

Roberto
GAROFOLI

Giulia
FERRARI

**MANUALE di
DIRITTO
AMMINISTRATIVO**

PARTE GENERALE E SPECIALE

XIX EDIZIONE 2025-2026



**Neldiritto
Editore**

Corte cost.
30 luglio
2008, n.
320

Sulla base di analoghe motivazioni il giudice delle leggi, con sentenza 30 luglio 2008, n. 320, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 2, l. reg. Calabria 20 giugno 2007, n. 12, nella parte in cui, in deroga alle procedure di gara, proroga un appalto di servizi invadendo per ciò solo la sfera di competenza esclusiva del legislatore statale.

Art. 2, d.lgs.
n. 50 del
2016

Sulla scorta degli interventi della Corte costituzionale, il legislatore del 2016 ha colto l'occasione per fornire una soluzione univoca al problema, introducendo all'art. 2, d.lgs. n. 50 del 2016 una previsione di carattere generale con la quale ha stabilito che *“le disposizioni contenute nel presente Codice sono adottate nell'esercizio della competenza legislativa esclusiva statale in materia di tutela della concorrenza, ordinamento civile, nonché nelle altre materie cui è riconducibile lo specifico contratto”*.

I commi 2 e 3 disciplinavano, rispettivamente, le competenze delle regioni a statuto ordinario e a statuto speciale, prevedendo che le prime *“esercitano le proprie funzioni nelle materie di competenza regionale ai sensi dell'articolo 117 della Costituzione”*, mentre *“le Regioni a statuto speciale e le Province autonome di Trento e di Bolzano adeguano la propria legislazione secondo le disposizioni contenute negli statuti e nelle relative norme di attuazione”*.

Il nuovo
Codice

Il nuovo Codice approvato con d.lgs. n. 36 del 2023 non contiene analoga disposizione ma sporadici riferimenti alla necessità che le regioni e le province autonome assicurino il rispetto delle disposizioni del Codice con riguardo ad istituti espressione di principi generali della materia o attinenti a livelli essenziali delle prestazioni (v., ad esempio, l'art. 20, comma 3, secondo il quale le regioni e le province autonome assicurano la trasparenza nel settore dei contratti pubblici), la quale risulterebbe comunque superflua alla luce del suo rango di legge ordinaria, come tale non vincolante in sede di scrutinio di costituzionalità delle singole norme alla luce delle coordinate ermeneutiche sopra esposte²².

6.5. Il decreto correttivo (d.lgs. 31 dicembre 2024, n. 209) e il recente decreto infrastrutture (d.l. 21 maggio 2025, n. 73).

Trascorso oltre 1 anno dall'entrata in vigore del nuovo Codice, il Governo ha adottato il d.lgs. 31 dicembre 2024, n. 209 (entrato in vigore immediatamente) recante *“Disposizioni integrative e correttive al Codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36”*.

Secondo quanto emerge dall'esame della Relazione Illustrativa, le finalità perseguite, senza snaturare i principi e l'impostazione di fondo del nuovo Codice, risultano essere le seguenti:

- razionalizzazione e semplificazione della disciplina, tenendo conto delle principali esigenze rappresentate dagli *stakeholders* (in sede di consultazione pubblica, tenutasi nel luglio del 2024), delle richieste, avanzate in sede europea, di modifica e/o integrazione di taluni istituti giuridici, al fine di evitare l'avvio di nuove procedure di infrazione da parte della Commissione europea e di far fronte a quelle eventualmente già in essere, nonché delle criticità sollevate dall'ANAC;
- recepimento dei principali orientamenti giurisprudenziali formatisi all'indomani dell'acquisto di efficacia del nuovo Codice;
- intervento chiarificatore, al fine di garantire l'uniforme applicazione dei principi elaborati dalla giurisprudenza, in relazione ad istituti di rilevanza centrale (a titolo esemplificativo, revisione prezzi, principio di equivalenza in materia di contratti collettivi nazionali di lavoro, equo compenso nell'ambito degli affidamenti dei servizi di ingegneria e architettura).

In quest'ottica, le principali novità del c.d. decreto Correttivo, che saranno analizzate nei successivi paragrafi e per le quali si rimanda al successivo *quadro di sintesi*, riguardano principalmente le seguenti tematiche: equo compenso e ribassi; digitalizzazione e uso del Building Information Modeling (BIM); revisione dei prezzi, con l'inserimento

²² In dottrina si segnala - tra i contributi più recenti - SEGALERBA, *La complessa questione sul riparto di competenze fra Stato, Regioni e autonomie speciali in materia di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture nuovamente al vaglio della Corte costituzionale* (Cort. cost., 27 aprile 2023, n. 79), in *Rivista Trimestrale degli Appalti*, 2024, 1, 71-112

dell'Allegato II.2-*bis*, che definisce le modalità di attuazione delle clausole revisioni per i contratti di lavori, beni e servizi; tutela delle PMI; qualificazione delle stazioni appaltanti, con inserimento di nuovi requisiti e incentivi per favorire il ricorso a strutture qualificate; partenariato pubblico-privato, la cui disciplina è stata riformata completamente per garantire maggiore trasparenza, introducendo fasi preliminari di evidenza pubblica per le proposte private.

Ulteriori modifiche al Codice dei contratti 2023 sono state introdotte anche dal Decreto Infrastrutture (d.l. 21 maggio 2025, n. 73), al fine di rafforzare l'efficienza della spesa pubblica. Nel rinviare ai successivi paragrafi per una analisi delle stesse, tra le più importanti novità si segnala l'introduzione di una maggiore flessibilità nella gestione delle varianti in corso d'opera, soprattutto per progetti legati a infrastrutture strategiche e opere PNRR; il rafforzamento del principio di risultato e un ampliamento dell'uso dei contratti integrati, favorendo procedure che uniscano progettazione ed esecuzione, per snellire i tempi e ridurre i contenziosi.

7. L'ambito oggettivo di applicazione del nuovo Codice. Appalti e concessioni. Contratti esclusi, gratuiti, attivi.

Quanto all'ambito applicativo del Codice dei contratti pubblici, tradizionalmente si distingue tra settori ordinari, settori esclusi e settori speciali.

A tale riguardo il d.lgs. n. 50 del 2016, quanto ai settori ordinari, enunciava la regola dell'applicazione generalizzata della normativa contenuta nel Codice a tutti gli appalti di servizi, lavori e forniture; anche per i contratti esclusi, il d.lgs. n. 50 del 2016 prescriveva il rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza e proporzionalità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica (art. 4); ai 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) dedicava una disciplina in parte divergente da quella prevista per i settori ordinari richiamando solo alcune delle norme contenute nel Codice. L'art. 1, comma 3, d.lgs. n. 50 del 2016, introduceva una espressa esclusione dall'ambito di applicazione in caso di affidamenti operati da società con capitale pubblico anche a partecipazione mista, che non siano organismi di diritto pubblico.

La tripartizione suindicata permane nel nuovo Codice del 2023. L'ambito di applicazione dello stesso risulta oggi indicato all'art. 13 (norma di apertura del Titolo II, del Libro I), il quale, riprendendo appunto la tripartizione classica dei contratti conclusi dalla pubblica amministrazione, stabilisce a quali di essi è applicabile la sua disciplina, rinviando per la definizione di ciascuno (comma 6) all'Allegato I.1.

Tra i contratti a cui si applicano le disposizioni del Codice, l'art. 13 individua *in primis* i contratti di *appalto* e di *concessione*. Tramite il rinvio operato dal comma 7, le disposizioni del Codice si applicano, altresì, all'aggiudicazione dei lavori pubblici da realizzarsi da parte di soggetti privati, titolari di permesso di costruire o di un altro titolo abilitativo, che assumono in via diretta l'esecuzione delle opere di urbanizzazione a scomputo totale o parziale del contributo previsto per il rilascio del permesso, ovvero eseguono le relative opere in regime di convenzione; la norma rinvia poi all'allegato I.12 per individuare le modalità di affidamento delle opere di urbanizzazione a scomputo.

L'art. 2 dell'Allegato I.1 alle lett. b) e c) definisce rispettivamente:

- i *contratti di appalto* o *appalti pubblici*, come contratti a titolo oneroso stipulati per iscritto tra uno o più operatori economici e una o più stazioni appaltanti e aventi per oggetto

di “*esigenze imperative connesse ad un interesse generale*”; viceversa, nelle fattispecie contemplate dall’art. 122 c.p.a. la valutazione demandata al giudice attiene agli interessi delle parti, all’effettiva possibilità del ricorrente di conseguire l’aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, allo stato di esecuzione del contratto e alla possibilità di subentrare nello stesso.

Se, quindi, in caso di violazioni gravi, la scelta di non dichiarare inefficace il contratto è subordinata alla sussistenza di condizioni più rigide, nei casi di violazioni non gravi, il sindacato del giudice è più ampio, fondandosi su una valutazione complessiva della situazione di fatto e di tutti gli interessi in gioco¹⁰⁷.

La natura della pronuncia di inefficacia

Molto dibattuto è il tema della qualificazione della *pronuncia con cui il giudice dichiara l’inefficacia del contratto*.

Secondo una prima tesi, che valorizza non solo l’espressione utilizzata dal legislatore (“dichiara”), ma anche la categoria giuridica di riferimento (l’inefficacia), essa ha carattere dichiarativo.

Per altri, la pronuncia di inefficacia ha natura costitutiva, poiché essa non si limita ad accertare una situazione di fatto o un assetto di interessi, ma incide, in varia misura a seconda che l’inefficacia sia totale o limitata, su posizioni e rapporti giuridici.

Decorrenza della perdita di efficacia dell’originario contratto determinata dal giudice amministrativo

L’individuazione della natura della sentenza che pronuncia sulla efficacia del contratto impinge sulla relativa decorrenza.

Cons. St., Ad. Plen., 15 luglio 2025, n. 9

Sul punto è intervenuto *Cons. St., Ad. Plen., 15 luglio 2025, n. 9*, secondo cui gli artt. 121 e 122 c.p.a. hanno attribuito al giudice della cognizione il potere di ‘modulare’ la decorrenza della dichiarazione di inefficacia del contratto, stabilendo se essa debba operare *ex tunc*, ovvero *ex nunc* o da una determinata data, mantenendo fermi, in questi ultimi casi, gli effetti del contratto ormai caducatosi, con riferimento al periodo durante il quale esso sia già stato eseguito dall’originario aggiudicatario; nel consentire il “subentro nel contratto”, gli artt. 122 e 124 non si sono riferiti alla ‘successione’ nel contratto e nel rapporto contrattuale, nello stato di esecuzione in cui si trova, ma hanno consentito al giudice amministrativo di valutare gli interessi pubblici coinvolti e le circostanze del caso concreto, prevedendo anche l’ultrattività degli effetti del contratto (ormai caducatosi a seguito dell’annullamento dell’aggiudicazione) e disponendo che il ‘secondo aggiudicatario’ sia sostituito a quello ‘originario’ quale contraente, con la stipula di un contratto sostitutivo del precedente, che consenta l’esecuzione della prestazione indicata nell’offerta; il giudice amministrativo, oltre a determinare la decorrenza della perdita di efficacia dell’originario contratto, può anche disporre che il ‘secondo aggiudicatario’ effettui soltanto le prestazioni non ancora eseguite per il periodo contrattuale ‘residuo’ dell’affidamento, oppure che il nuovo rapporto abbia la medesima durata (oltre che gli stessi contenuti) di quello originario, quale risultante dalla disciplina di gara, quando si tratti di un contratto ad esecuzione continuata o periodica.

¹⁰⁷ Ha chiarito Cons. St., Sez. III, 1° agosto 2013, n. 4039 che all’art. 122 c.p.a. si applica l’art. 34, comma 2, c.p.a., secondo cui “in nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati”, con la conseguenza che il giudice può disporre il subentro del ricorrente solo quando l’accoglimento del ricorso non renda necessaria una ulteriore attività procedimentale dell’amministrazione per l’individuazione del nuovo aggiudicatario della gara. Nello stesso senso Cons. St., Sez. V, 27 ottobre 2014, n. 5282, secondo il quale l’aggiudicazione della gara può conseguire quale effetto della pronuncia annullatoria dell’atto di ammissione alla gara dei soggetti che precedono nella relativa graduatoria la ricorrente, solo una volta che risulti indiscussa e consolidata la posizione nella graduatoria medesima della ricorrente stessa, quale prima, utile, classificata a seguito delle esclusioni derivanti dal giudicato medesimo. Negli altri casi il giudice amministrativo, una volta che abbia annullata l’aggiudicazione definitiva dell’appalto oggetto del contendere, può, ex art. 122 c.p.a., disporre il subentro della parte ricorrente nel contratto solo a condizione che il vizio dell’aggiudicazione non comporti l’obbligo di rinnovare la gara, la domanda di subentro sia stata proposta e lo stato di esecuzione del contratto e la tipologia stessa del contratto consentano tale subentro.

Controversa è poi la *qualificazione sostanziale del vizio che inficia il contratto*.

Per chi ritiene che la formula “inefficacia del contratto” sia utilizzata nel Codice con valore meramente descrittivo, concludendo quindi per la necessità di ascrivere tale sanzione ad una delle categorie di invalidità conosciute dal sistema, l'utilizzo del verbo “dichiarare”, sia nell’ambito dell’art. 121 che nell’ambito dell’art. 122 c.p.a., induce a pensare che si tratti di nullità (in particolare, per violazione di norme imperative), con conseguente riconoscimento anche di poteri officiosi del giudice.

Tesi criticata da chi osserva come l'applicazione del regime giuridico previsto per la nullità dal codice civile (imprescrittibilità dell’azione, legittimazione in capo a qualsiasi interessato, rilevanza d’ufficio, carattere dichiarativo della relativa pronuncia) contrasti con la disciplina del Codice del processo amministrativo, specialmente laddove riconosce al “*giudice che annulla l’aggiudicazione*” (quindi nelle forme e nei tempi previsti per l’impugnazione degli atti amministrativi) il potere di dichiarare l’inefficacia del contratto.

Si è messo in evidenza, invero, che con la formula riportata il legislatore non ha inteso ribadire, pleonasticamente, la giurisdizione del g.a. sulla sorte del contratto, già affermata a chiare lettere in altra disposizione (art. 133, comma 1, lett. e, n. 1, c.p.a.); si è, parimenti, escluso che essa contenga una regola sulla competenza territoriale per connessione, tale precisazione risultando inutile in seno ad una disciplina connotata dalla rigorosa affermazione di una competenza territoriale inderogabile.

Secondo tale diversa impostazione, quindi, con l’espressione riportata il legislatore ha, piuttosto, inteso contestualizzare le questioni relative alla legittimità del procedimento di scelta del contraente e (conseguentemente) al contratto medio tempore stipulato, quasi a voler introdurre, rispetto a queste ultime, una pregiudiziale di annullamento dell’aggiudicazione.

Tesi, quest’ultima, avvalorata da una lettura combinata delle norme sulla dichiarazione di inefficacia del contratto (tanto in caso di gravi violazioni, quanto in caso di violazioni non gravi) e di quella in tema di risarcimento del danno (art. 124 c.p.a.).

Infatti, il legislatore dà priorità alla tutela in forma specifica, che coincide con la “*domanda di conseguire l’aggiudicazione ed il contratto*”; in secondo luogo, tale domanda è “*comunque condizionata*” alla dichiarazione di inefficacia del contratto ai sensi degli artt. 121 e 122 c.p.a.

Pare quindi che il ricorrente possa chiedere la dichiarazione di inefficacia del contratto soltanto nel contesto del giudizio instaurato per ottenere l’annullamento dell’aggiudicazione e che, solo dopo il conseguimento di tale pronuncia, possa (preferibilmente rispetto alla domanda risarcitoria per equivalente) essere trattata la domanda di subentro nel contratto.

Qualora il giudice non dichiari l’inefficacia del contratto, può disporre a favore dell’avente titolo all’aggiudicazione il risarcimento del danno per equivalente.

Nel precisare, sul punto, che la domanda di risarcimento dovrà essere sostenuta dalla prova del danno subito, si deve rilevare che non è più necessaria, a tal fine, l’allegazione relativa alla colpa della pubblica amministrazione.

Su tale profilo ha inciso un importante arresto della Corte di giustizia dell’Unione europea, la quale ha puntualizzato che l’art. 2, n. 7, secondo comma, della direttiva 89/665, riconosce agli Stati membri la facoltà di prevedere che, dopo la conclusione del contratto, successiva all’aggiudicazione dell’appalto, i poteri dell’organo responsabile delle procedure di ricorso siano limitati alla concessione di un risarcimento. E poiché, in un contesto così tracciato, il rimedio risarcitorio contemplato dal citato art. 2 può costituire “un’alternativa procedurale compatibile con il principio di effettività”, l’obiettivo di

La qualificazione sostanziale del vizio che inficia il contratto

Risarcimento danni

Risarcimento del danno e colpa dell’amministrazione