

Enrico MANTOVANI

Schemi di
**DIRITTO
AMMINISTRATIVO**

XII edizione **2025**


Neldiritto
Editore

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.

- 2) Il **nuovo codice dei contratti pubblici** ha codificato l'ormai pacifica acquisizione secondo cui 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.). Si ribadisce, in tal modo, il principio di tassatività della limitazione della capacità negoziale, richiedendosi una esplicita previsione di legge.

Analogie e differenze.

Contratti e accordi

	Analogie	Differenze
Contratti di diritto comune	<ul style="list-style-type: none"> ▶ Sono modelli consensuali, utilizzati dalla P.A. per il conseguimento dell'interesse pubblico; ▶ Permettono al privato di partecipare all'azione amministrativa. 	<ul style="list-style-type: none"> ▶ Sono negozi giuridici interamente regolati dalla disciplina privatistica; ▶ Si applica l'art. 1 <i>bis</i>, l. n. 241/1990, secondo cui <i>"la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato, salvo che la legge disponga diversamente"</i>.
Accordi (art. 11, l. n. 241/1990)		<ul style="list-style-type: none"> ▶ È un modello consensuale dell'esercizio del potere amministrativo che, consentendo alla P.A. di ricercare il consenso del privato, al fine di contemperare gli opposti interessi in gioco, permette di raggiungere un assetto di interessi concordato, che costituirà il contenuto del provvedimento (<i>accordi procedurali</i>) o sostituirà il contenuto del provvedimento stesso (<i>accordi sostitutivi</i>). ▶ Rimangono interni alla funzione autoritativa svolta dalla P.A., in quanto presuppongono l'esistenza di un procedimento amministrativo in svolgimento e, quindi, l'esercizio del potere.

➤ 1.1.1. La classificazione dei contratti della PA.

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);

PARTE SECONDA

- **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.

➤ 1.2. I contratti pubblici: appalti e concessioni.

La conclusione dei **contratti pubblici**, che l'art. 2, all. I.1., d.lgs. 36/2023 definisce come tutti "i contratti, anche diversi da appalti e concessioni, conclusi da una stazione appaltante o da un ente concedente", è preceduta da una fase di evidenza pubblica, attraverso cui si forma la volontà della PA e si seleziona il contraente.

L'evidenza pubblica deve precedere la stipulazione dei **contratti passivi**, ossia quelli che comportano una spesa per la PA.

Per contro, i **contratti attivi**, ossia quelli da cui deriva un'entrata e non una spesa per la PA, non sono soggetti alla disciplina dell'evidenza pubblica per la scelta del contraente.

Nell'ambito dei contratti pubblici passivi, si distinguono in particolare:

- L'**appalto** (art. 3, co. 1, lett. ii) che si caratterizza per:
 - a. **profilo oggettivo**: l'appalto è un contratto a titolo oneroso comprende l'esecuzione di opere, la prestazione di servizi o la fornitura di beni già prodotti;
 - b. **profilo soggettivo**: il committente che deve rivestire la qualifica di amministrazione dello stato, ente pubblico territoriale, ente pubblico non economico, organismo di diritto pubblico e l'appaltatore deve essere un operatore economico, persona fisica o giuridica (nell'appalto di lavori deve trattarsi di un "imprenditore")
- La **concessione** che può essere:
 - a. **concessione di lavori pubblici** ossia il contratto a titolo oneroso, concluso in forma scritta, in virtù del quale una o più stazioni appaltanti affidano l'esecuzione di lavori ad uno o più operatori economici riconoscendo a titolo di corrispettivo unicamente il diritto di gestire le opere oggetto del contratto o tale diritto accompagnato da un prezzo, con assunzione in capo al concessionario del rischio operativo legato alla gestione delle opere (art. 3 comma 1, lett. uu);
 - b. la **concessione di servizi** è un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo (**art. 3, co. 1, lett. vv**).

In definitiva, la distinzione tra appalto e concessione è individuata:

- nel c.d. "**rischio di gestione**"; invero il corrispettivo consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo (nella *concessione di lavori*) o nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo (nella *concessione di servizi*);
- la concessione instaura, così, un **rapporto trilaterale** tra amministrazione, concessionario ed utenti.

Di rilevante impatto sistematico appare il nuovo comma 3 dell'art. 177, introdotto dal **D.lgs. 31 dicembre 2024, n. 209**: esso prevede che il rischio operativo, rilevante ai fini della qualificazione dell'operazione economica come concessione, è quello che deriva da fattori esterni, non soggetti al controllo delle parti; non rilevano i rischi connessi a cattiva gestione, a inadempimenti contrattuali dell'operatore economico o a causa di forza maggiore. La versione originaria della disposizione, invece, faceva riferimento a "fattori eccezionali non prevedibili e non imputabili alle parti.

Quanto alla **disciplina applicabile**, gli artt. 164 e ss. introducono una **disciplina unitaria** disponendo che ai medesimi contratti si applicano, per quanto compatibili, le disposizioni recate dalla I e dalla II Parte del Codice.

■ 2. Codice dei contratti pubblici.

Nel settore, si sono succedute diverse fonti normative, finché, nel dare attuazione alle direttive europee n. 24 e n. 25, è intervenuto il **Codice dei contratti pubblici**, emanato con il **d.lgs. n. 50/2016**, che ha sostituito il previgente codice disciplinato dal d.lgs. n. 163 del 2006 e che, dal 1° aprile 2023, è sostituito dal d.lgs. n. 36/2023 (su cui si veda *infra*). Da ultimo, il d.lgs. n. 36/2023 è stato oggetto di significative modifiche da parte del correttivo al Codice dei contratti pubblici approvato con il **D.lgs. del 31 dicembre 2024, n. 209**.

Il Codice del 2016 ha rappresentato la **fonte principale di disciplina degli appalti pubblici**, integrato dalla legge sul procedimento amministrativo e dal diritto privato e, a livello sub-primario, da provvedimenti *lato sensu* normativi quali le linee guida ANAC, in sostituzione del previgente regolamento di esecuzione ed attuazione. Con il d.l. n. 32/2019, c.d. “Sblocca Cantieri”, come convertito dalla l. n. 55/2019, le linee guida ANAC sono state nuovamente sostituite da un regolamento unico di attuazione ed esecuzione, mai tuttavia approvato.

Il testo del Codice di cui al d.lgs. n. 36/2023 è **strutturato in cinque libri**: il primo (artt. 1 – 47) dedicato ai principi, alla digitalizzazione, programmazione e progettazione; il secondo (artt. 48 – 140) dedicato all'appalto in generale; il terzo (artt. 141 – 172) dedicato all'appalto nei settori speciali; il quarto (artt. 173 – 208) dedicato al partenariato pubblico-privato ed alle concessioni; il quinto (artt. 209 – 229) dedicato al contenzioso ed all'Autorità Nazionale Anticorruzione nonché a disposizioni finali e transitorie. A questo si sommano 38 allegati che sostituiscono, tra l'altro, le precedenti linee guida ANAC.

- In relazione all'ambito applicativo, il nuovo codice distingue tra:
 - a. **settori ordinari**, quelli cui si applicano le norme del codice e in particolare la procedura di evidenza pubblica per la stipula del contratto e la selezione del contraente; in tali settori operano le amministrazioni aggiudicatrici, gli enti territoriali e l'organismo di diritto pubblico;
 - b. **settori speciali**, concernenti i settori del gas, energia elettrica, elettricità, acqua, servizi di trasporto, portuali e aeroportuali, servizi postali generali, estrazione di gas, prospezione ed estrazione di carbone o di altri combustibili solidi, per i quali trovano applicazione norme speciali sempre contenute nel codice.;
 - c. **contratti esclusi**, ossia quei settori che, benché astrattamente riconducibili al codice, vengono da esso esclusi per ragioni di opportunità o di scelta normativa. Il d.lgs. n. 36 del 2023 prescrive il rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza e proporzionalità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica (art. 4). Rientrano tra i settori esclusi: *i) in house; ii) joint venture; iii) società miste* che svolgono attività non destinate al mercato.

Il d.lgs. n. 36 del 2023, distingue, inoltre, tra appalti **pubblici sopra soglia ed appalti pubblici sottosoglia**, differenziando la disciplina applicabile in funzione del superamento di specifici valori economici, dettati dal legislatore all'art. 14 (e diversificati a seconda della tipologia di contratto) e tali da rendere i contratti di rilevanza comunitaria. La disciplina fa riferimento a quanto contenuto nel Regolamento UE 15 novembre 2023, n. 2023/2495/UE – (Contratti pubblici e soglie di rilevanza europea) e nel Regolamento UE 15 novembre 2023, n. 2023/2510/UE – (Contratti pubblici e soglie di rilevanza europea nei settori della difesa e della sicurezza).

Con riferimento ai contratti sottosoglia, questi sono suddivisi dall'art. 50 del Codice in cinque distinte fasce, di valore crescente, con progressivo irrigidimento delle modalità di affidamento.