

LEZIONI SSPL 2018

Contratti, conferenze di servizi e accordi della p.a. con altre p.a. e privati

Già da molti anni vi è il principio che anche i soggetti di diritto pubblico, in quanto dotati di autonomia negoziale al pari di ogni altro soggetto, possono fare uso del contratto e di tutti gli strumenti di diritto privato ritenuti idonei alla cura dell'interesse pubblico dato loro in attribuzione.

La riforma introdotta dalla legge 19 febbraio 2005, n.15, nell'arricchire il novero dei principi generali cui si deve uniformare l'attività amministrativa, stabilisce che la pubblica amministrazione, nell'adottare atti di natura non autoritativa, deve agire secondo le regole del diritto privato, finendo così con l'invertire il principio che aveva governato per due secoli l'attività amministrativa.

Con la medesima legge si è riformato anche l'articolo 11 della legge n. 241 del 1990, riguardante gli accordi procedimentali, e su cui torneremo diffusamente.

Parte della dottrina individua le cause del processo di privatizzazione dei rapporti di diritto amministrativo nella modifica strutturale della soggettività pubblica.

Con la figura introdotta dal diritto comunitario "dell'organismo di diritto pubblico", diventa naturale assistere al fenomeno per cui società aventi forma privata, e che agiscono quindi con lo strumento del contratto, curano legittimamente l'interesse pubblico, usando il procedimento dell'evidenza pubblica e soggiacendo alla giurisdizione del giudice amministrativo.

La privatizzazione del diritto delle amministrazioni pubbliche: dal provvedimento al contratto

L'azione amministrativa della P.A. può tanto esplicarsi nelle forme proprie per essa previste dal diritto pubblico, quanto nelle forme comuni del diritto privato.

Nell'ambito dell'attività di diritto comune della P.A. assume particolare rilevanza l'attività contrattuale dello Stato e degli altri enti pubblici, attività che, pur se costituisce manifestazione della capacità di diritto privato della P.A., è tuttavia, di massima regolata, oltretutto dal diritto privato, da norme dell'ordinamento giuspubblicistico.

L'utilizzo da parte della pubblica amministrazione degli **strumenti tipici del diritto privato**, tra i quali **i contratti**, ha avuto come conseguenza diretta, nel nostro ordinamento, quella della cd. **privatizzazione del diritto delle amministrazioni pubbliche**, ossia del passaggio dal regime tradizionale del provvedimento amministrativo al regime contrattuale, con l'estensione dei moduli contrattual-privatistici all'intero agire amministrativo.

La possibilità riconosciuta alla P.A. di esplicare la propria attività amministrativa, scegliendo, alternativamente, tra il provvedimento amministrativo ed il contratto,

comporta, sempre nell'ottica del perseguimento dei fini pubblici e nel rispetto dei principi fissati dall'art. 97 Cost., conseguenze diverse in ordine al rapporto P.A.- cittadino, soprattutto con riferimento al regime che caratterizza i relativi atti.

Il rapporto cittadino – p.a.

Ed invero, qualora la pubblica amministrazione decida di utilizzare strumenti propri del diritto pubblico, la stessa agisce, unilateralmente, quale organo titolare di poteri autoritativi nei confronti del privato, ponendosi in una **posizione di supremazia** rispetto a quest'ultimo;

laddove invece la P.A., nell'ambito della sua capacità di diritto privato, utilizzi strumenti propri di quest'ultimo (attività negoziale) si spoglia di ogni prerogativa pubblicistica, ponendosi in tal caso, su un **piano di parità con il privato cittadino**, e divenendo «parte» del relativo rapporto giuridico (ALTIERI).

Tale sostanziale parità trova un unico limite nella natura vincolata dell'attività contrattuale pubblica: la P.A. non può mai rinunciare a quelle connotazioni pubblicistiche che le impongono necessariamente il **perseguimento di quei fini pubblici** alla cui tutela essa è preposta.

Il ricorso allo strumento contrattuale da parte di una P.A. ha posto un delicato problema relativo al possibile **rapporto tra negozio privato ed interesse pubblico**.

La particolarità sta nel fatto che l'amministrazione deve, in ogni caso, **dar conto sia delle ragioni di interesse pubblico** che la inducono ad utilizzare lo strumento negoziale in luogo di quello provvedimentale, sia dell'**effettiva realizzazione di tale interesse** mediante il ricorso a strumenti propri dell'autonomia privata.

La **cura dell'interesse pubblico** deve, pertanto, essere evincibile ed a tal ne assume specifico rilievo il **procedimento di evidenza pubblica**: come è stato evidenziato dalla dottrina (IMMORDINO) anche i contratti della pubblica amministrazione sono la risultante dell'incontro di due volontà, solo che, in tal caso, la volontà della P.A. risulta all'esito di un procedimento, regolato da norme di diritto pubblico, la cui peculiarità è quella «di svolgere una funzione preliminare rispetto alla stipulazione del contratto» (BASSI), e nel corso del quale «sono evidenziate ed esplicitate le ragioni di pubblico interesse che muovono la stazione appaltante, orientandone la discrezionalità» (CARINGELLA).

Quadro generale dei contratti delle amministrazioni pubbliche.

Come insegna dottrina autorevole (GIANNINI), i contratti conclusi dalle pubbliche amministrazioni si dividono in tre grandi categorie.

a) **contratti ordinari** o di diritto comune caratteristici dell'autonomia privata (si pensi ad esempio alla vendita, alla locazione, al contratto di appalto). sono quei contratti che non subiscono modificazioni per il fatto che una delle parti sia

un'amministrazione pubblica. I contraenti sono su un piano di perfetta parità.

b) contratti speciali di diritto privato. Si definiscono, così, quei contratti regolati da norme di diritto privato speciale (tali sono ad esempio i contratti di trasporto ferroviario). La loro peculiarità risiede, perciò, nel fatto di essere regolati da norme civilistiche di specie rispetto a quelle generali del codice civile. Si pensi all'appalto di opere pubbliche, all'appalto di servizi o al contratto di fornitura.

Essi erano disciplinati dal Codice dei contratti pubblici, contenuto nel decreto legislativo 11 aprile 2006, n.163 ed oggi dal d.lgs. 50 del 2016.

c) contratti ad oggetto pubblico. Sono quelli che si caratterizzano per l'incontro e la commistione tra provvedimento amministrativo e contratto. Si pensi, ad esempio, alle convenzioni che si accompagnano alla concessione di un bene pubblico.

Sui contratti ordinari va fatta un precisazione.

Quando si parla di attività contrattuale della pubblica amministrazione, un'altra importante distinzione è quella basata sulla dicotomia contratti passivi - contratti attivi.

I **contratti passivi** sono quei contratti con i quali la **p.a. si procura beni e servizi necessari al proprio funzionamento dietro erogazione di somme di denaro** (es.: gli appalti, la compravendita, la locazione, il contratto d'opera ecc.); i **contratti attivi**, invece, sono quei contratti mediante i quali **l'amministrazione si procura delle entrate finanziarie** (es.: la compravendita, nel caso in cui la P.A. riveste il ruolo di venditore, la locazione quando il soggetto pubblico è locatore, ecc.).

Ora precisiamo prima sui contratti ad oggetto pubblico di cui alla lettera c) e poi sui contratti speciali di diritto privato (lettera b).

I contratti di diritto pubblico.

La ricostruzione migliore rimane ancora quella di GIANNINI; tanto più se si considera che essa è stata proposta prima della legge sul procedimento amministrativo e, in particolare, prima della riforma dell'articolo 11 della legge n. 241 del 1990, avvenuta il 2005, come già ricordato.

Secondo la dottrina, i contratti ad oggetto pubblico costituiscono **"una figura generale"**, ossia sono possibili "ogni volta che vi sia un aspetto patrimoniale, nell'esercizio di potestà pubbliche, che possa formare oggetto di disciplina negoziata e regolabile mediante obbligazioni (GIANNINI).

Bisogna considerare che questo tipo di contratti risalgono a tempi assai lontani; tant'è che già nell'800 si rinvenivano convenzioni tra amministratori e imprenditori privati per il disimpegno di servizi pubblici.

Sicché la giurisprudenza e la dottrina se ne dovettero occupare, dividendosi in due gruppi di opinioni:

la prima, secondo cui i rapporti nascenti dalle convenzioni erano da intendere come nascenti unicamente da provvedimenti amministrativi;

la seconda, secondo cui si trattava di veri e propri rapporti contrattuali, sia pure non di diritto privato ma di diritto pubblico, e tuttavia caratterizzati da un vero e proprio incontro di volontà.

La prima corrente di pensiero precisava che i provvedimenti amministrativi erano semplicemente preceduti da "atti di sottomissione" di privati, oppure che fossero rapporti nascenti da provvedimenti amministrativi puri e semplici, che si limitavano a recepire nelle proprie clausole il contenuto di atti predisposti da privati (la tesi **anticontrattualistica** viene fatta risalire a O. MAYER e in Italia fu sostenuta da F. CAMMEO e da RANELLETTI. Poi il tema è stato ripreso da ZANOBINI, con un'impostazione più civilistica).

La seconda corrente di pensiero tendeva a dimostrare, invece, che anche il diritto pubblico potesse adottare strutture contrattuali, con la particolarità che il contratto era "di diritto pubblico", poiché comunque era l'espressione dell'autorità del potere amministrativo (se si eccettua la posizione di P. VIRGA, che nega in radice l'ammissibilità del contratto ad oggetto pubblico, prevalgono gli autori che tendono ad ammettere la figura: M. GALLO, Contratto di diritto pubblico, in Nov. Dig. It.; G. FALCON, Le convenzioni pubblicistiche, Milano, 1984).

Tornando all'impostazione di GIANNINI, egli riteneva che la spiegazione per tali tipi di contratti vada ricercata in un'altra direzione, ed esattamente nel fatto che le "fattispecie globali" in cui essi si pongono sono composte di contratti e di provvedimenti amministrativi insieme.

Il modo come essi si collegano determinano appunto le tre categorie -contratti accessivi, ausiliari e sostitutivi di provvedimenti - ed hanno in comune il fatto di avere un oggetto pubblico, di cui solo l'amministrazione dispone.

Le tre categorie di contratti indicate sono state riprese anche dalla giurisprudenza.

I contratti accessivi di provvedimenti sono moduli convenzionali che accedono a provvedimenti, i quali sono già fonte di obbligazioni per il privato.

Inoltre il collegamento, come si diceva, è unilaterale, nel senso che è solo il provvedimento a determinare la sorte del contratto e non viceversa.

I contratti ausiliari di provvedimenti si inseriscono all'interno di procedimenti amministrativi e vengono utilizzati qualora ricorra l'esigenza di disciplinare aspetti patrimoniali. La caratteristica fondamentale di essi è costituita dal fatto che se il privato non adempia, l'amministrazione può agire o in via contrattuale dinanzi al giudice ordinario oppure in sede procedimentale, proseguendo oltre nel procedimento fino all'emanazione del provvedimento finale.

I contratti sostitutivi di provvedimenti, invece, hanno avuto larga applicazione

sia nel campo della pianificazione urbanistica (si pensi alle convenzioni di urbanizzazione, alle convenzioni di lottizzazione, alle convenzioni edilizie) e sia della programmazione economica. La loro caratteristica consiste nel fatto che essi sostituiscono completamente i provvedimenti. Tuttavia sembrerebbe che gli obblighi assunti dal privato derivino direttamente dalla legge, mentre la convenzione serve solo a disciplinare in maniera puntuale gli obblighi medesimi.

I Contratti pubblici

Oggi l'assetto normativo dei contratti pubblici, delineato con le direttive comunitarie n. 17 e 18 del 2004 ha subito una sostanziale revisione con l'approvazione di nuove direttive che sostituiscono le precedenti.

In particolare si tratta di un pacchetto di **tre nuove direttive**:

- la **direttiva n.2014/24/ue**, del Parlamento europeo e del Consiglio sugli appalti pubblici;
- la **direttiva n. 2014/25/ue**, del Parlamento europeo e del Consiglio sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e servizi postali;
- la **direttiva n. 2014/23/ue**, del Parlamento europeo e del Consiglio sull'aggiudicazione dei contratti di concessione.

Con riferimento agli appalti nei settori ordinari e speciali, le novità più interessanti riguardano:

- a) la **riduzione degli oneri amministrativi** connessi allo svolgimento della procedura, sia per gli enti aggiudicatori sia per gli operatori economici, mediante il crescente ricorso all'autocertificazione e la promozione degli appalti elettronici in grado di generare consistenti risparmi economici;
- b) una più attenta **vigilanza della correttezza delle procedure**, arginando la possibilità di conitti di interesse, favoritismi e corruzione;
- c) un nuovo **criterio di determinazione del prezzo**, che perde la sua staticità (il prezzo più basso al momento dell'offerta), per ricomprendere il costo di tutto il ciclo di vita del bene, manutenzioni e smaltimento nale compresi;
- d) un nuovo **ruolo delle pubbliche amministrazioni e un nuovo rapporto con gli operatori privati**: le PP.AA. non saranno più viste come soggetti passivi che spendono soldi pubblici per procurarsi beni e servizi seguendo precise regole e controlli, ma saranno chiamate a concepire idee, da realizzare poi con la collaborazione degli operatori economici. In tale prospettiva viene data ampia risonanza agli strumenti che realizzano una sinergia tra pubblico e privato (tra questi si segnala il Partenariato per l'innovazione).

Il nuovo Codice

Il nuovo "Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione" contiene criteri di semplificazione, snellimento, riduzione delle norme in materia.

È **una disciplina autoapplicativa**. Non prevede infatti, come in passato, un regolamento di esecuzione e di attuazione, ma l'emanazione di atti di indirizzo e di linee guida di carattere generale, da approvare con decreto del Ministro delle

infrastrutture e dei trasporti su proposta dell'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC) e previo parere delle competenti commissioni parlamentari.

Le linee guida, quale strumento di soft law, contribuiranno ad assicurare la trasparenza, l'omogeneità e la speditezza delle procedure e fornire criteri unitari. Avranno valore di atto di indirizzo generale e consentiranno un aggiornamento costante e coerente con i mutamenti del sistema.

Viene poi regolata la Governance, con il rafforzamento dell'ANAC nel sostegno alla legalità, il ruolo del Consiglio Superiore del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti (MIT) e l'istituzione della Cabina di regia presso la Presidenza del Consiglio dei ministri, quale organo di coordinamento e monitoraggio.

Il Codice è articolato per processi, in sequenza dal momento in cui si decide una procedura di affidamento a quello finale dell'esecuzione.

Declina la pianificazione, programmazione e progettazione, fasi fondamentali per la stazione appaltante, le modalità di affidamento, individuando i principi comuni a tutti i tipi di affidamento: trasparenza, economicità, efficacia, correttezza, tempestività, libera concorrenza, non discriminazione, applicabilità dei contratti collettivi al personale impiegato nei lavori, servizi e forniture oggetto dei contratti, applicabilità della legge 241/1990, il RUP, le fasi delle procedure, i controlli sugli atti di affidamento e i criteri di sostenibilità energetica e ambientale.

Sono quindi disciplinate le **regole procedurali** per ogni tipologia contrattuale: appalto, concessioni, altre tipologie quali quelle in house, contraente generale, strumenti di partenariato pubblico-privato, ricomprendendo in quest'ultimo il project financing, strumenti di sussidiarietà orizzontale, il baratto amministrativo.

Vengono disciplinati i **passaggi**: verifica della soglia comunitaria e requisiti di qualificazione della stazione appaltante, modalità di affidamento e scelta del contraente, bandi, avvisi, selezione delle offerte, aggiudicazione, esecuzione, della verifica e collaudo.

Qualità del progetto, della stazione appaltante e degli operatori

Il nuovo sistema è incentrato sulla qualità e consente di eliminare la causa principale del lievitare dei costi delle opere pubbliche, rappresentata da gare su progettazioni preliminari.

Sono previsti tre livelli di progettazione: il nuovo progetto di fattibilità tecnica ed economica, il progetto definitivo ed il progetto esecutivo, che viene posto a base di gara.

La nuova forma di progetto di fattibilità rafforza la qualità tecnica ed economica del progetto. La progettazione deve assicurare il soddisfacimento dei fabbisogni della collettività, la qualità architettonica e tecnico-funzionale dell'opera, un limitato consumo del suolo, il rispetto dei vincoli idrogeologici sismici e forestali e l'efficientamento energetico.

Il nuovo progetto di fattibilità sarà redatto sulla base di indagini geologiche e

geognostiche, di verifiche preventive dell'assetto archeologico, fermo restando che deve individuare il miglior rapporto tra costi e benefici per la collettività. È stata prevista la progressiva introduzione di strumenti di modellazione elettronica che potranno essere utilizzate nelle gare bandite dalle stazioni appaltanti più qualificate.

Quanto alla scelta del contraente, il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa basata sul miglior rapporto qualità/prezzo (che coniuga offerta economica prevista e offerta tecnica), che in precedenza rappresentava solo una delle alternative a disposizione delle stazioni appaltanti, diviene il criterio di aggiudicazione preferenziale, nonché obbligatorio per i servizi sociali e di ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica e per quei servizi in cui è fondamentale l'apporto di manodopera nei settori in cui prevale l'esigenza di qualità o di tutela dei lavoratori.

Misure a sostegno della legalità, rafforzamento del ruolo di ANAC

Numerose le disposizioni a sostegno della legalità, partendo da rafforzamento e potenziamento del ruolo dell'ANAC nel quadro delle sue funzioni di vigilanza, di promozione e sostegno delle migliori pratiche e di facilitazione allo scambio di informazioni tra stazioni appaltanti.

L'ANAC è chiamato ad adottare atti di indirizzo quali linee guida, bandi-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolamentazione flessibile, fornendo costante supporto nell'interpretazione e nell'applicazione del Codice.

Le concessioni nel nuovo Codice

Per la prima volta il nuovo Codice, come richiesto dal legislatore europeo, affronta l'istituto della concessione in modo organico. Viene prevista una disciplina unitaria per le concessioni di lavori, servizi e forniture, chiarendo che le concessioni sono contratti di durata, caratterizzati dal rischio operativo in capo al concessionario in caso di mancato ritorno economico dell'investimento effettuato.

Sono stati precisati gli effetti dell'annullamento delle concessioni in caso di revoca e le prestazioni economiche e finanziarie a carico delle parti in caso di revoca. È stata introdotta l'ipotesi di revoca per motivi di pubblica utilità.

Il Codice prevede una nuova disciplina del sistema delle garanzie. La vecchia garanzia globale è eliminata e sostituita da due diverse garanzie, rilasciate contestualmente: la garanzia di buon adempimento, senza possibilità di svincolo, che permane fino alla conclusione dell'opera e la garanzia per la risoluzione che copre il costo del nuovo affidamento in tutti i casi in cui l'affidatario viene meno e il maggior costo che viene praticato dal subentrante.

Trasparenza e dematerializzazione con le gare elettroniche, banche dati

È previsto il graduale passaggio a procedure interamente gestite in maniera digitale, con conseguente riduzione degli oneri amministrativi.

Nell'ambito delle misure di trasparenza si prevede infatti il ricorso generalizzato ai mezzi elettronici di comunicazione ed informazione, la pubblicità di tutte le fasi prodromiche e successive della gara, che si affianca alla pubblicità degli avvisi e dei bandi di gara.

Riduzione del contenzioso amministrativo

Al fine di garantire l'efficacia e la celerità delle procedure di aggiudicazione e tempi certi nella esecuzione dei contratti viene introdotto un rito speciale in camera di consiglio del Tar. In particolare si prevede che i vizi relativi alla composizione della commissione di gara, all'esclusione dalla gara per carenza dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico professionali sono considerati immediatamente lesivi e sono ricorribili innanzi al TAR entro trenta giorni dalla pubblicazione della composizione della commissione o dell'elenco degli esclusi e degli ammessi. L'omessa impugnazione di tali provvedimenti preclude la facoltà di far valere l'illegittimità nei successivi atti della procedura di gara anche con ricorso incidentale.

Sono poi previsti rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale quali **l'accordo bonario**, (esteso anche alle contestazioni per appalti di servizi e forniture, eliminando il ricorso alla Commissione e prevedendo la conclusione entro 45 giorni), **l'arbitrato** (prevedendo il solo ricorso all'arbitrato amministrato nonché l'istituzione di una Camera arbitrale che cura la formazione della tenuta dell'albo degli arbitri e dei segretari e redige il codice deontologico degli arbitri camerati), **la transazione** (nell'impossibilità di ricorrere ad altre soluzioni).

Sono poi inseriti altri rimedi quali il collegio tecnico consultivo (con funzioni di assistenza e non vincolante, al fine di giungere, nella fase dell'esecuzione, ad una rapida definizione delle controversie) e i pareri di precontenzioso dell'ANAC (dove l'ANAC esprime parere su iniziativa della stazione appaltante o di una delle parti su questioni insorte durante la procedura di gara). Il parere è vincolante e il mancato adeguamento della stazione appaltante determina la sanzione amministrativa pecuniaria da 250 euro a 25.000 euro a carico del dirigente responsabile.