

CAPITOLO 1

L'ATTIVITÀ CONTRATTUALE DELLE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI

SOMMARIO: 1. L'attività contrattuale della p.a.: nozioni introduttive. – 2. I principi dell'attività contrattuale della p.a. – 3. Le opere e i lavori pubblici. – 4. I servizi e le forniture. – 5. I sistemi diretti per la realizzazione delle opere, servizi e forniture. – 6. Le esternalizzazioni. – 6.1. L'appalto. – 6.2. Il *general contractor* come forma peculiare dell'appalto. – 6.3. I contratti di partenariato pubblico privato. – 6.4. La concessione di lavori e servizi. – 6.5. Il *project financing*: la realizzazione di opere pubbliche da parte di soggetti privati. – 6.6. La locazione finanziaria di opere pubbliche o di pubblica utilità. – 6.7. Il contratto di disponibilità. – 6.8. Altre forme di Ppp. – 6.9. Le sponsorizzazioni. – 6.10. I contratti misti. – 7. Le stazioni appaltanti. – 8. I settori speciali. – 9. I contratti esclusi.

1. L'attività contrattuale della p.a.: nozioni introduttive

Le pubbliche amministrazioni per svolgere le funzioni attribuite dalle norme possono utilizzare atti di diritto pubblico e negozi di diritto privato.

Con l'attività di diritto pubblico, l'amministrazione esercita un potere in posizione di superiorità rispetto al privato. Infatti, per il raggiungimento degli interessi pubblici, l'ordinamento attribuisce all'amministrazione poteri che le consentono di adottare atti unilaterali idonei a produrre effetti giuridici nei confronti di altri soggetti prescindendo dal loro consenso (si pensi al potere di espropriazione della proprietà privata o all'apposizione di un vincolo su un bene privato). Tale attività si svolge attraverso procedimenti e provvedimenti amministrativi.

Il procedimento consiste in una sequenza di atti tra loro concatenati volti all'adozione di un atto finale, il provvedimento, attraverso il quale la p.a. manifesta verso l'esterno la propria volontà. Una delle caratteristiche più rilevanti del provvedimento è quella dell'imperatività che consiste nell'idoneità di costituire, modificare o estinguere situazioni giuridiche soggettive dei privati senza il loro consenso.

Con riferimento a questa tipologia di attività, il principio di legalità svolge una funzione di garanzia per il privato. La garanzia è rappresentata dal fatto che la p.a. deve agire seguendo schemi predeterminati dalla norma. In tal senso, la predeterminazione normativa delle modalità di azione consente al privato di poter controllare l'operato dell'amministrazione, anche al fine di evitarne eventuali abusi. Le norme,

quindi, devono disciplinare in maniera puntuale il modo in cui si svolge l'attività del soggetto pubblico, le categorie di atti che esso può emanare e gli effetti che derivano da tali atti nella sfera giuridica del privato.

I corollari del principio di legalità sono il principio di tipicità e quello di nominatività degli atti in base ai quali possono essere adottati solo quelli previsti dalla legge, in presenza dei presupposti e per i motivi dalla legge stessa indicati, secondo un procedimento minuziosamente regolato dalle norme.

Gli istituti di carattere generale applicabili a tutti i procedimenti e i provvedimenti amministrativi sono disciplinati dalla l. 7 agosto 1990, n. 241. Tale normativa regola alcuni istituti fondamentali che devono trovare applicazione a tutti i procedimenti amministrativi in chiave di garanzia del privato: si pensi al responsabile del procedimento, alla partecipazione al procedimento, al diritto di accesso agli atti, alla motivazione del provvedimento amministrativo.

Per soddisfare interessi pubblici, l'amministrazione può far uso anche di attività di diritto privato e, in particolare, di quella contrattuale.

In passato, il ruolo del contratto nell'ambito dell'azione amministrativa era piuttosto marginale. Esso era considerato solo lo strumento giuridico attraverso il quale l'amministrazione poteva procurarsi i mezzi necessari per svolgere adeguatamente le proprie funzioni (costruzione di opere pubbliche, acquisizione di servizi o di beni). Ora, invece, il contratto si affianca al provvedimento per la cura diretta delle finalità istituzionali dell'ente pubblico. L'art. 1, c. 1 *bis*, l. 241/1990 prevede che l'amministrazione pubblica, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le regole e i principi del diritto privato, salvo che la legge non disponga diversamente.

In generale, il contratto è manifestazione dell'autonomia privata ossia del potere riconosciuto dall'ordinamento alle parti di autoregolare i propri interessi, che coincide essenzialmente con la libertà di concludere o meno un contratto, di fissarne il contenuto, di scegliere il contraente. Inoltre, è espressione di autonomia negoziale l'individuazione di schemi contrattuali innovativi, non disciplinati da alcuna disposizione, purché l'interesse che i contraenti intendono perseguire sia meritevole di tutela. I privati, di conseguenza, possono disciplinare i loro rapporti anche con contratti atipici. L'autonomia o libertà negoziale è funzionale alla tutela del principio costituzionale della libera iniziativa economica (art. 41 Cost.) e si caratterizza per la libertà nella scelta del fine e del mezzo, ossia per il fatto che il regolamento di interessi è nella piena disponibilità delle parti negoziali. La tematica dell'autonomia negoziale si pone in maniera peculiare per le pubbliche amministrazioni che, come soggetti di diritto, hanno sicuramente la piena capacità giuridica, sia di diritto pubblico sia di diritto privato (art. 11 c.c.). Le amministrazioni sono titolari di qualsiasi situazione giuridica di diritto privato, attiva o passiva e possono adottare (ovviamente salvo i limiti che derivano dall'essere una entità giuridica e non fisica) ogni atto o negozio giuridico previsto dal diritto privato. Tuttavia, l'attività di diritto privato della p.a. non è libera ma orientata al raggiungimento del fine pubblico imposto dalle norme e deve essere improntata ai canoni della legalità e della imparzialità. Anche l'attività contrattuale della p.a. è, quindi, funzionalizzata. In tal

sensu non trova più spazio la tradizionale distinzione tra attività amministrativa di diritto privato ed attività privata, spesso utilizzata per distinguere i casi nei quali le pubbliche amministrazioni stipulano contratti per perseguire i propri fini istituzionali da quelli nei quali si procurano le risorse e gli strumenti necessari per il proprio agire; in tutta l'attività contrattuale emerge sempre, direttamente o indirettamente, un profilo di funzionalizzazione nonché l'esigenza che attraverso il contratto la pubblica amministrazione raggiunga il proprio fine istituzionale. Le peculiarità, relative alla funzionalizzazione, che caratterizzano l'attività contrattuale delle amministrazioni risiedono nelle ampie deroghe al diritto comune. Basti pensare alla fase precedente alla stipula del contratto. Vengono in rilievo atti di indirizzo come quelli di programmazione che individuano gli scopi che l'amministrazione deve raggiungere attraverso il contratto nonché le risorse economiche a disposizione; le procedure ad evidenza pubblica, laddove l'amministrazione valuta l'idoneità dello strumento negoziale al conseguimento del fine pubblico ed opera una scelta imparziale del proprio partner privato. Solo attraverso l'applicazione di questi principi si riesce a funzionalizzare l'attività contrattuale. Peraltro, si può attuare un'altra "tecnica" di funzionalizzazione utilizzata dal legislatore che, con norma espressa, vincola la stipula di un determinato contratto al perseguimento di uno specifico interesse pubblico.

Il principio di funzionalizzazione dell'attività contrattuale, inoltre, gioca un ruolo rilevante con riguardo alla tutela dei soggetti che vengono in contatto con l'amministrazione. Innanzitutto, il rispetto del fine pubblico può essere accertato con gli usuali meccanismi di verifica della legittimità delle procedure di formazione della volontà contrattuale della amministrazione. In secondo luogo, sono previsti controlli *ex post* che si eseguono dopo la stipula del contratto e che non utilizzano la tecnica di tutela propria degli atti amministrativi. In proposito, vengono in rilievo il controllo sul risultato conseguito dall'attività amministrativa (sia in termini di economicità sia in termini di meritevolezza degli interessi perseguiti) e la relativa responsabilità dirigenziale, ove la verifica del rispetto della funzione viene operata in maniera differente dalle valutazioni di legittimità e di liceità del singolo atto, essendo piuttosto riferita ad un insieme di vicende oltre che a singoli atti. Ma anche nella fase di esecuzione del contratto vi sono innegabili profili di funzionalizzazione. I tradizionali istituti di diritto privato vengono ampiamente derogati alla luce della realizzazione dell'interesse pubblico della amministrazione parte del contratto.

Sulla scorta di quanto affermato occorre sottolineare che le amministrazioni hanno piena capacità generale di diritto privato ma non vera autonomia negoziale, almeno come concepita per i soggetti privati. Infatti, se queste possono usare tutti gli strumenti di diritto privato che l'ordinamento mette a disposizione delle persone giuridiche ciò non significa che possono utilizzarli per qualsivoglia finalità, individuata autonomamente dal soggetto pubblico.

L'autonomia privata, così come prevista dall'art. 1322 c.c., è la facoltà di un soggetto di autoregolamentare i propri interessi, facoltà che coincide essenzialmente con la libertà di concludere o meno un contratto, di fissarne il contenuto, di scegliere la persona del contraente e di dar vita a contratti atipici. L'atto di autonomia privata,

d'altronde, si contraddistingue proprio per la libertà nella scelta del fine e del mezzo, ossia per il fatto che il regolamento di interessi è nella piena disponibilità delle parti negoziali.

In questi termini, il concetto di autonomia privata non si riferisce alle pubbliche amministrazioni, che non hanno la capacità di determinare le proprie finalità. Esse sono create per perseguire interessi pubblici e ciò influenza anche l'attività di diritto privato che attuano per cui, quando agiscono in regime privatistico, non rivestono una posizione identica a quella dei soggetti privati.

Se la libertà nella determinazione delle finalità da perseguire, che costituisce l'essenza dell'autonomia negoziale, non connota l'attività contrattuale delle amministrazioni si può affermare che le scelte in relazione all'utilizzo di strumenti negoziali possono consistere nell'esplicazione di attività discrezionale. Infatti, la scelta negoziale è influenzata dagli atti di programmazione che individuano gli interessi da realizzare attraverso l'attività contrattuale; inoltre, con la deliberazione a contrarre, che è atto amministrativo, l'amministrazione compie le proprie scelte strategiche in ordine alla realizzazione di un determinato obiettivo ed esplicita la propria volontà contrattuale (per tali ragioni deve indicare nell'atto le finalità istituzionali dell'ente, lo scopo specifico che con il contratto intende perseguire; l'oggetto del contratto e la sua forma; le clausole ritenute essenziali; le modalità di scelta del contraente e le ragioni che ne sono alla base). Quindi, la scelta dello strumento negoziale, compresa quella tra strumento tipico o atipico, è espressione non tanto di una libera determinazione negoziale della pubblica amministrazione ma di atti che costituiscono esercizio del potere discrezionale e che, come tali, devono rispettare i parametri normativamente prestabiliti e i canoni di logicità, coerenza e razionalità. In sostanza, con la programmazione e con la determinazione a contrarre si accerta la compatibilità della conclusione del contratto con la cura dell'interesse pubblico a seguito di una adeguata ponderazione degli interessi coinvolti, del rapporto costi benefici e delle varie soluzioni alternative, secondo i canoni tipici della discrezionalità amministrativa.

D'altra parte, in questa fase, il soggetto privato non riveste alcun ruolo e non si possono riscontrare gli elementi costitutivi dell'autonomia contrattuale che impone un confronto tra le parti per regolamentare l'assetto degli interessi in gioco.

È chiaro che, nell'individuazione dello strumento negoziale più adatto per la cura del proprio interesse, l'amministrazione può optare per contratti atipici. Infatti, nell'attività contrattuale si attenua il carattere garantistico del principio di legalità che impone l'utilizzo dei procedimenti e dei provvedimenti predeterminati dalla norma. In questi casi, l'amministrazione non agisce come autorità ma si pone su un piano di tendenziale parità con il privato. Di conseguenza, non è necessario che una disposizione di legge disciplini puntualmente tutte le fasi dell'azione ma è sufficiente che indichi il fine da perseguire, rimettendo all'amministrazione la scelta dello strumento da utilizzare, sulla base della effettiva idoneità al raggiungimento dello scopo dettato dalla norma.

In questo senso, il principio di legalità non si atteggia più come garanzia nei

confronti del privato, bensì come indirizzo dell'azione della p.a. I principi di tipicità e nominatività, espressione della legalità garanzia, non vengono in rilievo nell'attività contrattuale dell'amministrazione. Da ciò deriva che le pubbliche amministrazioni sono libere di individuare anche strumenti negoziali non espressamente previsti dalle norme per il raggiungimento delle finalità pubbliche loro attribuite. L'unico limite che incontra l'attività contrattuale della pubblica amministrazione è quello dell'espresso divieto legislativo. Le amministrazioni non possono stipulare contratti espressamente vietati dalle norme (art. 8 d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, codice dei contratti pubblici che ha sostituito il d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, di seguito "codice"; in alcuni casi la limitazione deriva anche da norme di carattere contabile: basti pensare alla disciplina degli enti locali, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, art. 191, secondo il quale "gli enti locali possono effettuare spese solo se sussiste l'impegno contabile registrato sul competente programma del bilancio di previsione e l'attestazione della copertura finanziaria", art. 191).

Il codice civile definisce il contratto come l'accordo di due o più parti per costituire, modificare o estinguere un rapporto giuridico patrimoniale (art. 1321 c.c.). L'amministrazione può stipulare contratti attivi e contratti passivi. I contratti attivi sono quelli che non producono spesa e da cui deriva un'entrata per la pubblica amministrazione (es. alienazione o locazione di beni); i contratti passivi sono quelli che comportano una spesa per l'ente pubblico (es. acquisizione di beni, affidamento di appalti di lavori o di servizi).

Inoltre, i contratti possono essere a titolo oneroso e gratuito. I contratti a titolo oneroso sono quelli a prestazioni corrispettive o che, comunque, prevedono direttamente reciproci vantaggi e sacrifici economici in capo a tutte le parti contraenti (appalto, concessione); i contratti a titolo gratuito sono quelli in cui l'obbligo di prestazione o i sacrifici economici direttamente previsti nel contratto gravano solo su una o alcune delle parti contraenti (donazione).

In generale, per l'ordinamento giuridico sono indifferenti le modalità di formazione della volontà contrattuale e le modalità di individuazione del contraente. I privati possono anche attuare comportamenti antieconomici nella definizione dei loro rapporti patrimoniali e ciò non ha alcuna importanza per l'ordinamento giuridico essendo scelte che investono solo ed esclusivamente gli interessi patrimoniali del privato. Per le pubbliche amministrazioni il discorso è differente. Infatti, la circostanza che l'attività contrattuale sia funzionalizzata ha evidenti ripercussioni sul momento di formazione della volontà dei soggetti pubblici. Questi devono individuare, in modo trasparente e oggettivo, il "giusto" contraente, ossia il contraente più affidabile. Ciò perché le amministrazioni, nel perseguire i propri scopi, devono impiegare nel modo migliore possibile il denaro e le risorse pubbliche. Peraltro, il miglior contraente non necessariamente è quello che fa spendere meno alla p.a. ma è quello che risponde meglio degli altri alla realizzazione degli scopi pubblici che l'amministrazione deve soddisfare con il contratto. L'attività di selezione del contraente deve, innanzitutto, rispondere ai principi costituzionali del buon andamento e dell'imparzialità (art. 97 Cost.). Da ciò deriva che la fase riguardante la scelta del

contraente è caratterizzata da una valutazione comparativa, oggettiva, secondo criteri predeterminati, delle offerte che pervengono all'amministrazione. Gli operatori economici sono in competizione fra loro e, quindi, la scelta del contraente avviene nel rispetto del principio della concorrenza. Questa fase è regolata dalle norme del diritto pubblico, ossia da procedimenti e provvedimenti amministrativi.

Una volta individuato il contraente e instaurato il rapporto negoziale, le parti si trovano in una posizione di tendenziale parità per cui l'esecuzione del contratto è disciplinata dalle norme del diritto privato, anche se in questa fase emergono non di rado deviazioni consistenti dagli istituti privatistici in considerazione della peculiare natura del contraente pubblico.

Questa commistione di discipline, pubbliche e private, caratterizza la nozione di contratto a evidenza pubblica.

Nell'evidenza pubblica coesistono comportamenti giuridici che si manifestano con atti amministrativi accanto ad atti privati con l'obiettivo di far risaltare in tutta la vicenda contrattuale il necessario rispetto dell'interesse pubblico da parte dell'amministrazione e, conseguentemente, renderne controllabile l'operato, anche da parte del giudice.

In particolare, l'attività contrattuale delle amministrazioni si suddivide in due fasi.

La prima fase, che si può definire procedimentale, riguarda tutta l'attività volta alla scelta del contraente privato, da quando l'amministrazione decide di contrarre (decisione o determinazione di contrattare), procede alla selezione (bando di gara, valutazione delle offerte), opera la scelta (aggiudicazione della gara) fino alla fase di approvazione. Questa prima parte di attività è integralmente disciplinata dal diritto amministrativo; l'amministrazione agisce in una posizione di supremazia utilizzando poteri pubblicistici, adottando provvedimenti amministrativi di tipo autoritativo nei confronti dei terzi (si pensi al bando di gara, ai provvedimenti di esclusione dei concorrenti e alla aggiudicazione del contratto). Poiché in questa fase vengono in rilievo poteri pubblicistici, la giurisdizione sulle procedure di selezione del contraente appartiene al giudice amministrativo, ossia al giudice che esprime il sindacato sul corretto esercizio del potere amministrativo.

La seconda fase, che si può definire negoziale, va dalla stipulazione del contratto fino al suo adempimento o alla disciplina dei rimedi per l'inadempimento con le connesse eventuali fasi transattive, contenziose o arbitrali e si caratterizza per il fatto che le parti si trovano in posizione di tendenziale parità. Le parti sono titolari di diritti soggettivi e di obblighi giuridici da far valere secondo le forme del diritto civile dinanzi al giudice ordinario, ossia al giudice che può sindacare l'attività della p.a. non riconducibile all'esercizio di poteri pubblicistici.

Le due fasi, però, non si trovano in una condizione di reciproca indipendenza. Infatti, le vicende che coinvolgono la fase procedimentale si possono ripercuotere sulla sorte del contratto stipulato. Basti pensare che l'annullamento di un'aggiudicazione da parte del giudice amministrativo può comportare la dichiarazione di inefficacia del contratto stipulato e il subentro nello stesso dell'impresa vittoriosa del contenzioso.

A sua volta, l'iter pubblicistico di formazione dei contratti si suddivide in quattro fasi: la decisione di contrarre, la selezione del contraente, la stipula del contratto e la sua approvazione.

Il presupposto indefettibile per l'avvio dell'iter di formazione del contratto da parte dell'ente pubblico è l'inserimento dell'intervento da realizzare nell'atto di programmazione, attraverso il quale si individuano i bisogni della collettività e le risorse finanziarie da stanziare per la realizzazione dell'intervento. Ulteriore fase prodromica all'avvio di una procedura di selezione è quella della progettazione, attraverso la quale si definiscono sia dal punto di vista tecnico sia da quello economico-finanziario le caratteristiche dell'intervento da realizzare.

La decisione di contrarre è un atto interno al procedimento di evidenza pubblica attraverso il quale la p.a. individua gli elementi essenziali del contratto e i criteri di selezione degli operatori economici e delle offerte. Non solo è l'atto attraverso il quale si avvia il procedimento ma anche quello con il quale l'amministrazione compie le proprie scelte strategiche in ordine alla realizzazione di un determinato obiettivo ed esplicita la propria volontà contrattuale. Per tali ragioni nella decisione di contrarre devono essere indicati lo scopo specifico che con il contratto si intende perseguire nell'ambito delle finalità istituzionali dell'ente; l'oggetto del contratto; la sua forma; le clausole ritenute essenziali; le modalità di scelta del contraente.

La decisione di contrarre ha un ruolo importante nella formazione del contratto sia perché specifica, più o meno compiutamente, il contenuto del futuro negozio sia perché conferisce la legittimazione a contrattare all'organo che esprime la volontà negoziale dell'ente nei confronti dell'altro contraente. È atto necessario per rendere possibile la successiva attività negoziale. In tale atto devono essere anche indicate le ragioni per le quali l'amministrazione ha ritenuto di dover utilizzare procedure derogatorie rispetto a quelle ordinarie o la preferenza di alcuni fattori di ponderazione rispetto ad altri da inserire nel bando.

Nel caso in cui l'amministrazione individui il contraente tramite affidamento diretto la deliberazione di contrarre ha un contenuto più specifico: deve individuare l'oggetto del contratto, l'importo e il contraente unitamente alle ragioni della sua scelta, ai requisiti di carattere generale e, se necessari, a quelli inerenti alla capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale.

La scelta del contraente avviene attraverso procedure dirette ad assicurare l'individuazione della migliore offerta.

La procedura di scelta si deve ispirare ad alcuni principi elencati in via generale dal codice dei contratti in parte comuni a quelli che informano l'esercizio di qualsiasi attività amministrativa (artt. 1-12 d.lgs. 36/2023; art. 1 l. 241/1990).

Il codice prevede vari tipi di procedure per la selezione del contraente, alcune più rigide altre più flessibili, alcune fortemente connotate dal principio di concorrenzialità, altre più vicine alle contrattazioni dirette fra privati. Le procedure di affidamento sono: la procedura aperta, la procedura ristretta, la procedura competitiva con negoziazione, la procedura negoziata senza la pubblicazione di un bando di gara, il dialogo competitivo e il partenariato per l'innovazione.

Alcune procedure si caratterizzano per l'adozione da parte della p.a. di un atto esterno denominato bando di gara attraverso il quale la stazione appaltante si rivolge agli operatori invitandoli a partecipare e a presentare le proprie offerte secondo le modalità indicate in tale atto. Il bando predetermina le regole della procedura di gara e i criteri di selezione ai quali l'amministrazione si autovincola (*lex specialis* della procedura).

La selezione della migliore offerta deve avvenire attraverso due criteri di aggiudicazione: il minor prezzo (o prezzo più basso) e l'offerta economicamente più vantaggiosa.

Il primo criterio si basa sul ribasso offerto dall'operatore economico rispetto all'importo posto a base d'asta dall'amministrazione; il secondo criterio, invece, prevede che, unitamente all'offerta economica, i concorrenti forniscano soluzioni tecniche migliorative del progetto posto a base di gara.

Nei casi di offerta economicamente più vantaggiosa, la valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico è affidata a una commissione di gara composta da esperti del settore cui afferisce l'oggetto del contratto. Questa necessità non viene in rilievo allorché l'amministrazione proceda utilizzando il sistema del prezzo più basso, in quanto non emerge alcun profilo di valutazione tecnico discrezionale che deve operare la stazione appaltante.

La fase di selezione si conclude con la proposta di aggiudicazione da parte dell'organo preposto alla valutazione delle offerte. Questo atto non ha effetti esterni; solo se la proposta è legittima e dopo aver verificato che l'operatore economico vincitore della procedura sia in possesso dei requisiti, l'amministrazione procede all'aggiudicazione (art. 17, c. 5, codice). L'aggiudicazione è immediatamente efficace.

Solo successivamente all'adozione di tale atto è possibile stipulare il contratto.

La stipulazione del contratto deve aver luogo entro il termine di sessanta giorni dall'aggiudicazione.

Il contratto comunque è sottoposto a condizione risolutiva della sua approvazione (ove prevista negli specifici regolamenti delle amministrazioni) attraverso la quale l'organo dell'amministrazione competente controlla la regolarità degli atti di gara.

Il differimento del termine di stipula deve essere motivato con riferimento all'interesse della stazione appaltante alla sollecita esecuzione del contratto. Fino alla scadenza del termine, l'offerta dell'aggiudicatario è irrevocabile. Quindi, oltre il sessantesimo giorno è sempre possibile la stipula del contratto anche se all'aggiudicatario viene riconosciuta la facoltà di sciogliersi dal vincolo derivante dall'offerta.

Il contratto non può comunque essere stipulato prima di trentadue giorni dall'inizio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione (art. 18, c. 3, codice). Il termine dilatorio è previsto per scongiurare l'ipotesi di impugnazione dell'aggiudicazione successiva alla stipula del contratto. Infatti, in virtù delle norme del codice del processo amministrativo (d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 o c.p.a.) le controversie in materia di procedure di selezione del contraente, dinanzi al giudice

amministrativo, sono soggette a un rito speciale che prevede la dimidiazione dei termini processuali, compreso il termine per la proposizione del ricorso avverso l'aggiudicazione. Tale impugnazione deve essere effettuata entro il termine di trenta giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione definitiva.

In tal modo, l'ordinamento vuole evitare che una p.a. stipuli un contratto non essendo consapevole della possibilità che la relativa aggiudicazione sia sottoposta al vaglio del giudice. Spesso in passato accadeva che il giudice amministrativo fosse fortemente condizionato nel sospendere gli effetti di un'aggiudicazione o nell'annullarla dall'avvio della esecuzione di un contratto stipulato nelle more della definizione del giudizio sull'aggiudicazione.

Una volta stipulato il contratto si apre la fase di esecuzione che è disciplinata dalle norme del diritto privato. In questa fase la p.a. e il suo contraente privato sono posti in una posizione di tendenziale parità, anche se talvolta la circostanza che l'amministrazione debba curare un interesse pubblico condiziona l'applicazione di istituti originariamente privatistici (si pensi al regime del direttore dei lavori, della risoluzione o della rescissione del contratto).

2. I principi dell'attività contrattuale della p.a.

L'attività contrattuale della p.a. è informata ad alcuni principi generali previsti dalla Costituzione e dalla l. 241/1990. Il codice dei contratti, inoltre, prevede una serie di principi generali che hanno una funzione ordinante del microsistema normativo dei contratti pubblici e forniscono criteri guida per l'attività applicativa e interpretativa dei singoli istituti previsti dalla normativa stessa (artt. 1-12).

Nel codificare i principi generali, il nuovo codice dei contratti opta per un deciso cambio di rotta rispetto al passato. L'intento del legislatore è stato quello di valorizzare la discrezionalità dell'amministrazione e rendere meno rigida l'attività di scelta del contraente per raggiungere il risultato della realizzazione della commessa pubblica nell'interesse della collettività. Per cui la concorrenza non è più da considerare come un fine da realizzare a tutti i costi ma uno strumento per aggiudicare il contratto funzionale alla realizzazione degli interessi pubblici. In passato, in nome della tutela della concorrenza venivano imposte procedure e adempimenti connotati da eccessivo formalismo che spesso bloccavano l'attività di aggiudicazione e generavano inutili contenziosi. Occorre, inoltre, rilevare che l'attività contrattuale della p.a. è fortemente condizionata dalla disciplina relativa alla prevenzione dei fenomeni corruttivi che spesso induce i funzionari pubblici a privilegiare decisioni eccessivamente formalistiche e automatiche, svilendo l'esercizio della propria discrezionalità per paura di conseguenze penali o amministrativo-contabili.

La nuova disciplina tende a incoraggiare l'iniziativa dei pubblici funzionari e a valorizzare la discrezionalità delle stazioni appaltanti nella realizzazione degli interventi pubblici.

Architrave di questa innovativa impostazione è rappresentato dalla codificazione di tre principi “valori” destinati a orientare l’interpretazione dell’intera disciplina dei contratti pubblici sia nella fase della aggiudicazione sia in quella di esecuzione. Si tratta del principio di risultato (art. 1), di quello della fiducia (art. 2) e di quello dell’accesso al mercato (art. 3).

Le stazioni appaltanti devono perseguire il risultato dell’affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività (che risponde all’esigenza di non dilatare la durata del processo di selezione dei contraenti in assenza di obiettive ragioni) e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza. Il principio del risultato costituisce attuazione dei canoni di buon andamento, economicità, efficacia ed efficienza dell’azione amministrativa in campo contrattuale. Si tratta di canoni che implicano l’uso ottimale delle risorse da impiegare nello svolgimento della selezione ovvero nell’esecuzione del contratto e la congruità degli atti dell’amministrazione rispetto al conseguimento dello scopo e dell’interesse pubblico cui sono preordinati.

Il soggetto pubblico, quindi, si impegna al raggiungimento dell’obiettivo oltre che al formale rispetto di prescrizioni e assume per le proprie decisioni con parametri di natura sostanziale, quali, tra l’altro, il miglioramento dei servizi assicurati, la tempestività degli interventi, la migliore utilizzazione delle risorse impiegate, il minor danno per i terzi, il rapporto costi benefici.

Risulta chiaro che l’interesse pubblico primario è quello di affidare ed eseguire la commessa pubblica. Il principio del risultato, come “stella polare” della discrezionalità nel campo dell’attività contrattuale della pubblica amministrazione, dovrebbe favorire l’utilizzo di strumenti negoziali flessibili, come ad esempio quelli atipici, e sistemi di aggiudicazioni altrettanto flessibili come il dialogo competitivo e le procedure negoziate, che non a caso con il nuovo codice hanno perso il carattere di eccezionalità per divenire procedure ordinarie per l’aggiudicazione dei contratti.

Il risultato, ovviamente, non può essere di qualunque tipo e non può essere raggiunto prescindendo dall’osservanza delle regole e dei principi che si applicano all’attività amministrativa. Infatti, il codice prevede che il risultato debba essere raggiunto nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza. Si tratta, quindi, di un risultato “virtuoso” raggiunto nel rispetto delle norme e dei principi dell’evidenza pubblica.

Da questo punto di vista la concorrenza e la trasparenza sono strumenti che consentono di raggiungere il risultato.

Il codice prevede che la concorrenza, ossia l’effettiva contendibilità degli affidamenti da parte dei soggetti potenzialmente interessati, è funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell’affidare ed eseguire i contratti. La gara, perciò, è un mezzo e non un fine.

La trasparenza, ossia la conoscibilità delle procedure di gara, anche attraverso strumenti che consentano un accesso rapido e agevole alle informazioni relative alle procedure, è funzionale alla massima semplicità e celerità nella corretta applicazione del codice e assicura la piena verificabilità di tutte le operazioni di gara.