

Concorso

222 **COMUNE** di **NAPOLI**

50 **Funzionari** **tecnici**

MANUALE + TEST di verifica
per la prova **preselettiva** e **scritta**

NLD
CONCORSI

Capitolo 17

I contratti della P.A.

SOMMARIO:

1. La capacità di diritto privato della P.A. - 2. Classificazione dei contratti della Pubblica Amministrazione. - 3. I contratti atipici. - 4. Il Codice dei contratti pubblici. Dal d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 al d.lgs. 31 marzo 2023 n. 33. - 4.1. Il ruolo del Codice dei Contratti pubblici e il suo ambito applicativo. - 4.1.1. La disciplina intertemporale. - 4.1.2. Il nuovo sistema delle fonti. - 4.1.3. Il rilievo dei principi generali nel nuovo Codice del 2023. - 4.1.4. I principi del risultato, della fiducia e dell'accesso al mercato. - 4.1.5. I principi di buona fede e tutela dell'affidamento, tassatività delle cause di esclusione. - 4.1.6. Il conflitto di interessi. - 4.1.7. I principi per le fasi dell'affidamento e dell'esecuzione: concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, tempestività, pubblicità, suddivisione in lotti e rotazione. - 4.1.7.1. Suddivisione in lotti e rotazione. - 4.1.8. Ambito applicativo. - 5. I contratti pubblici: le *species*. Passivi e attivi; a titolo oneroso e gratuito; concessioni e appalti; sotto e sopra soglia. - 5.1. Le soglie di rilevanza europea. - 6. Aggregazione e qualificazione delle stazioni appaltanti. - 6.1. Il sistema di qualificazione (necessario): livelli ed indicatori. - 6.2. I (tre) macro-indici. - 6.2.1. (*Segue*) Il sistema di qualificazione e le corrispondenti attività. - 7. Il procedimento ad evidenza pubblica. - 7.1. La deliberazione a contrarre. - 7.2. Il bando di gara. - 7.3. L'impugnazione delle clausole del bando. - 8. I sistemi di aggiudicazione e la selezione delle offerte. - 9. I criteri di aggiudicazione. - 9.1. Le offerte anomale. - 10. La partecipazione alla procedura di gara e i requisiti soggettivi. - 10.1. Le cause di esclusione automatica e non automatica e i requisiti di ordine speciale. - 10.1.1. Disciplina dell'esclusione, verifica del possesso dei requisiti e soccorso istruttorio. - 10.2. Partecipazione in forma associata alla gara: i raggruppamenti (e le associazioni) temporanei di impresa. - 10.3. I consorzi ordinari e i consorzi stabili. - 10.4. Il contratto di rete e il contratto di avvalimento. - 10.5. Il subappalto. Il subappalto a cascata. - 11. L'aggiudicazione, la stipulazione del contratto e l'approvazione. - 11.1. Le fasi dell'aggiudicazione. La proposta di aggiudicazione. - 11.2. L'approvazione e la stipula del contratto. - 11.2.1. L'avvio di esecuzione e lo *stand still* sostanziale e processuale. - 12. L'esecuzione del contratto. - 12.1. Il collaudo e la verifica di conformità. - 12.2. Le garanzie. - 12.3. Le modifiche del contratto in corso di esecuzione. - 12.4. Proroga e rinnovo del contratto in corso di esecuzione. - 12.5. Vicende particolari in corso di esecuzione. Sospensione, risoluzione e recesso. - 13. La giurisdizione e la tutela. - 13.1. I rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale. - 13.2. I rimedi giurisdizionali. - 13.3. Il contenzioso per le controversie relative ad infrastrutture strategiche. - 14. Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto.

1. La capacità di diritto privato della P.A.

Il tema della capacità di diritto privato della P.A. ha subito un'evoluzione nel tempo. Rispetto all'iniziale tesi della **capacità speciale** o del c.d. principio positivo, secondo cui la P.A. può porre in essere i soli atti di diritto privato alla cui adozione è espressamente facoltizzata, è prevalsa quella che riconosce **piena e generale capacità di diritto privato all'amministrazione** e l'assoggettamento della stessa alle norme di diritto privato. Negli anni recenti l'attività negoziale è divenuta **strumento di carattere generale, dotato di pari dignità rispetto a quello provvedimentale**. È oggi pacifico, dunque, che l'amministrazione possa **realizzare un fine pubblico anche mediante l'attività contrattuale ordinaria** (cfr. art. 1, comma 1-*bis*, l. n. 241 del 1990, a tenore del quale "*la Pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme del diritto privato, salvo che la legge disponga diversamente*").

Entrambe le forme dell'agire amministrativo sono tuttavia caratterizzate da un vincolo di "**funzionalizzazione**": sebbene dotata di potere discrezionale, la P.A., infatti, non è libera nella scelta dei fini da perseguire ma è sempre vincolata al perseguimento del pubblico interesse.

Il riconoscimento di una generale capacità di diritto privato della P.A. non esclude, quindi, che la stessa soggiaccia a **limiti specifici** di tipo **funzionale**, che precludono la conclusione di negozi incompatibili con lo scopo pubblico perseguito dalla P.A.

- Ancora, l'attività di diritto privato dell'amministrazione è soggetta il più delle volte ad una **disciplina speciale**, di cui è espressione anche l'art. 21-*sexies*, l. n. 241 del 1990, introdotto dalla l. n. 15/2005, che prevede, nei casi previsti dalla legge, lo strumento del **recesso unilaterale** del soggetto pubblico dai contratti stipulati. Il recesso dai contratti va distinto: dalla **revoca** del provvedimento (*ex art. 21 quinquies*) che interviene sull'atto amministrativo, e non sul negozio;
- dal **recesso dagli accordi** contemplati dall'art. 11, l. n. 241 del 1990, mentre lo scioglimento unilaterale dal contratto è limitato ad ipotesi tassative, dovendo trovare nella legge o nel contratto una clausola che ne legittimi il successivo esercizio.

Il recesso dai contratti di diritto comune si colloca nella fase di esecuzione del contratto, con rilevanti implicazioni in punto di **giurisdizione**: trattandosi di atto con cui è esercitato un diritto potestativo negoziale, la giurisdizione si radica in capo al **G.O.**

Stante il riconoscimento di una **generale capacità di diritto privato**, che abilita la P.A. a concludere ogni tipo di contratto, sempre che sia compatibile con le finalità istituzionali assegnate al singolo ente – in tal senso richiamando l'art. 1, co. 1 *bis*, l. 241/1990, che prevede, appunto, che *“la Pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme del diritto privato, salvo che la legge disponga diversamente”* – fondamentale importanza assume oggi l'art. 8 del **nuovo Codice del 2023** che al comma 1, nell'enunciare il **principio di autonomia contrattuale**, prevede che nel perseguire le proprie finalità istituzionali le pubbliche amministrazioni sono dotate di autonomia contrattuale e possono concludere qualsiasi contratto, anche gratuito, salvi i divieti espressamente previsti dal codice e da altre disposizioni di legge. La relazione illustrativa, sul punto, segnala che il comma in esame recepisce *“una costante giurisprudenza (cfr. Cass. Sez. Un. 12 maggio 2008, n. 11656), che riconosce alla pubblica amministrazione una generale capacità negoziale, salvo i divieti previsti dalla legge”*. È ormai pacifico, infatti, che il principio di tipicità dei provvedimenti amministrativi non si estende ai contratti, per i quali vige l'opposto principio di atipicità (art. 1322 c.c.), ribadendo, in tal modo, il **principio di tassatività della limitazione della capacità negoziale**.

2. Classificazione dei contratti della Pubblica Amministrazione

I contratti posti in essere dalla P.A. sono stati tradizionalmente suddivisi in **tre categorie principali**:

- **contratti ordinari** o di diritto comune (compravendita, locazione) in cui la P.A. **agisce iure privatorum**, spogliandosi della sua veste autoritativa e ponendosi sullo stesso piano di un soggetto privato. Occorre, tuttavia, tenere presente che la valutazione discrezionale operata dall'amministrazione di ricorrere allo strumento contrattuale privato è pur sempre funzionale al perseguimento dell'interesse pubblico.
- **contratti di diritto speciale**. In tali fattispecie, la P.A. si pone su un piano solo tendenziale di parità con il contraente privato, che giustifica l'applicazione delle norme privatistiche derivanti dalla legislazione speciale (contratti di trasporto ferroviario).
- **contratti ad oggetto pubblico** che si sostanziano nelle fattispecie negoziali in cui la P.A., in veste autoritativa, si pone in **posizione di supremazia** rispetto alla controparte e dalla tendenziale commistione, in termini di disciplina applicabile, tra provvedimento e contratto.

La dottrina distingue tale attività contrattuale della P.A. in **contratti ad oggetto pubblico, contratti accessivi, ausiliari e sostitutivi di provvedimento amministrativo**.

L'art. 2 dell'Allegato I.1. al nuovo **Codice dei contratti pubblici del 2023**, chiarisce, al riguardo, che i contratti pubblici sono "contratti" a tutti gli effetti, espressione dell'autonomia negoziale della pubblica amministrazione, sottoposti nella fase esecutiva al diritto privato, salvo le deroghe espressamente previste dal Codice. Si vuole, in tal modo, sottolineare che i "contratti pubblici" (cui fa più volte riferimento anche la legge delega) sono i "contratti" stipulati da soggetti che rivestono la qualità di stazioni appaltanti ed enti concedenti, così tenendoli distinti dalla categoria "pubblicistica" dei c.d. contratti ad oggetto pubblico. La circostanza che la conclusione dei "contratti pubblici" sia preceduta da una fase di evidenza pubblica (attraverso la quale si forma la volontà dell'amministrazione e si individua il contraente) non ne fa venire meno, infatti, la natura negoziale.

3. I contratti atipici

Come osservato, la piena e generale capacità di diritto privato della pubblica amministrazione e l'autonomia negoziale riconosciute, come oggi espressamente indicato dal **nuovo Codice del 2023 all'art. 8**, determinano indubbiamente la possibilità per la P.A. di stipulare anche **contratti atipici**, ossia contratti il cui schema-tipo non è previsto dalla legge (o anche, in questo caso, i contratti che il legislatore prevede senza però attribuire alla P.A. il potere di stipularli) ma è comunque dalla stessa "autorizzato", purché "*siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico*", come recita l'art. 1322 co. 2 c.c. e purché essi siano **strettamente funzionali alla realizzazione del fine pubblico perseguito dall'ente**.

Ciò detto, i principali contratti atipici stipulabili dalla P.A. sono:

A) Il contratto di brokeraggio.

È un contratto che si instaura tra l'assicurando (che non si esclude possa essere una P.A.) e un professionista-imprenditore, per lo svolgimento di una prestazione di contenuto misto, in parte di consulenza e in parte di **intermediazione nel mercato assicurativo**, per il quale il professionista si impegna a svolgere un'**attività di distribuzione assicurativa e riassicurativa**, consistente nel proporre prodotti assicurativi e riassicurativi, nel prestare assistenza o consulenza, nel compiere altri atti preparatori relativi alla conclusione di tali contratti, nella conclusione di tali contratti, ovvero nella collaborazione alla gestione o all'esecuzione, segnatamente in caso di sinistri, dei contratti stipulati. Si tratta di un **contratto oneroso**, essendo posta a carico della P.A., sotto forma di compenso indiretto (o provvigione) la percentuale dovuta al broker per la sua attività di intermediazione; lo stesso è quindi assoggettato alle **regole pubblicistiche** dettate per l'affidamento degli appalti di servizi dal Codice dei contratti pubblici; allo stesso modo, guardando alla **natura dell'attività del broker**, essa è (altrettanto) pacificamente considerata di **carattere imprenditoriale**, come tale può essere inquadrata come oggetto di un **appalto di servizi** (di consulenza, mediazione ed assicurativo) e sottoposta alla relativa procedura di evidenza pubblica.

B) I contratti che l'amministrazione conclude con l'*advisor*.

L'*advisor* è il consulente di cui si avvale la P.A. per l'individuazione del proprio interlocutore in una data operazione economica, quale la scelta del socio privato di una s.p.a. in una procedura di privatizzazione.

C) Il contratto di sponsorizzazione.

Il **contratto di sponsorizzazione** è un particolare accordo, in base alla quale un soggetto, cosiddetto **sponsorizzato** o *sponsee*, assume, **normalmente dietro corrispettivo**, l'obbligo di associare a proprie attività il nome o il segno distintivo di altro soggetto, detto **sponsorizzatore** o *sponsor*, divulgandone così l'immagine o il marchio presso il pubblico. Per le sue caratteristiche, tale contratto è qualificato in dottrina e giurisprudenza come **atipico, consensuale, a titolo oneroso e a prestazioni corrispettive**.

Il **quadro normativo** di riferimento in materia di contratti di sponsorizzazione prevede che le PP.AA. possano stipulare contratti di sponsorizzazione con soggetti privati, purché sussistano i

presupposti: della **finalizzazione al perseguimento dell'interesse pubblico**; dell'**esclusione di conflitti di interessi** tra attività pubblica e privata; della realizzazione di un **risparmio di spesa**.

Si distingue tra sponsorizzazione **passiva** e **attiva**:

- Nella **sponsorizzazione passiva** la P.A. è il soggetto sponsorizzato e lo *sponsor* ottiene la pubblicizzazione della propria immagine tramite l'attività stessa della P.A., pagando per questo fine un corrispettivo o concorrendo alle spese dell'iniziativa pubblica. L'interesse pubblico che la P.A. realizza in questi casi è il **recupero di risorse finanziarie**. Tale contratto rientra propriamente tra i contratti c.d. attivi, in quanto comporta un vantaggio economico e patrimoniale direttamente quantificabile per la P.A. (con conseguente risparmio di spesa) e che, pertanto, resta al di fuori della disciplina comunitaria e nazionale sugli appalti pubblici.
- Nella **sponsorizzazione attiva**, la P.A. assume la veste di *sponsor*. Si esclude che possa imporsi all'amministrazione il ricorso a procedure concorsuali.

Con l'entrata in vigore del **d.lgs. n. 50/2016**, il contratto di sponsorizzazione non ha mutato il suo carattere di contratto atipico, tuttavia, **l'art. 19** lo ha espressamente preso in considerazione, sancendo che l'affidamento di contratti di sponsorizzazione di lavori, servizi o forniture per importi superiori a **quarantamila euro**, mediante dazione di danaro o acollo del debito, o altre modalità di assunzione del pagamento dei corrispettivi dovuti, è soggetto esclusivamente alla **previa pubblicazione sul sito internet della stazione appaltante di apposito avviso**; la disciplina prevista dall'art. 19 è stato poi estesa dall'art. 151 anche ai contratti di **sponsorizzazione in materia di beni culturali**. Medesima disposizione si ritrova oggi nel **Nuovo Codice del 2023**, che all'**art. 134**, si occupa della collaborazione tra pubblico e privato nello svolgimento di attività finalizzate alla **tutela e alla valorizzazione dei beni culturali**, di regola svolte nelle forme della sponsorizzazione e del partenariato.

D) Il contratto di tesoreria

Il **servizio di tesoreria** è dato dal **complesso di operazioni legate alla gestione finanziaria dell'ente locale** e finalizzate, in particolare, alla riscossione delle entrate, al pagamento delle spese, alla custodia di titoli e valori ed agli adempimenti connessi; l'affidamento del relativo servizio viene effettuato mediante **procedure ad evidenza pubblica** stabilite nel regolamento di contabilità di ciascun ente, con modalità che rispettino i principi della concorrenza; ciò anche in considerazione delle peculiarità e della delicatezza delle funzioni del Tesoriere, che è un **agente contabile esterno**, tenuto a rendere il conto giudiziale inerente alla propria gestione. Secondo la comune opinione della giurisprudenza, nella vigenza del vecchio Codice dei contratti del 2006, l'affidamento del servizio di tesoreria costituirebbe una **concessione di servizi**.

E) Il leasing pubblico.

È il contratto con il quale una parte, dietro corrispettivo di un canone periodico determinato in relazione al recupero del prezzo ed al conseguimento di un utile, concede il godimento di un bene all'altra, con facoltà di questa, alla scadenza del termine fissato, di restituirlo o di acquistarlo per una specificata somma residua. Si suole distinguere tra:

1. *leasing operativo*, in cui si realizza un'operazione bilaterale, venendo a coincidere nello stesso soggetto le figure di produttore e locatore;
2. *leasing finanziario*, in cui si attua, invece, un rapporto trilaterale, essendo coinvolte, oltre al soggetto utilizzatore, l'impresa venditrice del bene e la società di *leasing*, che, dopo aver acquistato il bene da quest'ultima, lo concede in godimento all'utilizzatore.

Il cd. *leasing* pubblico non rappresenta una *species* diversa rispetto all'ordinario contratto di *leasing*; in ambito pubblico, però, è limitata alla fattispecie di *leasing* finanziario. Inoltre, la sua applicazione risulta ulteriormente circoscritta nella prassi ai **beni immobili**, riguardando prevalentemente opere pubbliche da realizzare ed integrando così la figura del cd. ***leasing in costruendo***, che si ha quando la società di *leasing* costruisce l'opera pubblica e contestualmente l'affitta, concedendo alla Pubblica amministrazione, che quindi assume la veste di locataria-