificata come organismo di diritto pubblico]; diversamente, nel caso delle imprese pubbliche, che sono enti aggiudicatori nei settori speciali (art. 2, direttiva 2004/17/CE), ma non sono contemplati tra le amministrazioni aggiudicatrici nei settori ordinari (artt. 1 e 2, direttiva 2004/18/CE), per gli appalti "estranei", aggiudicati per scopi diversi dalle loro attività nei settori speciali (art. 20, direttiva 2004/17/CE), la sottrazione alla direttiva 2004/17/CE non comporta l'espansione della direttiva 2004/18/CE, ma piuttosto la sottrazione ad entrambe le direttive comunitarie;

g) nemmeno è applicabile l'art. 27, d.lgs. n. 163/2006, che enuncia i principi applicabili ai **contratti esclusi**, in tutto o in parte, dall'ambito di applicazione del **codice appalti**, per due ordini di considerazioni:

g.1) una di ordine soggettivo, ed è che l'art. 27 citato estende i principi ai "contratti esclusi, in tutto o in parte, dall'ambito di applicazione *oggettiva* del presente codice"; l'applicazione dei principi ai contratti esclusi dal codice, postula dunque che si tratti di contratti posti in essere dai soggetti contemplati dal codice, e dunque rientranti nell'ambito di applicazione soggettiva del codice e del diritto comunitario; sarebbe infatti sproporzionato imporre l'applicazione di principi di evidenza

pubblica a soggetti del tutto estranei all'ambito del codice, e dunque ad appalti retti dal diritto privato;

g.2) una di ordine oggettivo, ed è che nel novero dei contratti esclusi occorre distinguere tra **contratti “esenti”** e contratti affatto “estranei”; i principi si applicano ai contratti esenti, non anche a quelli estranei;

h) in definitiva, il citato art. 27 non contempla un “terzo settore” dei pubblici appalti, quelli “esclusi in tutto o in parte”, che si aggiunge ai settori ordinari e ai settori speciali, ma si riconnette pur sempre agli appalti dei settori ordinari o speciali, e ai soggetti appaltanti di tali settori.

### 3

In termini analoghi si sono pronunciate le sez. un. con riferimento a **Poste Italiane s.p.a.**, avuto riguardo ad **appalti estranei alla sua specifica missione** nei settori speciali. Si è osservato che in relazione alla gara di appalto per la fornitura di distributori automatici di banconote afferente all'acquisizione di mezzi per lo svolgimento dell'attività di pagamento e trasferimento di denaro, Poste Italiane opera in regime di libera impresa, trattandosi di un servizio liberalizzato; ne consegue che, in quest'ambito, la società Poste Italiane non può essere qualificata come ente aggiudicatore o come organismo di diritto pubblico soggetto alla disciplina del codice dei contratti pubblici, l'obbligo di seguire l'evidenza pubblica sussistendo solo per gli appalti aggiudicati per lo svolgimento dei servizi postali in senso stretto, cioè non (del tutto) liberalizzati (e ciò fino a quando non sarà completato il processo di liberalizzazione dei servizi postali *tout court*, cui è indirizzata la direttiva 2008/6/CE, recepita con il d.lgs. 31.3.2011 n. 58). Ed invero, in presenza di un soggetto di diritto privato che per alcune attività da esso svolte usufruisce di una posizione che potrebbe influire sulle regole della concorrenza, perché opera in uno dei settori speciali in virtù di diritti speciali o esclusi concessi dall'autorità competente, le regole dell'evidenza pubblica non possono che essere rigorosamente limitate a quelle attività direttamente interessate dalla esistenza di diritti speciali o esclusivi, dovendosi invece presumere che le residue attività del detto soggetto di diritto privato vengano svolte nelle forme ad esso proprie del diritto comune. Né può costituire ostacolo alla giurisdizione del giudice ordinario la circostanza che Poste Italiane abbia volontariamente fatto ricorso ad alcune delle regole previste dal codice degli appalti, perché la sottoposizione al regime pubblicistico deriva dall'esistenza di un vincolo eteronomo, non dalla dichiarazione della stazione appaltante [Cass., sez. un., 29.5.2012 n. 8511].

## **12. La giurisdizione sugli atti dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici (a partire dal d.l. n. 90/2014, ANAC)**

### **12.1. L'evoluzione normativa**

Nell'ordinamento vigente sono molteplici le Autorità indipendenti, ciascuna connotata da una disciplina propria e peculiare.

Parallelamente, non esiste un **regime processuale unitario** in relazione al regime di impugnazione degli atti delle Autorità indipendenti, in quanto talora la giurisdizione è affidata al giudice ordinario o amministrativo secondo il tradizionale criterio di riparto, a seconda che si controverta di **diritti soggettivi** o di **interessi legittimi**, mentre in altri casi sono previste ipotesi di giurisdizione esclusiva o del giudice amministrativo o del giudice ordinario.

La tendenza dell'ordinamento è comunque nel senso di prevedere la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sui provvedimenti delle Autorità indipendenti, in abbinamento con la regola generale che estende a tali provvedimenti il rito speciale di cui all'art. 119 c.p.a. (già art. 23-bis, l. Tar) e la competenza territoriale del Tar di Roma.

Ne era un esempio anche il d.lgs. n. 152/2006, che, nell'istituire l'Autorità per la vigilanza sulle risorse idriche e sui rifiuti, stabiliva la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in relazione ai ricorsi avverso atti e provvedimenti di tale Autorità (art. 160, c. 4), ma tale Autorità è stata in prosieguo soppressa dal d.lgs. 8.11.2006 n. 284.

Ma si tratta solo di una tendenza, per ora non sistematizzata e non ridotta ad unità.

Inoltre, nell'ambito del codice del processo amministrativo, non vi è un perfetto parallelismo tra **norme sulla giurisdizione e norme sul rito**, e segnatamente tra gli artt. 133, 134, 135, 119 e 120 c.p.a.

In particolare, l'art. 133, c. 1, lett. 1), c.p.a. prevede la **giurisdizione esclusiva** del giudice amministrativo sui provvedimenti, inclusi quelli sanzionatori, ed esclusi quelli relativi al rapporto di pubblico impiego privatizzato, di alcune Autorità amministrative che sono elencate nominativamente. Si tratta di Autorità che *di solito* vengono da dottrina e giurisprudenza ascritte al novero delle Autorità indipendenti, ma non si tratta comunque di tutte le Autorità indipendenti esistenti nel vigente ordinamento, a causa della tecnica normativa di individuarle **nominativamente, e non quale *genus***.

Sempre in punto di giurisdizione, l'art. 134, c. 1, lett. c) c.p.a., con una diversa tecnica normativa, attribuisce al g.a. **una giurisdizione di merito** su "le sanzioni pecuniarie la cui contestazione è devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo, comprese quelle applicate dalle Autorità amministrative indipendenti (...)".

A sua volta l'art. 119, c. 1, lett. b), c.p.a., e prevede il rito processuale abbreviato su "*i provvedimenti adottati dalle Autorità amministrative indipendenti, con esclusione di quelli relativi al rapporto di servizio con i propri dipendenti*".

Come si vede, gli artt. 134 e 119 a differenza dell'art. 133, fanno riferimento al *genus* "Autorità indipendenti" e non a un elenco nominativo di esse.

Pertanto, il rito abbreviato si applica ogni qualvolta il g.a. abbia giurisdizione su una Autorità indipendente, vi sia o meno la giurisdizione esclusiva ex art. 133, lett. 1).

Infine, l'art. 135, c. 1, lett. c) c.p.a. attribuisce la competenza al Tar Lazio – Roma, sui provvedimenti delle Autorità menzionate nell'art. 133, lett. 1), ma non di tutte le Autorità indipendenti.

Non vi è dunque perfetta coincidenza tra ambito di giurisdizione, rito, e competenza del Tar Lazio sulle Autorità indipendenti.

## 2

Non ci sono regole generali, ma **regole specifiche per le singole Autorità**:

- sicché, per talune Autorità, come quella della *privacy*, la giurisdizione è attribuita al giudice ordinario (d.lgs. n. 196/2003);
- per talune Autorità, in passato, la giurisdizione esclusiva riguardava solo talune tipologie di provvedimenti (così, per l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, cui è subentrata l'ANAC).

In talune ipotesi, poi, nei settori cui sono preposte le **Autorità indipendenti** sono possibili anche provvedimenti ministeriali, e ad essi viene estesa la giurisdizione esclusiva prevista per gli atti delle Autorità.

L'art. 133, c. 1, lett. l), c.p.a., attribuisce alla giurisdizione esclusiva i provvedimenti, compresi quelli sanzionatori, ed esclusi quelli relativi al rapporto di pubblico impiego privatizzato, di **talune Autorità** espressamente menzionate, senza peraltro qualificare espressamente tali Autorità come indipendenti. Vengono menzionate le seguenti Autorità:

- Banca d'Italia;
- Consob;
- Autorità garante della concorrenza e del mercato;
- Autorità per le garanzie nelle comunicazioni;
- Autorità per l'energia elettrica e il gas;
- altre Autorità per i servizi di pubblica utilità che siano istituite ai sensi della l. n. 481/1995;
- Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (cui ora è subentrata l'ANAC);
- Commissione di vigilanza sui fondi pensione;
- Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità della pubblica amministrazione;
- Isvap, ivi comprese le controversie derivanti dai ricorsi avverso gli atti che applicano le sanzioni ai sensi dell'art. 326, d.lgs. 7.9.2005 n. 209.

La giurisdizione sulle sanzioni irrogate da Consob e Banca d'Italia è stata però espunta da due interventi della Corte costituzionale.

La Corte cost., con sentenza 27.6.2012 n. 162 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 133, c. 1, lett. l), 135, c. 1, lett. c), e 134, c. 1, lett. c), c.p.a., nella parte in cui attribuiscono alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo con cognizione estesa al merito e alla competenza funzionale del Tar Lazio - sede di Roma, le controversie in materia di sanzioni irrogate dalla Commissione nazionale per le società e la borsa (Consob), e dell'art. 4, c. 1, n. 19), dell'allegato numero 4 al c.p.a.

La previsione è stata espunta espressamente dalla giurisdizione esclusiva e dalla competenza del Tar Lazio - Roma con il secondo d.lgs. correttivo n. 160/2012.

La disposizione del citato art. 133 si applica solo alle Autorità in essa espressamente



menzionate, e non alla intera categoria delle Autorità indipendenti, con la conseguenza che la giurisdizione esclusiva, e il rito abbreviato, non si applicano ad atti di Autorità indipendenti che non rientrano nell'elencazione.

Si noti che tra le Autorità indipendenti elencate nell'art. 133, c. 1, lett. 1), non è menzionata l'ANAC, autorità nazionale anticorruzione (istituita dall'art. 13 d.lgs. n. 150/2009 con la denominazione di Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche, e poi ridenominata Autorità nazionale anticorruzione e per la valutazione e la trasparenza delle amministrazioni pubbliche (A.N.A.C.) dall'art. 5, c. 3, d.l. n. 101/2013 conv. in l. n. 125/2013). Ma essa è subentrata anche alle competenze della soppressa Autorità di vigilanza sui contratti pubblici.

Se ne desume che sui provvedimenti dell'ANAC nelle materie già di competenza dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, la giurisdizione del g.a. è esclusiva, sugli altri provvedimenti, vale il criterio di riparto diritti soggettivi - interessi legittimi, con una giurisdizione di sola legittimità.

Il disallineamento tra norme sulla giurisdizione e sul rito si coglie, in particolare, per l'ANAC che cumula le funzioni di **Autorità di vigilanza sui contratti pubblici** (art. 19 d.l. n. 90/2014 e art. 213 d.lgs. n. 50/2016) e di **Autorità nazionale anticorruzione** (art. 13, d.lgs. n. 150/2009; art. 1, l. n. 190/2012; art. 19, d.l. n. 90/2014).

**Infatti:**

a) l'art. 133, c. 1, lett. 1), c.p.a. prevede la giurisdizione esclusiva sui provvedimenti dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, ma non su quelli dell'Autorità nazionale anticorruzione;

b) l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici è stata **soppressa** nel 2014 e le sue competenze sono state attribuite all'ANAC (art. 19, c. 1, d.l. n. 90/2014);

c) l'ANAC è stata **espressamente qualificata** dalla legge come **Autorità amministrativa indipendente** (art. 22, d.l. n. 90/2014);

d) non è stato novellato l'art. 133, c. 1, lett. 1) c.p.a.;

e) per l'effetto:

(i) il g.a. ha **giurisdizione esclusiva** sugli atti che l'ANAC adotta nell'ambito delle competenze di Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, mentre ha **giurisdizione di sola legittimità** sui provvedimenti che l'ANAC adotta quale Autorità nazionale anticorruzione e sempre che la giurisdizione non sia espressamente attribuita al g.o. (v. ad es. art. 19, c. 5-bis, d.l. n. 90/2014 su alcuni provvedimenti sanzionatori dell'ANAC quale Autorità anticorruzione);

(ii) il g.a. ha anche **giurisdizione di merito** sui provvedimenti dell'ANAC quale Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, che irrogano **sanzioni pecuniarie**;

(iii) ove in ipotesi la legge attribuisse al g.a. la competenza su provvedimenti dell'ANAC quale Autorità anticorruzione che irroghino sanzioni pecuniarie, il g.a. avrebbe giurisdizione di merito ex art. 135 c.p.a.;

(iv) **a tutti i provvedimenti** dell'ANAC, sia quando agisce quale Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, sia quando agisce quale Autorità anticorruzione, che ricadano nella giurisdizione del g.a. (quale che sia il tipo di giurisdizione) si applica

il **rito abbreviato** ex art. 119 c.p.a. (con esclusione degli atti adottati nell'ambito del rapporto di pubblico impiego privatizzato);

(v) ad **alcuni provvedimenti** dell'ANAC quale Autorità di vigilanza sui contratti pubblici si applica il **rito abbreviato** ex art. 120 c.p.a. e questo accade: tutte le volte in cui i provvedimenti dell'ANAC sono impugnati in connessione con atti delle procedure di affidamento (art. 120 c. 1, c.p.a.); in alcuni casi specifici, per espressa estensione legislativa, anche in caso di impugnazione autonoma di taluni provvedimenti dell'ANAC, e segnatamente i pareri resi in sede di precontenzioso e le raccomandazioni vincolanti (art. 211, c. 1 e 2 d.lgs. n. 50/2016);

(vi) la **competenza del Tar Lazio – Roma** riguarda senz'altro i provvedimenti dell'ANAC quale Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, ma non senz'altro i provvedimenti quale Autorità nazionale anticorruzione (art. 135, c. 1, lett. c), c.p.a.).

Più in dettaglio, con il c.p.a. e con il nuovo codice dei contratti pubblici, d.lgs. n. 50/2016, la giurisdizione esclusiva sugli atti dell'ANAC quale Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, riguarda tutti i suoi provvedimenti, con esclusione di quelli relativi al rapporto di pubblico impiego privatizzato e, segnatamente:

a) **provvedimenti sanzionatori** nei confronti di operatori economici, stazioni appaltanti, SOA;

b) **atti di regolazione**, bandi tipo, capitolati tipo, linee guida, atti di regolazione flessibile (art. 213, c. 2, d.lgs. n. 50/2016);

c) **pareri su precontenzioso e raccomandazioni vincolanti** (art. 211, c. 1 e c. 2, d.lgs. n. 50/2016);

d) iscrizione, diniego di iscrizione, revoca dell'iscrizione nell'albo dei soggetti *n house* ex art. 192 d.lgs. n. 50/2016;

e) **ogni altro tipo di provvedimento dell'ANAC** previsto dal d.lgs. n. 50/2016 (v. artt. 106, c. 14 in tema di varianti; 110 in tema di avvalimento necessario; 163 c. 10 in tema di congruità dei prezzi di appalti di protezione civile; 177, c. 3, in tema di monitoraggio del rispetto degli obblighi di esternalizzazione dei concessionari, d.lgs. n. 50/2016).

Per i provvedimenti dell'ANAC quale **Autorità nazionale anticorruzione**, valgono gli ordinari criteri di riparto, e dunque la giurisdizione del g.a. è quella generale di legittimità, in caso di provvedimenti autoritativi.

L'art. **19, c. 5-bis, d.l. n. 90/2014** attribuisce al giudice ordinario la giurisdizione sui provvedimenti dell'ANAC che irrogano **sanzioni pecuniarie** in relazione all'omessa adozione dei piani triennali di prevenzione della corruzione, dei programmi triennali di trasparenza, dei codici di comportamento.

Fuori di tale ipotesi, sono da ritenere impugnabili davanti al g.a. i provvedimenti autoritativi dell'ANAC quale autorità nazionale anticorruzione, quali:

- il **piano nazionale anticorruzione** (art. 1, c. 2 e 2-bis, l. n. 190/2012);

- le **linee guida sugli obblighi di trasparenza** (art. 5-bis, d.lgs. n. 33/2013);

- gli **atti di vigilanza e cautelari in tema di inconfiribilità e incompatibilità di incarichi pubblici** (art. 16, d.lgs. n. 39/2013).

Quanto ai provvedimenti che l'ANAC adotta ai sensi **dell'art. 32, d.l. n. 90/2014**,

vale a dire le **misure straordinarie di gestione e sostegno di imprese** nell'ambito della prevenzione della corruzione, può dubitarsi se siano adottati quale Autorità anticorruzione o quale Autorità di vigilanza sui contratti pubblici. Rientrano in entrambi i casi nella giurisdizione del giudice amministrativo.

### *Nota storica*

Questo assetto è frutto di una complessa evoluzione normativa che di seguito si riassume.

L'art. 244, d.lgs. n. 163/2006 (codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, come già in precedenza l'art. 4, l. n. 109/1994) in relazione all'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture (cui è subentrata l'ANAC) contemplava la giurisdizione esclusiva solo in relazione ai provvedimenti sanzionatori da essa emessi.

Tuttavia, mentre l'art. 4, c. 7, prevedeva tale giurisdizione solo in ordine alle sanzioni nei confronti delle imprese, l'art. 244, d.lgs. n. 163/2006 la estendeva alle sanzioni nei confronti delle SOA.

Con l'art. 133, c. 1, lett. l), c.p.a., la giurisdizione esclusiva è stata estesa a tutti i provvedimenti dell'Autorità.

La giurisdizione esclusiva abbraccia, pertanto, sia le sanzioni che l'Autorità irroga nei confronti delle imprese, per violazione di obblighi informativi, sia le sanzioni che l'Autorità irroga nei confronti delle SOA (art. 6, c. 8 e 11; art. 7, c. 8; art. 40, c. 4, lett. g) e art. 40, c. 9-bis e c. 9-ter, d.lgs. n. 163/2006).

Possono essere considerati sanzionatori anche i provvedimenti di annullamento di attestazioni SOA viziate, con conseguente comprensione del relativo contenzioso nell'ambito della giurisdizione esclusiva.

La giurisdizione esclusiva non si estendeva, invece, fino al 15.9.2010, e si estende a decorrere dal 16.9.2010, a:

- 1) i regolamenti e agli altri atti organizzativi dell'Autorità;
- 2) il provvedimento con cui viene negata l'autorizzazione all'esercizio di attività di SOA, che non è un atto sanzionatorio;
- 3) le delibere e determinazioni emesse dall'Autorità quali bandi tipo, pareri, interpretazioni del diritto vivente.

Sia con l'**art. 244, d.lgs. n. 163/2006**, che con l'**art. 133, c. 1, lett. l), c.p.a.**, esulano dalla giurisdizione esclusiva i rapporti di impiego privatizzati presso le Autorità indipendenti.

Pertanto relazione al rapporto di impiego, il contenzioso sulle procedure concorsuali rientra nella giurisdizione di legittimità del g.a., il contenzioso sui rapporti di impiego spetta al g.o.

In relazione a regolamenti e atti organizzativi dell'Autorità, e al diniego di autorizzazione alle SOA, vi era, fino al 15.9.2010, l'ordinaria giurisdizione di legittimità del g.a., e, dal 16.9.2010, la giurisdizione esclusiva del g.a.

Per delibere, determinazioni e pareri dell'Autorità, si applicavano fino al **15.9.2010** gli ordinari criteri di riparto di giurisdizione, salva, poi, la questione della sussistenza o meno di un interesse concreto e attuale alla loro autonoma impugnazione, e dal 16.9.2010 la giurisdizione esclusiva.

L'innovazione recata dal c.p.a. va salutata con favore.

Infatti il precedente regime differenziato dei provvedimenti dell'Autorità, quanto al tipo di giurisdizione, non poteva dirsi felice.

La scelta legislativa confermata dall'art. 244, d.lgs. n. 163/2006, risale all'art. 4, c. 7, l. n. 109/1994, che peraltro riguardava solo le sanzioni verso le imprese.

Il codice appalti aveva esteso la giurisdizione esclusiva alle sanzioni nei confronti delle SOA.

Non aveva potuto estendere la giurisdizione esclusiva alla totalità dei provvedimenti dell'Autorità, a ciò impossibilitato dalla mancanza di delega, e dall'espressa configurazione del rapporto di impiego presso l'Autorità come rapporto privatizzato, secondo la normativa anteriore al codice.

In materia di sanzioni, che incidono sul patrimonio del soggetto destinatario, si ritiene esservi situazioni giuridiche di diritto soggettivo in ordine alla misura della sanzione, e di interesse legittimo in ordine al corretto esercizio procedimentale del potere sanzionatorio; pertanto, in materia di sanzioni, vi è, tipicamente, una commistione di interessi legittimi e diritti soggettivi. Stante tale commistione, e per evitare dubbi in ordine all'individuazione del giudice competente, la materia sanzionatoria viene di regola affidata alla giurisdizione di un unico giudice: o quella, piena, del giudice ordinario (v. l. n. 689/1981) o quella, esclusiva, del giudice amministrativo. L'attribuzione della materia in questione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo implica che quest'ultimo può conoscere anche delle questioni di diritti soggettivi, e, dunque, non solo delle questioni inerenti al rispetto del procedimento sanzionatorio, ma anche di quelle inerenti la misura, l'adeguatezza, la proporzionalità della sanzione.

#### **BIBLIOGRAFIA (STRALCIO DAL CAP. 38 COMM. C.P.A.)**

(6) ANTONUCCI, *La necessaria cumulatività dei requisiti di un organismo di diritto pubblico*, in *CdS* 2003, I, 2129; (10) BARBIERI, *Annullamento della gara pubblica ed annullamento del contratto: un problema di giurisdizione*, in *RTA* 2001, 721; (12) BARTOLINI - FANTINI - GORILLI, *Il decreto legislativo di recepimento della direttiva ricorsi*, in *UA* 2010, 6, 638; (17) BIAGINI, *La l. 21 luglio 2000, n. 205: prime considerazioni sulla giurisdizione esclusiva in materia di appalti*, in *ContrSt* 2001, 361; (29) CARBONE, *Profili privatistici e pubblicistici degli enti previdenziali categoriali dei liberi professionisti*, in *FI* 2006, III, 201; (30) CARINGELLA, *Il Consiglio di Stato sui rapporti tra appalti di soggetti privati e giurisdizione amministrativa*, in *UA* 2000, 528; (32) CARINGELLA, *La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di appalti pubblici dopo la l. 205/2000 (Nota a CdS IV, 29 novembre 2000, n. 6325)*, in *UA* 2001, 68; (33) CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, I, Milano 2003, 695 (36) CASALINI, *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, Napoli 2003; (39) CELATA, *Profili giurisdizionali in materia di pubblici appalti per l'affidamento di lavori pubblici*, in *ContrSt* 2000, 25; (40) CERBO, *L'effetto utile nella giurisprudenza comunitaria sull'organismo di diritto pubblico*, in *UA* 2004, 649; (41) CERULLI IRELLI, *L'annullamento dell'aggiudicazione e la sorte del contratto*, in *GDA* 2002, 1195; (44) CHITI, *Gli organismi di diritto pubblico tra Consiglio di Stato e Corte di giustizia*, in *UA* 1999, 85; (46) COLOMBARI, *Organismo di diritto pubblico e delegazione interorganica tra diritto comunitario e diritto nazionale*, in *UA* 2003, 1144; (49) CONTESSA, *Le sez. un., l'adunanza plenaria ed il riparto in materia risarcitoria: ultimi atti di una infinita storia?*, in *UA* 2005, 789; (54) DAMONTE, *La rinegoziazione delle condizioni contrattuali*, in *UA* 2003, 577; (59) DE MARZO, *Revisione prezzi e giurisdizione del giudice ordinario*, in *UA* 2007, 956; (60) DE NICTOLIS, *Il Consiglio di Stato si pronuncia sul riparto di giurisdizione in tema di appalti indetti da concessionari di opera pubblica*, in *CG* 1999, 94; (61) DE NICTOLIS, *Giurisdizione esclusiva e pubblici appalti - la legge 205/2000 al vaglio della giurisprudenza*, in *A.A.Vv.* (a cura di CARINGELLA e PROTTO), *Il nuovo processo amministrativo dopo due anni di giurisprudenza*, Milano 2002, 539; (62) DE NICTOLIS, *Affidamenti di lavori, servizi, forniture*, in CARINGELLA - DE NICTOLIS - GAROFOLI - POLI, *Il riparto di giurisdizione*, II, Milano 2005, 739; (63) DE NICTOLIS, *La Corte Ce si pronuncia in tema di tutela nella trattativa privata, negli affidamenti in house e a società miste*, in *UA* 2005, 288; (64) DE NICTOLIS, *La Corte CE si pronuncia in tema di tutela nella trattativa privata, negli affidamenti in house e a società miste*, in *UA* 2005, 295; (65) DE NICTOLIS, *Le materie di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo - Affidamenti di lavori, servizi, forniture*, in CARINGELLA - DE NICTOLIS - GAROFOLI - POLI, *Il riparto di giurisdizione*, Milano 2008; (68) DEODATO, *La giurisdizione esclusiva - Le procedure di affidamento di lavori, servizi, forniture*, in *AA.Vv.*, *Codice della giustizia amministrativa* (a cura di MORBIDELLI), Milano 2005, 362; (70) DI LEO, *Il nuovo sistema di riparto delle giurisdizioni sui pubblici appalti*, in *RDPPriv* 2000, 769; (78) FANTINI, *Gli effetti sul contratto dell'annullamento dell'aggiudicazione: profili di effettività della tutela giurisdizionale*, in *UA* 2003, 751; (82) FRACCHIA, *La Suprema corte impone il rispetto delle procedure ad evidenza pubblica nella scelta del socio privato delle società a prevalente partecipazione pubblica degli enti locali: un ulteriore allontanamento dal modello privatistico?*, in *FI* 2000, I, 802; (83) FRACCHIA, *La parabola del potere di disporre il risarcimento: dalla giurisdizione "esclusiva" alla giurisdizione del giudice amministrativo*, in *FI* 2004, I, 2607; (86) FRANCO, *Giurisdizione sulle controversie in materia di contratti pubblici: incidenza della direttiva ricorsi e del decreto di recepimento*, in *UA* 2010, 1391; (87)

GAETANO, *Il riparto di giurisdizione e gli appalti "sottosoglia"*, in UA 2006, 1335; (91) GAROFOLI, *Accesso ed attività di diritto privato della P.A.*, in CARINGELLA, *Il procedimento amministrativo*, Napoli 1998, 255 ss (93) GAROFOLI, *L'accesso agli atti di diritto privato della pubblica amministrazione*, in UA 1998, 1233; (94) GAROFOLI, *Sviluppi in tema di giurisdizione amministrativa e regole costituzionali: organo indiretto, nozione comunitaria di amministrazione aggiudicatrice, riparto per blocchi di materie (d.lgs. n. 80/1998)*, in FI 1999, III, 178; (96) GAROFOLI, *Il riparto di giurisdizione in materia di contratti pubblici*, in AA.VV., *Trattato dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture* (a cura di SANDULLI - DE NICTOLIS - GAROFOLI), Milano 2008; (101) GIOVAGNOLI, *Privatizzazione di imprese pubbliche e giurisdizione del giudice amministrativo*, in UA 2003, 1439; (105) GIOVANNELLI, *La Corte di Giustizia si pronuncia sulla disapplicazione dei bandi di gara*, in UA 2003, 649; (115) LAMBERTI, *L'esecuzione dell'annullamento: prove di un dialogo*, in UA 2008, 1089; (119) LAMORGESE, *Vizi del procedimento amministrativo e contratto di diritto privato*, in FI 2005, III, 550; (124) LIPARI, *L'annullamento dell'aggiudicazione e la sorte del contratto tra nullità, annullabilità ed inefficacia: la giurisdizione esclusiva amministrativa e la reintegrazione in forma specifica*, in D&F 2002, 245; (125) LIPARI, *Il processo in materia di infrastrutture e di insediamenti produttivi strategici*, in D&F 2002, 1519; (129) LOTTI, *Corte di giustizia e involuzione dell'in house providing*, in UA 2006, 1048; (133) MANFREDI, *La giurisdizione esclusiva del g.a. per gli appalti sotto soglia*, in UA 2008, 1333; (145) MISSERINI, *Il riparto di giurisdizione negli appalti di servizi "sottosoglia" in materia di servizi pubblici*, in UA 2004, 430; (147) MISSERINI, *Fase di esecuzione degli appalti pubblici e conseguente riparto di giurisdizione*, in UA 2006, 933; (152) MONTEDORO, *I rapporti tra evidenza pubblica e contratto di appalto*, in UA 2003, 922; (153) MONTEDURO, *Illegittimità del procedimento ad evidenza pubblica e nullità del contratto d'appalto ex art. 1418, c. 1, c.c.: una radicale "svolta" della giurisprudenza tra luci ed ombre*, in FA 2002, 2591; (164) PAOLA, *Le società per azioni a partecipazione pubblica: pubblicità dell'attività o pubblicità dell'ente?*, in FI 2002, III, 427; (175) PONZIO, *Gli enti gestori di forme di previdenza obbligatorie come organismi di diritto pubblico*, in UA 2007, 1353; (179) PROIETTI, *Riparto di giurisdizione e di competenze legislative in tema di appalti: stipula del contratto e revoca dell'aggiudicazione*, in UA 2011, 422; (188) RACCA, *Comportamento scorretto, atto legittimo e responsabilità della pubblica amministrazione*, in UA 2003, 944; (194) ROCCO, *Esecuzione dei contratti ad evidenza pubblica e giurisdizione*, in UA 2002, 690; (195) RONDONI, *Convenzione tra amministrazioni aggiudicatrici come appalto pubblico di lavori*, in UA 2007, 552; (196) RUBULOTTA, *Responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione: la giurisdizione spetta al giudice amministrativo*, in CdS 2005, I, 1440; (200) SALVI, *Ancora sulla tematica del riparto di giurisdizione in materia di appalti*, in ContrSt 2000, 120; (201) SANDULLI, *La giurisdizione sugli atti dell'organismo di diritto pubblico (Nota a Cass., sez. un., 24 febbraio 2000, n. 40)*, in GDA 2000, 1194; (204) SANTORO, *L'organismo di diritto pubblico: regime comunitario e giurisdizione*, in ContrSt 1999, 167; (210) SCOCA, *Giurisdizione e processo in tema di lavori pubblici*, in RTA 1999, 155; (211) SCOTTI, *Osservazioni a margine di società miste e servizi pubblici locali*, in FI 2002, III, 554; (222) TRAVI, *La giurisdizione sul contratto fra giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria: la disciplina del c.p.a. e i nuovi interrogativi*, in UA 2012, 1149-1155; (225) TUCCARI, *La responsabilità precontrattuale della p.a. al cospetto del giudice amministrativo*, in UA 2007, 596; (226) URSI, *Una svolta nella gestione dei servizi pubblici locali: non c'è "casa" per le società a capitale misto*, in FI 2005, IV, 134; (227) URSI, *Il requisito del controllo analogo negli affidamenti in house*, in UA 2006, 1420; (228) URSI, *La Corte di giustizia stabilisce i requisiti del controllo sulle società "in house"*, in FI 2006, IV, 76; (229) USAI, *Atti di gara illegittimi: risarcimento per equivalente "espandibile"*, in DPA 2007, n. 9, 80; (230) USAI, *Project financing ed esercizio del potere di autotutela della stazione appaltante*, in UA 2011, 444; (234) VALLETTI, *Il giudice amministrativo e il subappalto: più di un'occasione mancata*, in UA 2008, 475; (236) VERZARO, *Giochi olimpici invernali ed organismi di diritto pubblico*, in UA 2004, 967; (239) VIRGA, *Atti di ritiro della aggiudicazione e giurisdizione esclusiva*, in GA 2002, 686; (240) VOLPE, *Affidamento, esecuzione e giurisdizione alle luce della l. 205/2000: rigenerazione o omologazione del g.a.?*, in UA 2001, 836.

**Rosanna De Nictolis**

**(Roma, Tar Lazio, 16.3.2017)**