

R. GAROFOLI

MANUALE di DIRITTO AMMINISTRATIVO

Analisi di Principi generali, Istituti
e Problematiche dottrinali e giurisprudenziali

XI edizione **2026**


Neldiritto
Editore

rapporto, ha optato per una **lettura sostanziale** del **principio di alternatività**, secondo cui esso è destinato ad operare non solo nel caso in cui vi sia identità formale di provvedimenti impugnati, ma anche in presenza di atti formalmente distinti, quando sussista un'obiettiva identità dell'oggetto del contendere. Conseguentemente, laddove all'interno del medesimo rapporto siano intervenuti più atti amministrativi in rapporto di presupposizione, questi dovranno tutti essere contestati nella medesima sede, a pena di inammissibilità del rimedio successivamente azionato.

Come si è detto, il Codice del processo amministrativo ha reso l'ambito applicativo del ricorso straordinario coincidente (salve espresse eccezioni) con quello della giurisdizione amministrativa; onde deve escludersi la proponibilità di tale ricorso, ad esempio, nella materia del pubblico impiego privatizzato (cfr. però *Cons. St., A.G. 22 febbraio 2011, n. 808*, secondo cui la nuova regola non atterrebbe ai ricorsi pendenti all'epoca dell'entrata in vigore del Codice).

6.2. | Il nuovo ricorso straordinario: le novità della L. 20 aprile 2026, n. 50, di conv. del D.l. 19 febbraio 2026, n. 19 (PNRR).

L'inquadramento dogmatico del ricorso straordinario è stato sempre reso problematico dalla sua natura ibrida di strumento amministrativo ma preordinato ad una funzione di giustizia che vede coinvolto il Consiglio di Stato, cioè l'organo a cui spetta di assicurare, in posizione di imparzialità, la giustizia nell'amministrazione (art. 100 Cost.). Rispetto al ricorso gerarchico e al ricorso in opposizione, il rimedio in esame presenta una peculiarità, ossia il coinvolgimento del massimo organo di giustizia amministrativa. Una simile caratteristica fornisce una prima spiegazione del perché con riferimento a tale istituto, si è posto, già in epoca risalente, il tema della sua configurazione quale strumento a cavallo tra la giurisdizione e l'amministrazione.

Tuttavia, il dibattito appare oggi in larga parte sopito alla luce delle recenti modifiche introdotte dalla **L. 20 aprile 2026, n. 50, di conv. del D.l. 19 febbraio 2026, n. 19 (PNRR)** che hanno inciso direttamente sul profilo soggettivo della decisione, prevedendo il trasferimento della competenza a decidere dal Capo dello Stato al **Presidente del Consiglio di Stato**. Tale intervento normativo rafforza ulteriormente la **dimensione giustiziale** dell'istituto, riducendone i tratti propriamente amministrativi e confermandone la progressiva assimilazione ai **rimedi di natura giurisdizionale**.

Risulta comunque utile ripercorrere le tappe del dibattito, tenendo a mente la disciplina dell'istituto prima della **Riforma del 2026**.

A) Natura amministrativa.

Secondo l'impostazione tradizionale, il ricorso straordinario aveva natura formalmente amministrativa in tutte le sue manifestazioni procedimentali (parere, decreto presidenziale), pur presentando la relativa decisione contenuto sostanzialmente decisorio, in quanto assunta da un organo i cui componenti esercitano funzioni giurisdizionali in posizione di indipendenza esterna, in virtù della loro appartenenza ad un ordinamento giudiziario.

Diverse le **implicazioni** di tipo applicativo tratte aderendo a tale impostazione:

- a) la natura amministrativa del decreto decisorio, conseguentemente sottoposto al visto della Corte dei conti, ove difforme dal parere reso dal Consiglio di Stato (art. 3, comma 1, lett. a, l. 14 gennaio 1994, n. 20);
- b) la non proponibilità, nell'ambito del procedimento attivato con la proposizione del

ricorso straordinario, della questione di legittimità costituzionale (*Corte cost.*, 28 luglio 2004, n. 254), del ricorso per Cassazione ex art. 111 Cost. (v. *infra*) avverso la relativa decisione, nonché dell’istituto della sospensione necessaria del giudizio ex art. 295 c.p.c. (*Tar Piemonte, Torino, sez. I, 15 maggio 2002, n. 990*);

- c) l’inidoneità del decreto decisorio a produrre gli effetti propri del giudicato, con conseguente impossibilità di esperire il rimedio dell’ottemperanza (*Cass., Sez. Un.*, 18 dicembre 2001, n. 15978).

B) Natura giurisdizionale.

Per contrapposto indirizzo –patrocinato prevalentemente dalla dottrina – va riconosciuta a tale rimedio natura giurisdizionale. In proposito, si sono valorizzati i seguenti **argomenti**:

- la *garanzia del contraddittorio*, assicurata in modo più puntuale con la previsione, a carico del ricorrente, dell’obbligo di notificare il ricorso “*nei modi e nelle forme prescritti per i ricorsi giurisdizionali*” ad almeno uno dei controinteressati, a questi ultimi essendo, peraltro, assegnato un termine “*per presentare (...) deduzioni e documenti ed eventualmente per proporre ricorso incidentale*” (ex art. 9, d.P.R. n. 1199);
- la circostanza che la decisione del ricorso fosse preceduta da un “*parere*” del *Consiglio di Stato*, dal quale l’autorità decidente poteva discostarsi, nella previgente disciplina, solo sulla base di una delibera del Consiglio dei ministri (art. 14, comma 1, d.P.R. n. 1199), quando fosse prospettata una decisione del caso concreto idonea ad arrecare pregiudizio al buon andamento della pubblica amministrazione o all’indirizzo politico;
- il peculiare assetto dei rapporti con la tutela giurisdizionale innanzi al giudice amministrativo, segnata dal *principio della alternatività*, implicante l’inammissibilità del ricorso al giudice amministrativo proposto contro il medesimo atto impugnato in via straordinaria, in uno alla limitata impugnabilità, in sede giurisdizionale, della decisione del ricorso straordinario, ammessa solo “*per vizi di forma o di procedimento*”;
- la deferibilità – affermata dalla giurisprudenza (CGUE, 16 ottobre 1997, cause riunite C-69/96 a C-79/96) - di questioni di carattere pregiudiziale alla Corte di Giustizia da parte delle Sezioni consultive.

C) L’intervento della l. n. 69 del 2009 e il Codice del processo amministrativo.

Sul dibattito ha inciso profondamente l’intervento del legislatore che ha introdotto delle modifiche tali da far propendere, secondo l’impostazione ormai del tutto prevalente, per la natura giurisdizionale o quasi-giurisdizionale del rimedio.

C.1) Con riferimento alle novità introdotte dalla l. n. 69 del 2009:

- da un lato, si è reso **vincolante il parere del Consiglio di Stato** in seno al procedimento.

Nel dettaglio, l’art. 69, l. n. 69 del 2009 modifica l’art. 14, d.P.R. n. 1199 del 1971, secondo cui - nella vigente versione - la decisione del ricorso straordinario è adottata, con decreto del Presidente della Repubblica, su proposta del Ministero competente “*conforme al parere del Consiglio di Stato*”.

Nella precedente versione si trattava di un parere reso obbligatoriamente al Ministro competente, ma superabile da una decisione politica del Consiglio dei Ministri; nell’attuale formulazione, invece, si tratta di un **parere obbligatorio e vincolante**

più fornitori vincolati a determinate condizioni, da osservare nel concludere i singoli contratti con le amministrazioni che decideranno di acquistare quei beni o servizi;

2. **sistemi dinamici di acquisizione** elettronica di beni e servizi di uso corrente, le cui caratteristiche generalmente disponibili sul mercato soddisfano le esigenze della Stazione appaltante, limitato nel tempo (di durata non superiore a quattro anni) e aperto a qualsiasi operatore che soddisfi i criteri di selezione e che abbia presentato un'offerta indicativa conforme al capitolato d'oneri;
3. **aste elettroniche** esplesate mediante l'utilizzo di mezzi informatici e telematici, idonei a snellire le procedure concorsuali assicurando la razionalizzazione della spesa pubblica;
4. **dialogo competitivo**, è la procedura utilizzata per **progetti complessi** in cui un operatore economico può chiedere di partecipare in risposta a un bando di gara o a un avviso di indizione di gara, ma (anche in questo caso) le stazioni appaltanti avviano un dialogo solo con gli operatori che, sulla base delle informazioni fornite, vengono invitati. Il dialogo è finalizzato all'individuazione e alla definizione dei mezzi più idonei a soddisfare le necessità dell'amministrazione, che vengono esplicitate nel bando di gara o nell'avviso di indizione, unitamente ai requisiti da soddisfare, al criterio (finale) di aggiudicazione, alla durata indicativa della procedura, nonché ad eventuali premi o incentivi (art. 74). Concluso il dialogo i partecipanti sono invitati a presentare le offerte finali, che devono contenere tutti gli elementi richiesti e necessari per l'esecuzione del progetto. Le offerte presentate possono essere, su richiesta della stazione appaltante, chiarite, precisate e perfezionate, ma tali chiarimenti e precisazioni *«non possono avere l'effetto di modificare gli aspetti essenziali dell'offerta o dell'appalto (...) qualora le variazioni rischino di falsare la concorrenza o di avere un effetto discriminatorio»*.
5. **partenariato per l'innovazione**: costituisce una procedura di scelta del contraente - ristretta e con negoziazione - cui le stazioni appaltanti possono fare ricorso nelle ipotesi in cui l'esigenza di sviluppare e/o acquistare prodotti, servizi o lavori innovativi non può, in base a una motivata determinazione, essere soddisfatta ricorrendo a soluzioni già disponibili sul mercato (art. 75).
6. **project financing**: riguarda prevalentemente il settore dei lavori pubblici e consiste in una complessa operazione negoziale plurilaterale, in base alla quale un soggetto privato (cd. **promotore**) propone alla P.A. la **realizzazione di un'opera di pubblico interesse o di pubblica utilità**, accollandosi il relativo onere economico (artt. 183 ss. del Codice dei contratti). Il vantaggio che trae il privato dall'operazione sta nel fatto che, dopo aver realizzato l'opera a proprio carico, ottiene dalla P.A. il diritto di gestirla.

◆ XI. GIURISPRUDENZA

IL DIRITTO DI PRELAZIONE NEL PROJECT FINANCING E I LIMITI DERIVANTI DAL DIRITTO UE (CORTE DI GIUST., SENT. 5 FEBBRAIO 2026, C-810/24)

Nell'ambito della finanza di progetto, la disciplina nazionale e, in particolare, l'art. 193 del D.Lgs. 36/2023 (già art. 183 d.lgs. n. 50/2016), attribuisce al promotore, dopo aver presentato la proposta e partecipato alla gara, un **diritto di prelazione**: qualora non risultasse aggiudicatario, egli poteva

ciò adeguare la propria offerta a quella del primo classificato e ottenere comunque l'aggiudicazione.

Tale meccanismo ha sollevato dubbi di compatibilità con il diritto dell'Unione, in quanto idoneo ad alterare l'esito della gara e a incidere sui principi di concorrenza, parità di trattamento e apertura del mercato, scoraggiando la partecipazione di altri operatori economici.

Su questo tema è intervenuta la Corte di giustizia dell'Unione europea, con **sentenza 5 febbraio 2026, causa C-810/24**, affermando che il diritto UE osta a una disciplina nazionale che consenta al promotore di "pareggiare" l'offerta vincente e subentrare nell'aggiudicazione.

Secondo la Corte, tale istituto determina una **distorsione della competizione**, poiché priva di effettività il confronto concorrenziale e attribuisce al promotore un vantaggio ingiustificato, in violazione dei principi di **parità di trattamento, trasparenza e proporzionalità**.

Inoltre, la previsione si pone in contrasto con la **libertà di stabilimento** (art. 49 TFUE), in quanto disincentiva la partecipazione di operatori – soprattutto transfrontalieri – a gare il cui esito resta condizionato dalla posizione privilegiata del promotore.

La pronuncia incide direttamente sulla disciplina del *project financing*, imponendo quindi un ripensamento degli strumenti di valorizzazione dell'iniziativa privata in chiave conforme ai principi eurounitari. La sentenza, infatti, non affronta un effetto collaterale importante e conseguente al venir meno della prelazione, ovvero l'individuazione di una adeguata tutela per il contributo progettuale del promotore.

12. | I criteri di aggiudicazione.

La fase di scelta del contraente culmina nell'**aggiudicazione**, atto finale dei procedimenti di gara pubblica, mediante il quale, in base alle risultanze della gara, è accertato e proclamato il vincitore. All'aggiudicazione la stazione appaltante deve procedere applicando i **criteri di aggiudicazione** previsti dal bando.

Al riguardo, ancora una volta in modo innovativo rispetto al passato, il **nuovo Codice** propone una disciplina organica delle norme contenenti detti criteri, le quali si aprono con una dichiarazione di carattere generale, contenuta all'art. 107 che definisce, appunto, i **principi generali in materia di selezione** degli offerenti, prevedendo, *in primis*, che gli appalti sono aggiudicati sulla base dei criteri stabiliti conformemente agli artt. da 108 a 110, **previa verifica della sussistenza di alcuni presupposti**.

In particolare, l'offerta deve essere conforme ai requisiti, alle condizioni e ai criteri indicati nel bando di gara o nell'invito a confermare interesse, nonché nei documenti di gara e deve provenire da un offerente che non è escluso e che possiede i requisiti di cui all'art. 100 e, se del caso, dell'art. 103. Inoltre, mentre i primi due commi della norma in questione sono sostanzialmente riproduttivi dell'art. 54 della Direttiva 2014/24/UE e risultano invariati rispetto al testo dell'art. 95 d.lgs n. 50/2016, il **co. 3** introduce a regime l'istituto (frutto della dichiarata volontà di semplificazione di cui alla legge delega) dell'**inversione procedimentale**, prevedendo che nelle **procedure aperte**, la stazione appaltante può decidere che le offerte siano esaminate **prima** della verifica dell'idoneità degli offerenti; tale facoltà può essere esercitata se prevista dagli atti di gara e, qualora la stazione appaltante decida di avvalersi di tale possibilità, deve garantire che la verifica dell'assenza dei motivi di esclusione e del rispetto dei criteri di selezione sia effettuata in maniera imparziale e trasparente.

Quanto ai **criteri di aggiudicazione**, essi sono individuati nel **prezzo più basso e nell'offerta economicamente più vantaggiosa**, accordando il Legislatore netta preferenza al secondo. A differenza del criterio del prezzo più basso, che impone all'Amministrazione di scegliere l'offerta che contiene il maggior ribasso rispetto al