



16 OTTOBRE 2019

Logiche funzionali e dinamiche
economiche nel codice dei contratti
pubblici. Incertezze e criticità di
sistema tra diritto nazionale e diritto
europeo

di Franco Sciarretta

Professore aggregato di Diritto amministrativo
Università degli Studi di Roma Unitelma Sapienza



Logiche funzionali e dinamiche economiche nel codice dei contratti pubblici. Incertezze e criticità di sistema tra diritto nazionale e diritto europeo *

di Franco Sciarretta

Professore aggregato di Diritto amministrativo
Università degli Studi di Roma Unitelma Sapienza

Abstract: Il più recente intervento organico nel settore degli appalti pubblici non sembra avere fugato e neanche diradato le criticità di sistema dei contratti pubblici. Dal *corpus* normativo traspare un persistente «pregiudizio anticontrattuale», che si traduce nei molteplici ed eterogenei limiti pubblicistici imposti all'attività negoziale delle amministrazioni aggiudicatrici. L'interesse pubblico continua a delinarsi come una presenza immanente al contratto, capace di dominare e condizionare – internamente ed esternamente – ogni tipo di rapporto negoziale, impedendo la piena applicazione del diritto privato. L'ineliminabile esigenza di una fase di evidenza pubblica nell'ambito del procedimento di scelta del contraente privato è stata giustificata in dottrina sulla scorta di una serie di ragioni riassumibili nell'inerenza dell'attività contrattuale alla normale dialettica di svolgimento della funzione amministrativa. Da qui l'impossibilità di ricondurre la capacità negoziale dei soggetti pubblici a una situazione di autonomia privata, non essendo esercitabile liberamente dovendo sottostare a vincoli pubblicistici. Ciò pone la questione dello spazio del diritto privato all'interno delle procedure regolate dal codice dei contratti pubblici, cui si riconnettono i principali nodi dogmatici quali la configurabilità e la sfera di autonomia privata delle organizzazioni pubbliche, l'applicabilità delle regole privatistiche alle procedure negoziali dei soggetti pubblici, il ruolo dell'evidenza pubblica, la corrispondenza tra regime pubblicistico e perseguimento dell'interesse pubblico, l'assenza di uno statuto unitario dei contratti pubblici. Il saggio analizza, alla luce dei diversi formanti dell'ordinamento e del diritto europeo, alcuni tratti della disciplina codicistica che presentano risvolti che travalicano l'area di indagine, assumendo una rilevanza più ampia. L'analisi muove dalla dicotomia diritto pubblico-diritto privato per verificare quale possa essere il raggio di azione del diritto privato nel settore degli appalti pubblici e come si delinei la relazione tra interesse pubblico e tecniche privatistiche. L'indagine involge il tema dell'autonomia organizzativa dei soggetti pubblici rispetto agli affidamenti *in house providing* in alternativa all'esternalizzazione della provvista tramite gara.

Sommario: 1. Peculiarità di contesto e finalità dell'indagine. 2. Dalla dicotomia diritto pubblico-diritto privato al diritto comune dei rapporti fondati sul consenso? 3. Le problematiche convergenze tra discrezionalità amministrativa e logica di mercato. 4. I contratti di appalto tra finalità pubblicistiche, tecniche privatistiche e diritto europeo. 5. Le incertezze di disciplina e regime giuridico del momento esecutivo del rapporto contrattuale. 6. Il nodo irrisolto tra ricorso al mercato e autoproduzione pubblica: *to buy or to make*. 7. Spunti conclusivi.

* Articolo sottoposto a referaggio.

1. Peculiarità di contesto e finalità dell'indagine

Il più recente intervento organico nella materia degli appalti pubblici¹ operato per impulso dell'ordinamento europeo non sembra avere fugato e neanche diradato le criticità di sistema dei contratti pubblici.

Nel robusto impianto codicistico, anzi appaiono acute molte delle incertezze e delle difficoltà che l'interprete incontra nella concreta ricostruzione dei diversi rapporti negoziali e delle relative discipline giuridiche.

Dal *corpus* normativo traspare ancora un tendenziale «pregiudizio anticontrattuale»², che si traduce nei molteplici ed eterogenei limiti pubblicistici imposti all'attività negoziale delle amministrazioni aggiudicatrici.

Nella logica codicistica, l'interesse pubblico continua a delinarsi, quale entità mitica e impalpabile, come una presenza immanente al contratto³, capace di dominare e condizionare – internamente ed esternamente – ogni tipo di rapporto negoziale, precludendo la piena applicazione del diritto privato⁴.

Questa prospettiva trova corrispondenza anche nell'esegesi pretoria, secondo la quale il contratto pubblico «non individua esclusivamente (e semplicisticamente) la presenza di un soggetto pubblico quale parte contraente, bensì una oggettiva finalità di pubblico interesse perseguita per il tramite del contratto e del suo adempimento»⁵.

¹ Ci si riferisce al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, *Codice dei contratti pubblici*, in *Gazzetta ufficiale* n. 91 del 19 aprile 2016, suppl. ord. n. 10, varato in attuazione delle direttive del Parlamento europeo e del Consiglio n. 2014/23/UE, *sull'aggiudicazione dei contratti di concessione*, n. 2014/24/UE, *sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE*, e n. 2014/25/UE, *sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e che abroga la direttiva 2004/17/CE*, in *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea*, L 94 del 28 marzo 2014.

² L'espressione è ripresa da G. MANFREDI, *Accordi e azione amministrativa*, Torino, 2001, p. 49.

³ Secondo questa stessa logica, Cons. Stato, sez. IV, 15 maggio 2017, n. 2256, punto 8., consultabile su www.giustizia-amministrativa.it, enfatizza come «il contratto di diritto pubblico non può essere ritenuto come disciplinato, in via generale, dal codice civile, salvo un “condizionamento” derivante dalle ragioni di pubblico interesse perseguite, per quelle parti volute dalla legge o definite pattiziamente dai contraenti. (...) la finalità di pubblico interesse è immanente al contratto, ne conforma diversamente la causa e l'oggetto (sotto il profilo della sua liceità e possibilità giuridica)».

⁴ Sulle diverse problematiche inerenti all'operatività del diritto privato nell'ambito dell'organizzazione e dell'attività amministrativa, si rinvia al pregevole studio di V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, 2011.

⁵ Cons. Stato, sent. 2256/2017, punto 7.8., che ha espresso tale principio con riguardo alla definizione di cui all'art. 3, comma 1, lett. dd, d.lgs. 50/2016.

L'ineliminabile esigenza di una fase di evidenza pubblica⁶ nell'ambito del procedimento di scelta del contraente privato è stata giustificata in dottrina e condivisa dalla giurisprudenza prevalente⁷ sulla scorta di una serie di ragioni riassumibili nell'inerenza dell'attività contrattuale alla normale dialettica di svolgimento della funzione amministrativa⁸.

L'impiego degli strumenti negoziali⁹ non fa venire meno la funzionalizzazione alla cura dell'interesse pubblico dell'intera attività amministrativa di diritto privato¹⁰, trovando applicazione per essa le consuete regole che governano l'esercizio della funzione¹¹ e le manifestazioni del potere pubblico¹².

La dimensione funzionale è intesa come consustanziale a tutta l'attività dei pubblici poteri e all'ordinamento amministrativo nel suo complesso¹³, impedendo in tale ambito una effettiva e completa operatività del diritto privato.

⁶ Il riferimento è alla celebrata teoria del contratto a evidenza pubblica come tecnica di controllo dell'attività amministrativa di diritto privato, sulla quale è d'obbligo il rimando a M.S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, I, Milano, 1970, p. 677 ss.

⁷ O. SEPE, *Contratto (dir. amm.), b) Contratti della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, p. 986 ss., p. 991. In proposito, Cons. Stato, sent. 2256/2017, punto 7.8., sottolinea che «una volta scelto il contraente, il contratto stipulato successivamente alla fase di evidenza pubblica non rifluisce “immediatamente” nella più generale disciplina del codice civile e delle ulteriori disposizioni che eventualmente regolano il rapporto patrimoniale consensualmente instaurato tra privati».

⁸ Nello studio che indaga ad ampio spettro il tema dell'operatività del diritto privato nell'amministrazione pubblica, V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, cit., p. 22, rileva che la «finalizzazione» agli interessi della collettività, insita in ogni manifestazione dell'azione amministrativa, opera laddove il modulo negoziale – e, segnatamente, il contratto – è impiegato in alternativa al tipico modulo dell'esercizio del potere.

⁹ G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche. Ammissibilità e caratteri*, Milano, 1984, p. 125 ss.

¹⁰ Sulla risalente distinzione dell'attività amministrativa di diritto privato rispetto all'attività privata delle amministrazioni pubbliche, A. AMORTH, *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1938, p. 455 ss., ora in ID., *Scritti giuridici (1931-1939)*, I, Milano, 1999, p. 271 ss.

¹¹ Circa i vincoli dell'attività amministrativa di diritto privato, E. BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico. Tra amministrazioni e privati*, Milano, 1996, p. 112 ss.; M. DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Milano, 1996, p. 49 ss.; M. R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003; G. GRECO, *L'azione amministrativa secondo il diritto privato: i principi*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006, p. 69 ss.

¹² Riguardo alla riconducibilità della regola dell'evidenza pubblica al principio di legalità, intesa come «una diretta proiezione del medesimo principio sul terreno dell'attività contrattuale», F. LEDDA, *Per una nuova normativa sulla contrattazione pubblica*, in AA.VV., *Studi in onore di Antonio Amorth*, I, *Scritti di diritto amministrativo*, Milano, 1982, p. 317 ss., p. 338. Sul carattere omogeneo dell'attività amministrativa di diritto privato e di quella di diritto pubblico entrambe sottoposte al principio di legalità-indirizzo, C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982, p. 143 ss. In ordine ai valori ricollegabili alla legalità dell'azione amministrativa non inquadrabili nell'ambito di comportamenti integralmente ascrivibili all'autonomia privata, G. PERICU, *La disciplina degli appalti pubblici in Italia*, in *Quad. reg.*, IX, 4/1990, ora in ID., *Scritti scelti*, Milano, 2009, p. 631 ss., p. 637. Sulla medesima tematica, più di recente, F. ASTONE, F. MARTINES, *Principio di legalità ed attività di diritto privato delle amministrazioni pubbliche*, in *Dir. econ.*, 2016, p. 109 ss.

¹³ A. ROMANO, *Introduzione*, in L. MAZZAROLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, I, *Parte generale*, 3^a ed., Bologna, 2001, pp. 55-57. Negli stessi termini, F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, *Agg.*, VI, Milano, 2002, p. 75 ss., nonché G. ROSSI, *Principi di diritto amministrativo*, 3^a ed., Torino, 2017, pp. 17-23.

L'attività contrattuale attiene pur sempre all'esercizio di un potere¹⁴ «legalmente tipizzato»¹⁵, da ciò l'impossibilità di ricondurre la capacità negoziale dei soggetti pubblici a una situazione di pura autonomia privata¹⁶, non essendo essa esercitabile liberamente dovendo sottostare a vincoli pubblicistici¹⁷ sin dal momento della scelta del contraente e della formazione del contratto¹⁸.

Vincoli e limiti alla libertà negoziale che variano a seconda del tipo di procedura, nonché in ragione delle diverse categorie di contratto e delle caratteristiche specifiche del negozio o del settore nel quale esso si inquadra.

È radicato convincimento che le organizzazioni pubbliche non sono libere di scegliere i loro fini e obiettivi, essendo tenute al rispetto del principio di legalità in forza del quale gli scopi da perseguire sono stabiliti dal legislatore e assumono la qualificazione formale di interessi pubblici¹⁹.

¹⁴ F. G. COCA, *Poteri amministrativi e strumenti di diritto pubblico e privato. A margine di un recente disegno di legge*, in *Associazione Italiana dei Professori di Diritto Amministrativo, Annuario 2002*, Milano, 2003, p. 43 ss., pp. 46-47.

¹⁵ U. BRECCIA, *Il contratto e l'attività di negoziazione fra pubblico e privato. Nuovi problemi di teoria generale del diritto negli anni Duemila (a proposito del volume di A. Massera, Lo Stato che contratta e che si accorda. Vicende della negoziazione con le P.P.A.A., tra concorrenza per il mercato e collaborazione con il potere, Pisa, Plus University Press, 2011)*, in *Dir. pubbl.*, 2011, p. 1037 ss., p. 1042, puntualizza che «lo "Stato che si accorda" (...) agisce pur sempre nell'ambito di un potere che è legalmente tipizzato. L'integrazione con la disciplina della tradizione del diritto civile – e, in particolare, con i principi del codice in materia di obbligazioni e di contratti – permane testualmente, ma non consente di muoversi nell'ambito, per definizione atipico, dell'autonomia».

¹⁶ Cfr. F. G. COCA, *Autorità e consenso*, in *Dir. amm.*, 2002, p. 431 ss., p. 451 ss., e ID., *Attività amministrativa*, cit., p. 93 ss., nonché G. GRECO, *Accordi e contratti della pubblica amministrazione tra suggestioni interpretative e necessità di sistema*, in *Dir. amm.*, 2002, p. 413 ss. V. CERULLI IRELLI, *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo moduli consensuali*, *ivi*, 2003, p. 217 ss. Circa la distinzione tra autonomia privata e capacità generale di diritto privato della pubblica amministrazione, S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*, Torino, 1997, p. 122 ss.

¹⁷ P. CHIRULLI, *Autonomia pubblica e diritto privato nell'amministrazione. Dalla specialità del soggetto alla rilevanza della funzione*, Padova, 2005, pp. 385-386, la quale ricorda che «i limiti che le amministrazioni incontrano nella loro attività di diritto privato, salvo casi specifici previsti espressamente dalla legge, non si traducono di norma in preclusioni relative né alla causa né ai tipi negoziali utilizzabili, ma attengono piuttosto alle modalità di formazione della volontà contrattuale e alla scelta dell'oggetto negoziale, che rispondono, oltre che alle norme di diritto privato, anche alle regole dell'autonomia funzionale e nelle quali acquisiscono "evidenza" i motivi».

¹⁸ S. VINTI, *Limiti funzionali all'autonomia negoziale della pubblica amministrazione nell'appalto di opere pubbliche*, Padova, 2008, p. 73 ss.

¹⁹ V. RICCIUTO, A. NERVI, *Il contratto della pubblica amministrazione*, in P. PERLINGIERI (diretto da), *Trattato di diritto civile del Consiglio nazionale del notariato*, IV, 13, Napoli, 2009, p. 175, i quali osservano che «il soggetto pubblico è sottoposto al principio di legalità, che si declina – tra l'altro – nei termini di una fissazione eteronoma delle finalità da perseguire».

L'impiego degli strumenti negoziali nell'amministrazione pubblica²⁰ pure rappresentando un modulo largamente praticato e ormai accreditato sia nel formante dottrinario²¹, sia in quello giurisprudenziale viene concepito come fenomeno *tecnicamente* – e non più ideologicamente, come avveniva agli inizi del secolo scorso²² – inadeguato rispetto alle specifiche finalità e ai valori che informano il versante pubblicistico²³.

A questa impostazione sono riconducibili anche quei processi di riadattamento alle logiche pubblicistiche²⁴ di molte fattispecie privatistiche delle organizzazioni pubbliche e delle attività di soggetti privati – istituiti come tali o che hanno assunto questa forma a seguito di privatizzazione²⁵ – collegati in vario modo all'amministrazione pubblica²⁶.

²⁰ Come è noto, i cardini sui quali è stato edificato il sistema di diritto amministrativo degli inizi del Novecento che avevano condotto all'emarginazione del diritto privato sono stati posti in discussione nella seconda metà del secolo scorso dagli studi di M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1970, p. 351 ss., a partire dalla negazione dell'equivalenza tra interesse pubblico e regime di diritto pubblico. Secondo la sistematica gianniniana, l'amministrazione pubblica, al di fuori dei rapporti autoritativi, può agire nel perseguimento delle proprie finalità istituzionali mediante l'impiego degli strumenti del diritto civile. In questa prospettiva, viene riconosciuta la piena capacità negoziale delle organizzazioni pubbliche suscettibile di limitazione soltanto da parte del legislatore, nonché l'operatività di istituti propriamente negoziali anche nell'ordinamento amministrativo, con il rifiuto di costruzioni ibride o miste quale quella del contratto di diritto pubblico.

²¹ Il pensiero di M.S. Giannini ha inciso profondamente sul dibattito scientifico della seconda parte del Novecento, riaprendo all'applicazione del diritto privato non soltanto nel settore degli appalti pubblici, ma anche nell'ambito dei c.d. "contratti ad oggetto pubblico" concernenti servizi pubblici, beni pubblici, urbanistica, sovvenzioni. Su tale prospettiva teorica, A. BARDUSCO, *La struttura dei contratti delle pubbliche amministrazioni. Atti amministrativi e negozio di diritto privato*, Milano, 1974, pp. 1-5 e p. 68 ss., nonché M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 1981.

²² Cfr. O. RANELLETTI, *Il concetto di "pubblico" nel diritto*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1905, XXXIX, p. 337 ss., ora in E. FERRARI, B. SORDI (a cura di), O. RANELLETTI, *Scritti giuridici scelti*, I, *Lo Stato*, Napoli, 1992, p. 249 ss. Nella medesima prospettiva, SANTI ROMANO, *La teoria dei diritti pubblici subbietivi*, in V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, I, Milano, 1900, p. 109 ss., ora in SANTI ROMANO, *Gli Scritti nel Trattato Orlando*, Milano, 2003, p. 1 ss.

²³ B.G. MATTARELLA, *L'imperatività del provvedimento amministrativo*, Padova, 2000, p. 357 ss.

²⁴ La concezione gianniniana basata sull'assimilazione dell'attività pubblicistica a quella autoritativa ha indotto, a partire dagli anni Ottanta del Novecento, una rivisitazione delle categorie tradizionali del diritto amministrativo e un complessivo ripensamento del senso e delle ragioni della sua specialità. In questo modo ha trovato ampia condivisione in dottrina e in giurisprudenza l'idea che il regime pubblicistico, di cui il principio di legalità è parte integrante – in funzione sia di indirizzo dell'azione amministrativa, sia di garanzia dei terzi (C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, cit.) –, copre ogni manifestazione dell'amministrazione, ancorché espressa in forme negoziali (G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche*, cit.).

²⁵ V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, cit., p. 26.

²⁶ Dagli ultimi anni Novanta, la nuova prospettiva ricostruttiva della specialità del diritto amministrativo ha condotto a riconsiderare il modello della c.d. "amministrazione paritaria" e i processi di privatizzazione che hanno interessato a vasto raggio l'organizzazione e l'attività amministrativa. Sulle relative dinamiche, S. CASSESE, *Le privatizzazioni: arretramento o riorganizzazione dello Stato?*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1996, p. 579 ss., nonché C. MARZUOLI, *Le privatizzazioni fra pubblico come soggetto e pubblico come regola*, in *Dir. pubbl.*, 1995, p. 393 ss. Circa l'espansione della disciplina privatistica realizzata dalla normazione positiva, che è stata frenata da processi ermeneutici di sostanziale "ripubblicizzazione", G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003, p. 155 ss.

Ricostruzioni teoriche del diritto privato dell'amministrazione pubblica si sono consolidate intorno a categorie pressoché immutabili, aventi valenza essenzialmente descrittiva e senza trovare effettivo riscontro nel diritto positivo, come la distinzione²⁷ tra attività di diritto privato e attività amministrativa di diritto privato²⁸, oppure quella tra contratti strumentali dell'amministrazione e contratti diretti all'esercizio di una funzione pubblica²⁹.

Questo assetto frutto di un ampio e articolato dibattito che, per un secolo e mezzo, si è snodato intorno al problema del diritto privato dell'amministrazione pubblica, propone la questione dello spazio del diritto comune³⁰ all'interno delle procedure negoziali regolate dal codice dei contratti pubblici e del regime giuridico dei relativi rapporti.

A dispetto della riconosciuta fungibilità del diritto privato per il perseguimento di interessi pubblici risultante sia dalla normazione positiva, sia dal sistema nel suo complesso, l'attuale disciplina negoziale delle commesse pubbliche rimane frammentata in un confuso intreccio tra diritto pubblico e diritto privato, che risalta maggiormente nella fase di esecuzione del rapporto³¹.

Ciò dipende anche dall'assenza di un sistema generale di contrattualistica pubblica e di classificazione dei differenti dispositivi negoziali delle amministrazioni pubbliche³² che consenta di delineare con sufficiente margine di certezza il regime giuridico concretamente applicabile.

²⁷ Sulla valenza meramente concettuale della distinzione tra attività privata dell'amministrazione e attività amministrativa di diritto privato, M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, cit., p. 657.

²⁸ V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, cit., p. 22, per il quale l'attività amministrativa di diritto privato si configura quale «modulo negoziale» che «deve necessariamente seguire discipline differenziate rispetto a quelle operanti nell'ambito dei rapporti interprivati, intese ad assicurare che anche in tale ambito, i principi che reggono la funzione amministrativa vengano rispettati». Questa tipologia di attività viene distinta da «un ambito propriamente privato delle pubbliche Amministrazioni, come soggetti di diritto comune, un ambito di gestione meramente patrimoniale nel quale non si esprime amministrazione in senso sostanziale come cura necessaria, attraverso azioni concrete, di interessi della collettività». In proposito, C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, cit., p. 73, rileva che l'attività comunemente definita come «privata», essendo rivolta al perseguimento di un interesse pubblico, «è attività dello stesso genere dell'attività amministrativa di diritto privato».

²⁹ B. ARGIOLAS, B.G. MATTARELLA, *Attività amministrativa e moduli convenzionali*, in C. FRANCHINI (a cura di), *I contratti con la pubblica amministrazione*, I, Torino, 2007, p. 73 ss., pp. 88-97.

³⁰ Il termine viene qui impiegato convenzionalmente per indicare il diritto del codice civile. Sull'identificazione del diritto comune con il diritto privato, F. GALGANO, *Diritto privato*, 14^a ed., Padova, 2008, p. 16.

³¹ A. MOLITERNI, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, Napoli, 2016, p. 430 ss., p. 476 ss.

³² ID., *Le perduranti incertezze e criticità nel "sistema" della contrattualistica pubblica*, in A. CARBONE, E. ZAMPETTI (a cura di), *Concetti tradizionali del diritto amministrativo e loro evoluzione. Atti del Convegno tra giovani studiosi tenutosi alla Sapienza il 2 febbraio 2017*, Napoli, 2018, p. 225 ss., p. 232, che sottolinea la «assoluta eterogeneità di nomina negoziali (contratti pubblici, convenzioni, accordi, concessioni-contratto) a cui non corrisponde una chiara disciplina e un preciso (e prevedibile) regime giuridico da applicare».

Il problema dell'operatività del diritto privato nella contrattualistica pubblica si riconnette ai principali nodi dogmatici quali la configurabilità e la sfera di autonomia privata delle organizzazioni pubbliche³³, l'ambito di applicazione delle tecniche privatistiche ai processi negoziali dei soggetti pubblici, il ruolo dell'evidenza pubblica, la distinzione tra diritto pubblico e diritto privato, la corrispondenza tra regime pubblicistico e perseguimento dell'interesse pubblico, l'assenza di uno statuto unitario dei contratti pubblici³⁴.

In un'ottica più generale, il perimetro di impiego del diritto privato nell'amministrazione pubblica costituisce tematica strettamente inerente all'ambito e ai limiti del diritto amministrativo³⁵, alla sua identità come ramo del diritto pubblico e alla perdurante attualità della sua autonomia concettuale³⁶.

L'evoluzione dell'ordinamento induce a guardare alle due grandi branche del diritto da una prospettiva diversa, riconsiderando l'idea della necessaria funzionalizzazione della disciplina civilistica attraverso il condizionamento della logica e dei principi pubblicistici sull'applicazione delle norme privatistiche.

Nel settore dei contratti pubblici questo condizionamento contribuisce a un quadro non lineare e concettualmente impervio acuito dalla sovrapposizione tra diritto europeo e disciplina domestica delle commesse pubbliche, perpetuando un'immagine frazionata³⁷ dell'unitaria vicenda negoziale insita nel modello dell'evidenza pubblica³⁸.

Nel diritto europeo prevale la logica «economica» che vuole il sistema di *public procurement* attratto nell'orbita contrattuale e sottoposto interamente alle regole del mercato.

Secondo questa impostazione il soggetto pubblico smarrisce la propria posizione di egemonia, almeno nella misura in cui si rapporta al mercato e si avvale dei relativi strumenti contrattuali³⁹.

³³ G. F. LICATA, *In tema di autonomia negoziale della pubblica amministrazione*, in G. PIZZANELLI (a cura di), *Passato e presente del diritto amministrativo. Liber amicorum in onore di Alberto Maserà*, Napoli, 2017, p. 227 ss., p. 234, il quale, accanto alla nozione (più ampia) di autonomia contrattuale, pone quella di autonomia negoziale che identifica l'insieme di atti e comportamenti nei quali si articola la contrattazione presupposta all'accordo contrattuale con il privato.

³⁴ A. MOLITERNI, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, cit., p. 342 ss.

³⁵ Su tale vasta problematica, S. CASSESE, *Le droit tout puissant et unique de la société. Paradossi del diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009, p. 879 ss.

³⁶ Sulla modernità della distinzione tra le due partizioni fondamentali del diritto che si ritrova sin dagli inizi del *Corpus Iuris* giustiniano, E. SCHMIDT-ABMANN, *“Quod ad statum rei romanae spectat”*. *Riflessioni sulla distinzione tra diritto pubblico e diritto privato*, in *Dir. amm.*, 2017, p. 625 ss., p. 627, il quale osserva che il dualismo di diritto pubblico e privato non rappresenta un *apriori*, ma un concetto *plausibile*, «perché cerca di raccogliere in due modelli di regolazione» che sono sistematicamente strutturati in modo diverso (...). Dove si esercita il potere statale, non ci si può accontentare che il diritto ponga solo alcuni limiti estrinseci». Né tale dualismo può essere «messo in dubbio per il fatto che oggi Stato e società, amministrazione ed economia, cooperino in modi multiformi».

³⁷ Articolata per fasi e atti secondo la scansione dettata dall'art. 32 d.lgs. 50/2016.

³⁸ G.D. COMPORTE, *La flessibilità nelle negoziazioni pubbliche: questa sconosciuta*, in *Dir. soc.*, 2017, p. 177 ss., p. 182.

³⁹ V. RICCIUTO, A. NERVI, *Il contratto della pubblica amministrazione*, cit., p. 169.

Le criticità del contesto domestico non appaiono riconducibili alla materia degli appalti pubblici, considerato che la presenza dell'interesse pubblico non determina di per sé un'alterazione della struttura del rapporto negoziale né nella fase genetica, né in quella esecutiva⁴⁰.

Nell'incontro tra momenti amministrativi e dinamiche negoziali, regole pubblicistiche e regole privatistiche si incrociano, si avvicinano, si combinano in vario modo⁴¹, il provvedimento perde inesorabilmente centralità e diviene un frammento di un più ampio mosaico⁴² di condotte e attività dei differenti attori della gara, secondo paradigmi ai quali non sembra attaggiarsi il modulo classico dell'evidenza pubblica.

In questo scenario le dispute virtuali sull'uso illegittimo del potere sembrano cedere il passo alle concrete aspettative delle imprese contendenti a un'utilità finale o un risultato economico soddisfacente (o, comunque, riparatorio), oltrepassando l'idea «della riconduzione dell'ordinamento a stretta legittimità dell'azione»⁴³.

Se coniugare imperativi economici e interessi pubblici si rivela condizione per nulla agevole⁴⁴, nel versante dei contratti pubblici si coglie appieno la *vis expansiva* del diritto amministrativo che fuoriesce dal modulo tipico dell'esercizio del potere, investendo la capacità negoziale delle amministrazioni pubbliche⁴⁵.

Quest'ultima, benché in via di principio affermata come generale⁴⁶ e favorita dal sistema, incontra più vincoli al suo interno, rimanendo astretta ai caratteri propri della funzione amministrativa⁴⁷.

Se è vero che il diritto europeo ha introdotto una massiccia liberalizzazione di molti settori cruciali dell'economia, è altrettanto vero che tale processo non ha prodotto una rarefazione del diritto amministrativo, ma semmai una sua intensificazione⁴⁸.

⁴⁰ *Contra*, sulla specialità del momento genetico e di quello funzionale dei contratti pubblici, Cons. Stato, sez. IV, 19 agosto 2016, n. 3653, consultabile su www.giustizia-amministrativa.it.

⁴¹ R. FERRARA, *La pubblica amministrazione fra autorità e consenso: dalla "specialità" amministrativa a un diritto amministrativo di garanzia?*, in *Dir. amm.*, 1997, p. 225 ss., p. 259, sottolinea come la disciplina generale dell'evidenza pubblica si caratterizzi per un intreccio di principi civilistici e principi tipici dello statuto pubblicistico.

⁴² Cons. Stato, ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5, par. 33, consultabile su www.giustizia-amministrativa.it.

⁴³ In questi termini, G. SEVERINI, *L'interesse legittimo nella realtà attuale della giurisdizione amministrativa*, *ivi*, 2018, p. 5.

⁴⁴ M. D'ALBERTI, *Il diritto amministrativo fra imperativi economici e interessi pubblici*, in *Dir. amm.*, 2008, p. 51 ss., p. 64.

⁴⁵ In questi termini, V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, *cit.*, p. 247.

⁴⁶ A. MOLITERNI, *Le perduranti incertezze e criticità nel "sistema" della contrattualistica pubblica*, *cit.*, p. 265, segnala che nel diritto vivente la capacità negoziale delle amministrazioni pubbliche ormai è ritenuta «tendenzialmente piena».

⁴⁷ *IBIDEM*.

⁴⁸ S. CASSESE, *Quattro paradossi sui rapporti tra poteri pubblici ed autonomia privata*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, p. 389 ss.

In questo quadro di insieme si intendono analizzare, alla luce dei principi comunitari e dei diversi formanti dell'ordinamento interno, senza addentrarsi nella minuta disciplina positiva in continuo divenire⁴⁹, alcuni aspetti salienti della riforma varata con il d.lgs. 50/2016 che presentano risvolti che travalicano l'area di indagine, assumendo una rilevanza più ampia.

L'analisi muove dalla dicotomia tra diritto pubblico e diritto privato per verificare quale possa essere il raggio di applicazione del diritto privato nel settore degli appalti pubblici e come si delinei la relazione tra interesse pubblico e tecniche privatistiche nell'ottica «economica» dell'ordinamento europeo.

Questioni che investono anche la disciplina e il regime del momento esecutivo del rapporto tra committente pubblico e contraente privato ancora caratterizzati da elevata incertezza, oscillando tra la «logica funzionale» e la «logica negoziale» che rifluisce sul grado di stabilità del vincolo contrattuale⁵⁰.

Un'incertezza che incide pure sul riparto giurisdizionale che resta affidato a criteri variabili e meramente contingenti, a seconda della concreta qualificazione di ciascun rapporto, riflettendosi sull'effettività della tutela giudiziale⁵¹.

L'analisi involge anche il tema dell'autonomia organizzativa dei soggetti pubblici rispetto agli affidamenti *in house providing* in alternativa all'esternalizzazione della provvista tramite gara.

2. Dalla dicotomia diritto pubblico-diritto privato al diritto comune dei rapporti fondati sul consenso?

Il rapporto tra diritto pubblico e diritto privato nel settore degli appalti pubblici investe la più ampia tematica dell'area di operatività dell'uno e dell'altro nell'amministrazione pubblica.

⁴⁹ Sulle numerose modifiche normative che, nonostante la recente adozione, hanno interessato il codice dei contratti pubblici nell'intento di ovviare alle diverse problematiche emerse in sede applicativa, cfr. l'audizione della Corte dei conti sul disegno di legge (A.S. n. 1248), «Conversione in legge del decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32, recante disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici», tenutasi il 6 maggio 2019 dinanzi al Senato della Repubblica, commissioni riunite 8^a e 13^a, consultabile su www.senato.it. L'iter parlamentare del disegno di legge si è concluso con la l. 14 giugno 2019, n. 55, *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto legge 18 aprile 2019, n. 32, recante disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici*, in *Gazzetta ufficiale* n. 140 del 17 giugno 2019.

⁵⁰ V. RICCIUTO, A. NERVI, *Il contratto della pubblica amministrazione*, cit., p. 178. In termini analoghi, A. MOLITERNI, *Le perduranti incertezze e criticità nel "sistema" della contrattualistica pubblica*, cit., p. 232.

⁵¹ Sull'inconfigurabilità nell'ordinamento di materie «a giurisdizione frazionata» e riguardo al principio di «concentrazione delle tutele» nell'ottica dell'effettività, Corte cost., 15 luglio 2016, n. 179, in *Foro it.*, 2016, I, c. 3047 ss.

La dialettica tra pubblico e privato ha costituito sempre un fattore essenziale nell'elaborazione teorica del diritto amministrativo e dei suoi rapporti con il diritto civile, rappresentando un indicatore dei mutamenti degli assetti ordinamentali non soltanto nel contesto nazionale⁵².

Il problema teorico di individuare la disciplina applicabile ai soggetti pubblici che operano attraverso moduli negoziali e/o consensuali è emerso nel momento in cui si è giunti alla costruzione di un sistema di diritto amministrativo imperniato su principi e categorie a sé stanti⁵³.

Il diritto amministrativo, concepito in origine come negazione di relazioni paritarie tra Stato e privati, implicava una sostanziale coincidenza tra perseguimento dell'interesse pubblico e regime di diritto pubblico⁵⁴ che poneva in discussione l'applicabilità integrale del diritto privato a rapporti che, seppure congegnati secondo paradigmi non autoritativi, vedevano la presenza di pubbliche amministrazioni⁵⁵.

Da ciò discendeva il rifiuto di riconoscere in capo a queste ultime una reale capacità negoziale e, comunque, la limitazione finalistica di questa capacità all'interesse pubblico⁵⁶, che conduceva a escludere ogni teorizzazione del contratto di diritto pubblico⁵⁷.

La *summa divisio* tra diritto pubblico e diritto privato⁵⁸ è risalente e, al contempo, mutante⁵⁹ ed è stata oggetto di incessante dibattito in dottrina⁶⁰, con molteplici e autorevoli contributi, che, tuttavia, non ha raggiunto un approdo sistematico scevro da condizionamenti ideologici⁶¹.

La ragione di fondo è che tale distinzione riveste una valenza essenzialmente descrittiva ed evocativa in assenza di criteri che ne consentano un'identificazione certa e scientificamente plausibile in quanto all'interno dei due versanti giuridici si ritrovano «norme di diverso carattere e di diversa efficacia»⁶².

⁵² G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nella "reinvenzione del governo": un'indagine comparata*, in G.A. BENACCHIO, M. GRAZIADEI (a cura di), *Il declino della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato, Atti del IV Congresso nazionale SIRD, Trento, 24-26 settembre 2015*, Napoli, 2016, p. 243 ss.

⁵³ Per una ricostruzione, B. SORDI, *Pubblica amministrazione, negozio, contratto: universi e categorie ottocentesche a confronto*, in *Dir. amm.*, 1995, p. 483 ss., p. 491 ss.

⁵⁴ SANTI ROMANO, *La teoria dei diritti pubblici subbietivi*, cit.

⁵⁵ O. RANELLETTI, *Il concetto di "pubblico" nel diritto*, cit., che ricomprende nel concetto di «pubblico» l'intera attività sociale dello Stato, anche quando essa si esplica senza alcuna coazione sulle persone verso le quali si dirige.

⁵⁶ F. CAMMEO, *I contratti della pubblica amministrazione. Capacità e legittimazione a contrattare*, Firenze, 1937.

⁵⁷ F. LEDDA, *Il problema del contratto nel diritto amministrativo. Contributo ad uno studio dei c.d. contratti di diritto pubblico*, Torino, 1964, ora in ID., *Scritti giuridici*, Padova, 2002, p. 1 ss.

⁵⁸ Per un inquadramento esemplare tuttora attuale, S. PUGLIATTI, *Diritto pubblico e diritto privato*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 696 ss.

⁵⁹ M. GRAZIADEI, *Conclusioni. Diritto privato e diritto pubblico: una profonda trasformazione di senso*, in G.A. BENACCHIO, M. GRAZIADEI (a cura di), *Il declino della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato*, cit., p. 353 ss.

⁶⁰ O. RANELLETTI, *Il concetto di "pubblico" nel diritto*, cit.; L. RAGGI, *Ancora sulla distinzione tra diritto pubblico e diritto privato (a proposito di recenti pubblicazioni)*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1915, p. 111 ss.; H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, in S. COTTA, G. TREVES (a cura di), trad. it., 6^a ed., Milano, 1994, pp. 209-211. Cfr. pure R. NICOLÒ, *Diritto civile*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 904 ss.

⁶¹ N. BOBBIO, *Stato, governo, società. Per una teoria generale della politica*, Torino, 1985, pp. 3-5.

⁶² Così, V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, cit., p. 12.

Né il particolare fine di una norma, né la specifica *sedes materiae* offrono indicazioni certe circa la natura giuridica della situazione regolata e della corrispondente disciplina⁶³, atteso che ogni norma tutela sempre (anche) interessi di natura pubblica.

Appare definitivamente superata, sia nel formante dottrinario che in quello giurisprudenziale, l'idea di una necessaria relazione biunivoca tra *interesse* pubblico e *regime* di diritto pubblico⁶⁴.

Quando la distinzione è stata teorizzata diritto pubblico e diritto privato erano concepiti come espressioni di valori diversi⁶⁵. Il diritto pubblico identificava l'interesse superiore della collettività, laddove il diritto privato atteneva all'area dell'autonomia e delle scelte individuali dove soltanto le pretese dei singoli erano pienamente giustiziabili.

Il tutto in un ambiente teorico caratterizzato dalla netta separazione tra Stato e società civile, anche nell'ottica di salvaguardare lo spazio di libertà riservato alla sfera privata⁶⁶.

Il diritto della pubblica amministrazione ormai da tempo non si compone soltanto del diritto amministrativo, essendo formato anche da norme di diritto privato, a seconda delle scelte effettuate dal legislatore in aderenza ai vincoli costituzionali.

⁶³ Basta ricordare l'art. 21-*octies* l. 7 agosto 1990, n. 241, *Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi*, in *Gazzetta ufficiale*, n. 192 del 18 agosto 1990, che rende irrilevante in determinate ipotesi la violazione di alcune categorie di norme ascritte al diritto pubblico. Allo stesso modo altre norme rinvenibili nel codice civile e aventi per destinatari soggetti privati (es., in materia di famiglia o in campo negoziale) hanno carattere cogente – requisito comunemente riconosciuto alle norme di diritto amministrativo – e la loro violazione dà luogo a nullità rilevabile d'ufficio.

⁶⁴ E. KAUFMANN, *Amministrazione e diritto amministrativo*, Napoli, 2013, p. 36, sottolineava che «il diritto amministrativo non esaurisce l'insieme delle norme giuridiche conformemente alle quali vive lo Stato che esercita l'amministrazione, ma costituisce soltanto una parte di esse – infatti anche lo Stato che amministra vive innanzitutto secondo le norme giuridiche del diritto privato e del diritto civile, e il diritto amministrativo è soltanto il *diritto riservato all'attività amministrativa specificamente imperativa* dello Stato, alla quale non bastano gli strumenti del diritto civile comune». F. CORTESE, A. SANDRI, *Prefazione*, p. 7, illustrano che il volume di E. Kaufmann rappresenta la traduzione italiana della voce *Verwaltung und Verwaltungsrecht*, pubblicata nel 1914 all'interno del terzo volume della seconda edizione, curata da M. FLEISCHMANN, del *Wörterbuch des Deutschen Staats- und Verwaltungsrechts* (Dizionario del diritto pubblico e amministrativo tedesco) di K. VON STENGEL. In tale prospettiva, H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., p. 211, nel respingere l'identificazione delle norme di diritto privato come quelle che proteggono solo interessi privati, rileva che anche il mantenimento del diritto privato è nell'interesse pubblico, altrimenti non si comprenderebbe la ragione per la quale l'applicazione del diritto privato sia affidata ad organi dello Stato.

⁶⁵ M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo e diritto privato: nuove emersioni di una questione antica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, p. 1019 ss.

⁶⁶ Nel collocare nella seconda parte dell'Ottocento il momento di massima nettezza dei confini tra le due partizioni del diritto, B. SORDI, *Le Pandette e il diritto amministrativo. Privato e pubblico nell'itinerario giuridico di Federico Cammeo*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 22, 1993, p. 205 ss., illustra che in quell'epoca lo Stato equivale a comando, autorità, unità rigida, mentre al polo opposto dominano la signoria della volontà, il diritto soggettivo, il contratto.

Nell'amministrazione pubblica norme pubblicistiche e privatistiche si alternano e si sovrappongono nella tutela di interessi⁶⁷ che, immediatamente o mediatamente, appaiono riferibili pure sempre alla collettività nel suo insieme.

Il diritto amministrativo, inteso quale branca del diritto pubblico, copre solo un'area – in prospettiva, forse neppure prevalente – dell'attività amministrativa.

Questa si svolge secondo il diritto pubblico, mediante l'esercizio del potere attribuito e regolato da norme speciali, ovvero secondo il diritto privato, tramite l'impiego della capacità generale con le deroghe e le eccezioni stabilite dalla legge⁶⁸.

L'area dell'esercizio del potere – che non coincide necessariamente con quella dell'attività autoritativa o imperativa, che si esplica attraverso atti che producono effetti nella sfera giuridica di terzi a prescindere dal loro consenso – varia in ragione di valutazioni rimesse al legislatore⁶⁹.

Le linee di confine delle due discipline sono attraversate continuamente dalla normazione positiva e dalla giurisprudenza nazionali ed europee.

Accanto all'area del potere amministrativo si pone quella del diritto privato, con l'operatività di norme e istituti civilistici⁷⁰ nei quali – come accade in misura accentuata nel settore degli appalti pubblici – si inserisce sovente il diritto pubblico, dando luogo a complessi fenomeni di commistione e ibridazione.

D'altro canto, la riconosciuta «neutralità applicativa delle tecniche» giuridiche le rende suscettibili di applicazione in tutti gli ambiti e riguardo a ogni tipo di interesse, nella consapevolezza che ciò che in un determinato periodo storico è privato in un'altra epoca può divenire pubblico e viceversa⁷¹.

Allo stesso modo, variabile e incerta si delinea la distinzione tra interesse pubblico e interesse privato⁷², che nel moderno Stato parlamentare dipende, in ultima analisi, da una «scelta politica» operata dal legislatore del momento⁷³.

La procedura di gara per la scelta del contraente privato integra di per sé una semplice «tecnica», che può essere impiegata indifferentemente a tutela di qualunque categoria di interessi⁷⁴.

⁶⁷ G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, cit.

⁶⁸ Così V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, cit., pp. 13-14.

⁶⁹ IVI, p. 12.

⁷⁰ Sulla relazione tra potere amministrativo e attività consensuale, F. LEDDA, *Dell'autorità e del consenso nel diritto dell'amministrazione pubblica*, in *Foro amm.*, 1997, II, p. 1561 ss.

⁷¹ N. IRTI, *Prefazione*, in V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, cit., p. IX ss., pp. IX-X, che identifica con la definizione di «tecniche» (privatistiche e pubblicistiche) «schemi ordinanti, categorie logiche, modelli argomentativi».

⁷² G. ROSSI, *Diritto pubblico e diritto privato nell'attività della pubblica amministrazione: alla ricerca della tutela degli interessi*, in *Dir. pubbl.*, 1998, p. 661 ss.

⁷³ N. IRTI, *Prefazione*, cit., p. X.

⁷⁴ *IBIDEM*.

Nell'ambito della disciplina generale del contratto, è stato illustrato come sia proprio la legge a rappresentare ormai uno dei più rilevanti presidi per assicurare, in concreto, l'effettiva compatibilità delle più diverse espressioni dell'autonomia negoziale tanto di soggetti pubblici, quanto di soggetti privati, con i molteplici interessi superindividuali – innanzitutto di rilevanza costituzionale – che, di volta in volta, vengono in considerazione⁷⁵.

In assenza di specifici vincoli costituzionali⁷⁶ e di diritto positivo dai quali possa desumersi un *favor* per la pubblicizzazione di qualunque rapporto amministrativo⁷⁷, si è proposto di leggere e ricostruire – anche alla luce del principio di cui all'art. 1, comma 1-*bis*, l. 241/1990 – le peculiarità che caratterizzano il concreto utilizzo del diritto privato da parte dei soggetti pubblici prevalentemente all'interno delle dinamiche e dei paradigmi civilistici che presentano dei margini di sufficiente elasticità per dare adeguato risalto a qualsiasi interesse, incluso quello di cui è portatrice la pubblica amministrazione⁷⁸.

In questa ottica si pone la tendenza a circoscrivere la portata applicativa (e lo stesso significato) di quegli istituti e di quelle previsioni nei quali il legislatore, allo scopo di assicurare la migliore tutela di determinate esigenze del versante pubblico, ha ritenuto preferibile fare ricorso, in maniera espressa, a un regime amministrativo (es., la disciplina dell'evidenza pubblica), ovvero a una disciplina alternativa al diritto civile (es., gli accordi procedimentali).

L'intercambiabilità tra moduli privatistici e moduli pubblicistici di esercizio dell'azione amministrativa si sperimenta nell'esperienza reale alla stregua delle scelte positive operate dal legislatore⁷⁹.

⁷⁵ M. GIORGIANNI, *Il diritto privato ed i suoi attuali confini*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, p. 391 ss., p. 401 ss.; G. DE NOVA, *Il contratto ha forza di legge*, Milano, 1993, pp. 52-53, il quale enfatizza che «la forza della legge del contratto trov[a] smentite via via più numerose e rilevanti»; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, I, Napoli, 2006, 3^a ed., pp. 316-317, il quale, nel respingere una nozione di autonomia imperniata esclusivamente sul «privato», sottolinea «l'angustia della tradizionale definizione dell'autonomia «privata», intesa come potere riconosciuto o attribuito dall'ordinamento giuridico al «privato»: il potere spetta in realtà a tutti i soggetti giuridici, siano essi privati o pubblici».

⁷⁶ V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, cit., p. 18, puntualizza che, «se si guarda nelle pieghe, per così dire, dei testi costituzionali, non è smentito da essi, ma in un certo senso, presupposto», che le amministrazioni pubbliche possano operare secondo la capacità di diritto comune. Aderendo a tale autorevole impostazione, A. MOLITERNI, *Le perduranti incertezze e criticità nel "sistema" della contrattualistica pubblica*, cit., p. 265, osserva che lo statuto costituzionale dell'amministrazione «sembra confermare una certa neutralità delle tecniche e degli strumenti utilizzati dalla p.a.», a condizione che il loro concreto impiego avvenga nel puntuale rispetto dei fondamentali canoni costituzionali.

⁷⁷ Cfr. F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1960, pp. 51-52, secondo cui «i rapporti fra individuo e Stato debbono presumersi regolati dal diritto pubblico, se non vi è espressa o chiara ragione in contrario».

⁷⁸ F. GALGANO, *Diritto privato*, cit., p. 16, il quale ricorda che «il diritto privato è in sé neutro rispetto al tipo di interessi da realizzare».

⁷⁹ V. CERULLI IRELLI, *L'Amministrazione "Costituzionalizzata" e il diritto pubblico della proprietà e dell'impresa*, Torino, 2019, p. 125.

Anche il processo di inserimento dei contratti pubblici nelle dinamiche del mercato e della concorrenza non viene concepito nella sola prospettiva della limitazione pubblicistica alla libertà negoziale in ragione del rafforzamento delle regole dell'evidenza pubblica⁸⁰.

Nella tradizione giuridica europea, il contratto rappresenta lo strumento che, consentendo lo scambio di beni e servizi secondo criteri di economicità, fonda il sistema di mercato.

Sul presupposto che la gara costituisce una procedura prevista dalla legge che astrattamente potrebbe essere sottoposta al diritto privato – al pari di quanto avviene in altri ordinamenti continentali –, si è osservato che proprio il processo di europeizzazione della disciplina dei contratti pubblici dovrebbe stimolare, non solo una maggiore efficienza del settore pubblico e una maggiore protezione degli interessi degli operatori economici e dei consumatori, ma anche un certo *stemperamento* di molti profili di specialità che hanno caratterizzato tradizionalmente l'attività negoziale delle amministrazioni pubbliche⁸¹.

In questo scenario si colloca l'idea di una nuova teoria generale del contratto comune a qualsiasi settore ed esperienza dell'ordinamento giuridico, con il superamento della contrapposizione tra diritto privato e diritto pubblico secondo la logica «sostanzialistica» propria del diritto europeo⁸².

La stessa categoria del contratto – da molti reputata ormai obsoleta, a fronte dell'elevata frammentazione delle singole discipline di settore⁸³, e inadeguata ad assolvere alla sua «funzione storica di fonte di obbligazioni in senso tecnico»⁸⁴ – è vista come l'esito di un processo interpretativo di ricostruzione e ricomposizione delle diverse specialità dell'ordinamento all'interno di concetti e istituti comuni alle differenti esperienze giuridiche⁸⁵.

In tal modo, avanza la proposta che il diritto privato possa assurgere a diritto comune⁸⁶ di tutti i rapporti giuridici fondati sul consenso e, quindi, a categoria ordinante cui fare riferimento laddove non sia necessario ricorrere a regimi e a istituti realmente speciali e, soprattutto, laddove ciò non sia stato previsto in maniera esplicita dal legislatore⁸⁷.

⁸⁰ M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Bologna, 2008.

⁸¹ V. RICCIUTO, A. NERVI, *Il contratto della pubblica amministrazione*, cit., p. 168 ss. e p. 217 ss.

⁸² Su tale teoria, L. FRANZESE, *Il contratto oltre privato e pubblico. Contributi della teoria generale per il ritorno ad un diritto unitario*, Padova, 1998, p. 215.

⁸³ L'impossibilità di delineare una nozione unitaria di contratto nell'esperienza contemporanea, in una con la crisi dei tradizionali schemi qualificanti, è efficacemente argomentata da N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, p. 147 ss.

⁸⁴ G.P. CIRILLO, *Sistema istituzionale di diritto comune*, Milano, 2018, p. 53.

⁸⁵ N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, cit., pp. 32-34.

⁸⁶ N. IRTI, *Prefazione*, cit., p. XI, secondo cui la neutralità delle tecniche sospinge verso il diritto comune – che per il chiaro A. non coincide con il diritto del codice civile, ma consiste nel diritto ricavabile dall'intero sistema ordinamentale – in grado di offrire tutela a qualsiasi tipo di interesse.

⁸⁷ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, cit., p. VII, già segnalava che il nostro tempo «spinge ogni giorno di più alla formazione di un diritto comune a privati e a pubblici operatori».

3. Le problematiche convergenze tra discrezionalità amministrativa e logica di mercato

I procedimenti di evidenza pubblica volti alla scelta del contraente privato e alla formazione del contratto hanno avuto un'espansione pervasiva e dominano la scena nel comparto delle commesse pubbliche, per effetto, dapprima, della disciplina interna di stampo contabilistico e, poi, più incisivamente, per effetto dei principi di matrice europea di trasparenza e di *par condicio* tra operatori economici⁸⁸.

L'attuale impostazione delle procedure negoziali secondo i tipici schemi pubblicistici non è ascrivibile alla disciplina europea⁸⁹, ma costituisce tratto saliente dell'ordinamento domestico.

I principi di trasparenza e *par condicio* ben avrebbero potuto esplicarsi sul piano dell'attività negoziale quali precetti da rispettare nella fase delle trattative⁹⁰, affiancandosi ai canoni di correttezza e buona fede e alla connessa responsabilità precontrattuale rimessi alla tutela del giudice ordinario.

⁸⁸ Con questa formula, si fa riferimento alla disciplina dei pubblici incanti che rimonta alla l. 22 aprile 1869, n. 5026 (c.d. legge Cambray-Digny), *Sull'amministrazione del patrimonio e la contabilità generale dello Stato*, successivamente confluita, unitamente alle modifiche a essa apportate dalla l. 8 luglio 1883, n. 1455 (c.d. legge Magliani), nel r.d. 17 febbraio 1884, n. 2016, con il quale fu approvato il testo unico della legge sull'amministrazione e sulla contabilità generale dello Stato, e nel relativo regolamento di esecuzione adottato con r.d. 4 maggio 1885, n. 3074. Sulla genesi di tale disciplina, R. Faucci, *Finanza, amministrazione e pensiero economico. Il caso della contabilità di Stato da Cavour al fascismo*, Torino, 1975, 19 ss. L'impostazione di questa disciplina è stata recepita dal r.d. 18 novembre 1923, n. 2440, *Nuove disposizioni sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità generale dello Stato* (c.d. legge De Stefani), in *Gazzetta ufficiale*, n. 275 del 23 novembre 1923, e dal r.d. 23 maggio 1924, n. 827, *Regolamento per l'amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato*, in *Gazzetta ufficiale*, n. 130 del 3 giugno 1924, che hanno rappresentato a lungo, anche dopo l'avvento della Costituzione repubblicana, la normativa di riferimento della contrattualistica pubblica. Per una lucida ricostruzione in chiave critica delle linee portanti di tale normativa, F. LEDDA, *Per una nuova normativa sulla contrattazione pubblica*, cit., 317 ss.

⁸⁹ Come è noto il settore dei contratti pubblici è stato oggetto di crescente attenzione da parte del legislatore europeo, che ha normato in misura progressivamente sempre più estesa a partire dagli anni Settanta del secolo scorso. Il primo intervento risale alla direttiva della Commissione 70/32/CEE del 17 dicembre 1969. Per una rassegna cronologica degli atti in materia F. SCIAUDONE (a cura di) *Il diritto comunitario degli appalti pubblici*, Padova, 1999. Le direttive del Parlamento europeo e del Consiglio n. 2014/23/UE, n. 2014/24/UE e n. 2014/25/UE, cit., rappresentano l'ultimo intervento europeo che ha ricevuto attuazione nell'ordinamento interno con il d.lgs. 50/2016. Per un'analisi di insieme, anche sui lavori preparatori, delle ultime tre direttive, M. COZZIO, *Prime considerazioni sulle proposte di direttive europee in tema di Public Procurement*, in M. CAFAGNO, A. BOTTO, G. FIDONE, G. BOTTINO (a cura di), *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Milano, 2013, p. 119 ss.; C.E. GALLO (a cura di), *Autorità e consenso nei contratti pubblici. Dalle direttive 2014 al codice 2016*, 2^a ed., Torino, 2017; F. MASTRAGOSTINO, E. TRENTEI, *La disciplina dei contratti pubblici fra diritto interno e normativa comunitaria*, in F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici. Assetto e dinamiche evolutive alla luce del nuovo codice, del decreto correttivo 2017 e degli atti attuativi*, Torino, 2017, p. 1 ss.

⁹⁰ Al pari di quanto avviene nell'ordinamento tedesco, su cui E. SCHMIDT-ABMANN, L. DE LUCIA, M.C. ROMANO, *Prospettive della tutela giurisdizionale amministrativa in Germania e in Italia*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, p. 711 ss.

Una scelta che sarebbe risultata in sintonia con il diritto europeo che viene a collocare l'intera operazione economica⁹¹ negoziale dei pubblici poteri «nella logica del mercato», ponendosi al passo con l'evoluzione della disciplina del contratto⁹².

L'amministrazione che contratta non si muove nell'ambito di una normale situazione di autonomia privata⁹³, che, per sua natura, non può essere condizionata secondo criteri e finalità prestabiliti.

Il canone di buon andamento pretende dal committente pubblico un esito negoziale congruo in termini di rapporto costi-benefici, avendo riguardo sia agli obiettivi prefissati e ai risultati ottenuti, sia alle risorse impiegate per conseguire quei risultati⁹⁴.

Ulteriori vincoli all'attività negoziale scaturiscono dalle norme che regolano le procedure di spesa delle amministrazioni pubbliche, che influiscono sull'intera fase che conduce alla stipula e al perfezionamento del contratto⁹⁵, nonché dal principio di copertura finanziaria esplicitato dall'art. 21 del codice dei contratti pubblici⁹⁶.

L'attività negoziale dei soggetti pubblici è sottoposta a una serie di regole e principi pubblicistici fortemente derogatori rispetto alla disciplina comune⁹⁷, che ne preclude l'inquadramento nell'ambito dei rapporti paritari fra contraenti.

Gli atti giuridici nei quali tale attività si compendia non sono sottoposti alle ordinarie regole privatistiche e le relative controversie spesso esulano dalla giurisdizione ordinaria.

Articolandosi in una vasta gamma di procedimenti amministrativi, lo spazio di applicabilità della disciplina privatistica nelle procedure di gara risulta ridotto nella fase di formazione del contratto, riespandendosi nella fase di esecuzione⁹⁸ nella quale, però, si insinuano strumenti pubblicistici, riacquistando pieno campo il diritto amministrativo.

⁹¹ V. RICCIUTO, A. NERVI, *Il contratto della pubblica amministrazione*, cit., p. 217, ricordano che nella dottrina civilistica, con questo termine viene designato l'assetto di interessi concordemente fissato tra le parti contrattuali.

⁹² Tale evoluzione ha comportato l'ingresso di nuove clausole generali tra le quali, G. ALPA, *Le stagioni del contratto*, Bologna, 2012, p. 29, ricomprende «la *proporzionalità*, la *sussidiarietà*, la *ragionevolezza*, la *trasparenza*, la *completezza*, inventate dal legislatore o costruite dall'interprete, e applicate alla disciplina dei rapporti tra privati».

⁹³ S. FANTINI, H. SIMONETTI, *Le basi del diritto dei contratti pubblici*, Milano, 2017, p. 38 ss.

⁹⁴ V. CERULLI IRELLI, *L'Amministrazione "Costituzionalizzata"*, cit., p. 131, puntualizza che l'inosservanza dell'indicato precetto costituzionale non si riflette necessariamente sulla validità degli atti – che rimane sottoposta alle regole positive del relativo procedimento di formazione –, ma assume rilievo ai fini della disciplina dei controlli e del regime della responsabilità degli agenti pubblici.

⁹⁵ L. FIORENTINO, *Attività contrattuale e vincoli di finanza pubblica*, in C. FRANCHINI (a cura di) *I contratti con la pubblica amministrazione*, I, cit., p. 241 ss.

⁹⁶ V. CERULLI IRELLI, *L'Amministrazione "Costituzionalizzata"*, cit., p. 131.

⁹⁷ IVI, p. 129.

⁹⁸ Un'analogia distinzione si rinviene nell'art. 30, comma 8, d.lgs. 50/2016, secondo cui per quanto non espressamente previsto nel codice, alle procedure di affidamento e alle altre attività amministrative in materia di contratti pubblici trovano applicazione le disposizioni di cui alla l. 241/1990, mentre alla stipula del contratto e alla fase di esecuzione si applicano le disposizioni del codice civile.

Il dato saliente del regime giuridico dei contratti pubblici è rappresentato dall'incertezza sull'ambito di operatività dei principi e delle regole di diritto privato che, sovente, rischia di svuotare le ragioni sottostanti all'impiego dei moduli negoziali.

Ciò dipende dalla supremazia delle procedure amministrative che precedono la stipula del contratto, con conseguente condizionamento del regime amministrativo su quello di diritto privato e subordinazione del secondo al primo a esso presupposto⁹⁹.

Nel formante giurisprudenziale, non si manca di valorizzare la specialità della disciplina dei contratti pubblici anche dopo il momento della stipula, stante l'incidenza dell'interesse pubblico sulla causa e sull'oggetto del rapporto¹⁰⁰.

Al contratto stipulato successivamente alla fase di evidenza pubblica, non si ritiene applicabile "immediatamente" la «più generale disciplina del codice civile e delle ulteriori disposizioni che eventualmente regolano il rapporto patrimoniale consensualmente instaurato tra privati»¹⁰¹.

Nella fase di esecuzione del rapporto, inoltre, disposizioni speciali riconoscono alle stazioni appaltanti poteri negoziali unilaterali che non si ritrovano nella disciplina di diritto comune.

La gara incarna la regola fondamentale delle procedure a evidenza pubblica, essendo volta a dare pubblicità alla scelta del contraente privato e a garantire la *par condicio* degli operatori economici che aspirano all'aggiudicazione.

⁹⁹ V. RICCIUTO, A. NERVI, *Il contratto della pubblica amministrazione*, cit., p. 178, osservano che questa impostazione svislaccia il ruolo che l'istituto contrattuale riveste nello svolgimento dei rapporti tra soggetti pubblici e soggetti privati, venendo meno «la sua idoneità a garantire stabilità e certezza ad una relazione giuridica caratterizzata dalla reciprocità degli impegni assunti dai contraenti».

¹⁰⁰ Cons. Stato, sent. 3653/2016.

¹⁰¹ Cons. Stato, sent. 3653/2016, punto 3, puntualizza come ciò sia «a tutta evidenza negato dalla stessa presenza di una (cospicua) disciplina speciale che normalmente assiste il momento genetico e quello funzionale del contratto, e che non può che giustificarsi se non in ragione della "particolare natura" dello stesso; laddove tale "particolare" natura non è costituita dall'esservi la pubblica amministrazione quale soggetto contraente, bensì dall'essere la causa e l'oggetto del contratto differentemente conformati, in ragione delle finalità di interesse pubblico perseguite con il contratto, e dunque con l'adempimento delle obbligazioni assunte per il tramite delle rispettive prestazioni (a seconda dei casi, l'*opus* o il servizio) (...). In sostanza, la definizione del contratto quale "contratto pubblico" (art. 3, d.lgs. n. 163/2006, applicabile al caso di specie non indica esclusivamente (e semplicisticamente) la presenza di un soggetto pubblico quale parte contraente, bensì una oggettiva finalità di pubblico interesse perseguita per il tramite del contratto e del suo adempimento».

La regola della gara¹⁰², intesa quale principio di stampo pubblicistico, è operante ogni qualvolta l'amministrazione si è autovincolata a seguire determinati metodi di scelta del contraente tra più soggetti interpellati¹⁰³.

All'interno del codice degli appalti, accanto alle procedure ordinarie, si ritrovano alcune procedure semplificate di vasto impiego concernenti gli affidamenti sotto soglia comunitaria¹⁰⁴ e tutte quelle ipotesi – che in passato erano numerose e ricadevano nell'orbita della trattativa privata¹⁰⁵ – per le quali la normazione europea ammette, con modalità ormai assai stringenti, il ricorso alla procedura negoziata¹⁰⁶ senza previa pubblicazione di un bando di gara¹⁰⁷.

¹⁰² Sul piano negoziale, il bando di gara è assimilabile a un invito a offrire (e non a un'offerta al pubblico *ex art.* 1336 c.c.), non avendo efficacia vincolante verso i terzi e potendo essere revocato da parte della stazione appaltante, così E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, 13^a ed., Milano, 2011, p. 608, nonché V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, cit., p. 124.

¹⁰³ Sull'ipotesi in cui l'amministrazione, pure non essendo tenuta ad attenersi alle regole di evidenza pubblica, decide autonomamente di assoggettarvisi, autovincolandosi, A. FARI, *I "contratti attivi". L'evidenza pubblica tra regole di contabilità e di mercato*, Napoli, 2018, p. 73 ss. V., pure, Cons. Stato, ad. plen., 3 giugno 2011, n. 10, in *Foro it.*, 2011, III, 365 ss., c. 368, (con nota di A. TRAVI, cc. 382-385), secondo cui il paradigma dell'evidenza pubblica, in cui la stipulazione del contratto è preceduta da un procedimento amministrativo «che inizia con la delibera a contrarre, in cui la pubblica amministrazione evidenzia le ragioni di interesse pubblico che giustificano il contratto», è «estensibile a tutti gli altri casi in cui la pubblica amministrazione pone in essere un qualsivoglia negozio giuridico di diritto privato».

¹⁰⁴ L'art. 36, comma 1, d.lgs. 50/2016 dispone che l'affidamento e l'esecuzione dei contratti sotto soglia debbano avvenire nel rispetto dei principi sanciti dagli artt. 30, commi 1, 34 e 42, del codice, nonché nel rispetto del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti e in modo che possa essere data effettiva possibilità di partecipazione a microimprese, piccole e medie imprese. Il successivo comma 2, lett. a, consente l'affidamento diretto, anche senza previa consultazione di due o più operatori economici, per commesse di importo inferiore a 40.000 euro. Per gli affidamenti di importo pari o superiore a 40.000 euro e inferiore a 150.000 euro per i lavori, o alle soglie comunitarie per le forniture e i servizi, sempre l'art. 36, comma 2, alla lett. b – come modificata dall'art. 1, lett. h, n. 1, d.l. 32/2019, conv. in l. 55/2019 –, stabilisce che avvengano mediante affidamento diretto previa consultazione di tre preventivi, se esistenti, per i lavori, e, per i servizi e le forniture, di almeno cinque operatori economici individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi appositi, osservando un criterio di rotazione degli inviti. Per gli affidamenti di lavori di importo pari o superiori a 150.000 euro e inferiore a 350.000 euro l'art. 36, comma 2, lett. c – come modificata dall'art. 1, lett. h, n. 2, d.l. 32/2019 – prevede l'affidamento mediante procedura negoziata previa consultazione, ove esistenti, di almeno dieci operatori economici, nel rispetto del criterio di rotazione degli inviti, individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi appositi. Per gli affidamenti di lavori di importo pari o superiore a 350.000 euro e inferiori a 1.000.000 di euro ancora l'art. 36, comma 2, lett. c-bis – introdotta dall'art. 1, lett. h, n. 2, d.l. 32/2019 – stabilisce l'affidamento mediante procedura negoziata previa consultazione, ove esistenti, di almeno quindici operatori economici.

¹⁰⁵ Artt. 41 e 92 r.d. 827/1924. Nei casi di trattativa privata, per giurisprudenza consolidata la pubblica amministrazione «agisce *iure privatorum* in posizione del tutto paritetica con il privato, senza fare uso di poteri in qualche modo autoritativi, ponendo in essere un'attività negoziale assolutamente libera e svincolata da un qualsiasi schema procedimentale». In tali ipotesi, nell'ambito del procedimento di formazione del contratto, in capo al privato che aspira alla sua conclusione non sono configurabili interessi legittimi, bensì posizioni di diritto soggettivo» (Cass., sez. un., 5 dicembre 1995, n. 12523, in *Foro it.*, 1996, I, c. 378 ss.).

¹⁰⁶ Secondo l'art. 3, comma 1, lett. uuu, d.lgs. 50/2016, per procedure negoziate si intendono «le procedure di affidamento in cui le stazioni appaltanti consultano gli operatori economici da loro scelti e negoziano con uno o più di essi le condizioni dell'appalto».

¹⁰⁷ Art. 32 della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 2014/24/UE e art. 63 d.lgs. 50/2016.

Anche queste procedure semplificate si articolano secondo tipici schemi pubblicistici.

In particolare, l'utilizzo della procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara implica la ricorrenza di presupposti specifici rispetto ai quali la stazione appaltante è tenuta a fornire, nel primo atto del procedimento, motivazione puntuale¹⁰⁸.

Questa procedura è intesa come modalità di affidamento¹⁰⁹ del tutto eccezionale in quanto realizza una deroga ai principi di pubblicità e di concorrenza¹¹⁰, con la conseguenza che i relativi presupposti devono essere accertati in modo rigoroso e non sono suscettibili di applicazione estensiva¹¹¹.

Carattere pubblicistico presentano pure le procedure di affidamento dei contratti esclusi¹¹², nel cui novero rientrano quelle tipologie contrattuali che, seppure sottratte all'ambito di operatività della disciplina generale dettata dal d.lgs. 50/2016, tuttavia sono da questa considerate e regolamentate, a differenza dei contratti che ne rimangono del tutto estranei¹¹³.

Gli affidamenti inerenti ai contratti esclusi¹¹⁴, infatti, sono sottoposti ai principi – e ai corrispondenti vincoli e limiti – dettati dalla disciplina di contrattualistica pubblica.

La relazione giuridica tra le parti raggiunge una dimensione tendenzialmente paritetica soltanto a seguito della stipulazione e, soprattutto, del perfezionamento del contratto¹¹⁵.

¹⁰⁸ Per alcuni recenti arresti, Cons. Stato, sez. III, 21 gennaio 2019, n. 518; Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 2 febbraio 2018, n. 500, entrambi consultabili su www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁰⁹ Si tratta, comunque, di procedura amministrativa condizionata alla sussistenza dei presupposti e al rispetto delle modalità previsti dall'art. 63 d.lgs. 50/2016.

¹¹⁰ V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, cit., p. 130, osserva che, nei casi di «trattativa privata» senza previa pubblicazione del bando, l'azione amministrativa è «del tutto rapportabile agli schemi del diritto comune».

¹¹¹ Tar Lazio, sez. I ter, 4 settembre 2018, n. 9145, *ivi*. In termini analoghi, Linee guida n. 8, *Ricorso a procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando nel caso di forniture e servizi ritenuti infungibili*, adottate dall'Anac in data 10 ottobre 2017, consultabili su www.anac.it.

¹¹² Art. 4 d.lgs. 50/2016.

¹¹³ Cfr. Cons. Stato, comm. spec., par. 10 maggio 2018, n. 1241, consultabile su www.giustizia-amministrativa.it, che puntualizza come, in applicazione della regola di diritto giurisprudenziale espressa dalla Corte di giustizia UE, per i contratti sottratti all'ambito di applicazione delle direttive in materia di appalti pubblici trovano applicazione comunque i principi posti dai Trattati europei a tutela della concorrenza.

¹¹⁴ Alla luce delle direttive 2004/17/CE («che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali») e 2004/18/CE («relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi») del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004, in *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea*, n. L134 del 30 aprile 2004, con riguardo alla distinzione tra contratti (semplicemente) «esclusi», sottoposti comunque ai principi di evidenza pubblica dettati dal codice dei contratti pubblici e dal diritto europeo, e contratti (del tutto) «estranei» agli scopi e all'oggetto della disciplina codicistica e dell'ordinamento europeo degli appalti pubblici, retti dal diritto privato, v. Cons. Stato, ad. plen., 1 agosto 2011, n. 16, consultabile su www.federalismi.it, 16/2011.

¹¹⁵ V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, cit., p. 140.

Lo squilibrio tra le posizioni delle parti permane anche dopo la conclusione della gara, come denota la circostanza che, mentre l'offerta dell'aggiudicatario continua a essere irrevocabile, per l'amministrazione l'aggiudicazione non equivale ancora ad accettazione dell'offerta (art. 32, comma 6, d.lgs. 50/2016).

La stipulazione del contratto dovrebbe integrare il momento che segna il passaggio dagli strumenti autoritativi a quelli negoziali¹¹⁶, facendo sì che il diritto privato si (ri)espanda e pervada l'intera fase dell'esecuzione¹¹⁷.

A differenza degli accordi procedurali previsti dall'art. 11 della l. 241/1990¹¹⁸ che si collocano interamente nel versante pubblicistico¹¹⁹ e nell'area dell'esercizio del potere¹²⁰, nel contratto concluso fra stazione appaltante e privato aggiudicatario a rigore non dovrebbe residuare spazio per il potere amministrativo¹²¹.

In questa fase negoziale il vincolo scaturente dal contratto si imporrebbe all'amministrazione contraente secondo gli schemi comuni¹²², fatta salva la ricorrenza di speciali ragioni.

¹¹⁶ Cfr. Cass., sez. un., 25 maggio 2018, n. 13191, consultabile su www.italgiure.giustizia.it, secondo cui la stipula del contratto, ovvero l'inizio dell'esecuzione del contratto, e non l'aggiudicazione segna lo spartiacque sulla giurisdizione. V., pure, *Id.*, ord. 5 ottobre 2018, n. 24411, *ivi*, in tema di affidamento di un pubblico servizio, per la quale la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo prevista dall'art. 133, comma 1, lett. e, n. 1, c.p.a. concerne solo le controversie relative al procedimento di scelta del contraente fino al momento in cui acquista efficacia l'aggiudicazione definitiva di cui al d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, *Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE*, in *Gazzetta ufficiale* n. 100 del 2 maggio 2006, suppl. ord. n. 107, mentre le controversie vertenti sull'attività successiva, anche se precedente alla stipula del contratto, seguono l'ordinario criterio di riparto imperniato sulla distinzione tra diritto soggettivo e interesse legittimo.

¹¹⁷ Come già si è detto, la giurisprudenza amministrativa, tuttavia, rimarca la specialità della disciplina che caratterizza i contratti pubblici anche dopo la stipula del contratto, a fronte dell'incidenza dell'interesse pubblico sulla causa e sull'oggetto del negozio, cfr. Cons. Stato, sent. 3653/2016, punto 3.

¹¹⁸ Sulla definizione di «accordi» di cui all'art. 11 l. 241/1990 nella quale vengono ricompresi sia (veri) contratti, sia accordi procedurali, Cons. Stato, sent. 3653/2016, punto 2.

¹¹⁹ F.G. SCOCA, *Poteri amministrativi e strumenti di diritto pubblico e privato*, cit., p. 48, che intende tali accordi quale forma di esercizio del potere amministrativo autoritativo tramite atti consensuali, alternativi ai provvedimenti unilaterali.

¹²⁰ Per un compiuto inquadramento, G. GRECO, *Accordi e contratti della pubblica amministrazione tra suggestioni interpretative e necessità di sistema*, cit., pp. 425-427.

¹²¹ L. FRANZESE, *Legge e contratto oggi*, consultabile su www.lirco.cervo.it, 2004, p. 4, osserva che «l'approccio negoziato alla gestione amministrativa, con la previsione di reciproche attribuzioni patrimoniali tra pubblica amministrazione procedente e cittadini interessati in vista dell'organizzazione e disciplina di un'attività loro comune, esclude la configurabilità di poteri unilaterali delle parti, le quali potranno far valere soltanto i rimedi previsti per i vizi genetici e funzionali del sinallagma». *Contra*, E. BRUTI LIBERATI, *Recensione a L. Franzese, Il contratto oltre privato e pubblico. Contributi della teoria generale per il ritorno ad un diritto unitario*, Padova, Cedam, 2001, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2002, p. 1060 ss., p. 1065.

¹²² In tal senso, M. RENNA, *Responsabilità della pubblica amministrazione. a) Profili sostanziali*, in *Enc. dir., Annali*, IX, Milano, 2016, p. 800 ss., p. 805, sottolinea che i contratti pubblici «sono veri e propri contratti pienamente rispondenti al modello di cui all'art. 1321 c.c.: l'esistenza di norme derogatorie rispetto al paradigma civilistico (...) non vale a rendere i contratti stipulati dalla pubblica amministrazione degli "pseudocontratti"».

Non di meno, permane grande incertezza se questo momento coincide effettivamente con la costituzione del rapporto paritetico, anche in ragione di una propensione a qualificare in chiave pubblicistica¹²³ i poteri negoziali di ripensamento della stazione appaltante esercitabili in sede di esecuzione del contratto¹²⁴.

Il passaggio dalla sequenza pubblicistica a quella negoziale non appare nitidamente scandito, dando luogo a una commistione tra le due fasi e connotando la frazione temporale tra l'aggiudicazione e la stipulazione del contratto come una «zona grigia» dove la natura delle posizioni soggettive si confonde tra l'interesse legittimo e il diritto soggettivo¹²⁵.

Poiché l'aggiudicazione non equivale ad accettazione dell'offerta, il formante giurisprudenziale è costante nel riconoscere all'impresa aggiudicataria un interesse legittimo pretensivo alla stipula del contratto, benché tale pretesa possa essere soddisfatta non già attraverso l'esercizio di un potere amministrativo – che, per effetto dell'aggiudicazione e fatto salvo il successivo esercizio dei poteri di autotutela, ha esaurito il suo ambito –, ma con un atto di natura privatistica¹²⁶.

4. I contratti di appalto tra finalità pubblicistiche, tecniche privatistiche e diritto europeo

Le considerazioni svolte rivelano che il problema dello spazio del diritto privato nelle procedure di appalto non può essere ridotto in termini di mera perimetrazione degli ambiti dei due regimi giuridici che condividono la medesima tavola di valori sanciti in Costituzione.

È una questione più complessa di approccio sistematico teorico, attenendo alla specificità del settore nel quale si confrontano un assetto disciplinare ispirato alle tradizionali categorie concettuali con una visione sostanziale dell'unitaria operazione economica – rispetto alla quale la gara gioca un ruolo puramente strumentale – più prossima alle logiche del modello europeo delle commesse pubbliche.

L'incontro dei due sistemi imposto dall'evoluzione del diritto positivo non si risolve nella definizione dei rispettivi confini e non si esaurisce nella distinzione tra tecniche pubblicistiche e privatistiche.

La questione che si prospetta non è tanto quella di stabilire quale disciplina debba prevalere e, quindi, se la contrattualistica pubblica vada sottoposta a un regime amministrativo in ragione dell'interesse pubblico

¹²³ G.D. COMPORTI, *Logiche di riparto per una rinnovata visione dei contratti pubblici*, in *Giur. it.*, 2018, p. 434 ss., p. 441, che «segna il passaggio dell'operazione contrattuale dalla fase preliminare della selezione delle parti e della esatta definizione dell'oggetto a quella conseguente della sua realizzazione concreta». A. MOLITERNI, *Le perduranti incertezze e criticità nel "sistema" della contrattualistica pubblica*, cit., p. 247, osserva che, stando al dato testuale dell'art. 108, comma 1-bis, d.lgs. 50/2016, il potere di risoluzione del contratto ivi disciplinato sarebbe qualificabile come potere pubblicistico di autotutela.

¹²⁴ G. D. COMPORTI, *Regole di comportamento per un ripensamento della responsabilità dell'amministrazione*, in *Giur. it.*, 2018, p. 1984 ss., p. 1985.

¹²⁵ Tar Campania, Napoli, sez. III, 10 luglio 2018, n. 4563, consultabile su www.giustizia-amministrativa.it.

¹²⁶ Il rilievo è di G. D. COMPORTI, *La flessibilità nelle negoziazioni pubbliche*, cit., p. 193.

a essa sottostante, oppure se anche per il contraente pubblico debbano valere le regole comuni dei rapporti giuridici patrimoniali fondati sul contratto¹²⁷.

L'interrogativo che si pone è, piuttosto, se occorra prendere atto del superamento della dicotomia diritto pubblico-diritto privato, abbracciando una visione organica del sistema per guardare con una lente diversa il rapporto tra perseguimento dell'interesse pubblico e utilizzo delle tecniche privatistiche, in considerazione del fatto che gli strumenti offerti dalle due discipline possono ricevere indifferente applicazione a seconda della situazione concreta e del momento¹²⁸.

Nel codice dei contratti pubblici appare ancora sovrastante il valore ordinante dei collaudati schemi pubblicistici impostati sulla rigida scansione per fasi distinte e progressive del procedimento di affidamento dei contratti di appalto e di concessione.

In questo senso è eloquente la scomposizione dell'intero percorso negoziale in momenti frazionati e successivi che si profilano quali adempimenti formali a valenza prevalentemente contabile¹²⁹.

La sostanza economica dell'*affare* sembra rimanere in secondo piano anche per effetto della rigidità della sequenza¹³⁰ tra qualificazione degli offerenti e selezione delle offerte¹³¹, che traspare, oltre che dagli artt. 94 e 95, dal complessivo impianto codicistico¹³².

Ciò si registra mentre il diritto europeo sollecita il superamento del dato formale per guardare alla sostanza dell'operazione economica progettata e alla concreta regolamentazione pattuita¹³³.

In questo scenario la separazione tra le due branche del diritto tende a resistere e l'operatività del diritto privato inevitabilmente resta circoscritta, condensata a valle della stipula del contratto e concentrata nella fase dell'esecuzione. I moduli di azione propri dell'autonomia privata appaiono marginali nella prospettiva codicistica, con conseguente compressione della flessibilità e duttilità decisionale delle stazioni appaltanti¹³⁴.

¹²⁷ Sul punto, L. FRANZESE, *Legge e contratto oggi*, cit., p. 4, osserva che «la contrattualità amministrativa non sembra giustificare alcuna specialità di regime a favore della pubblica amministrazione, la quale deve ritenersi assoggettata al diritto dei contratti, un diritto cioè comune a quanti si accordano per costituire, modificare o estinguere un loro rapporto giuridico patrimoniale. Non sembra consentita, in particolare, alcuna discrezionalità del contraente pubblico in ordine alla possibilità di recedere dall'impegno assunto».

¹²⁸ G.P. CIRILLO, *Sistema istituzionale di diritto comune*, cit., p. 2.

¹²⁹ G. D. COMPORI, *La flessibilità nelle negoziazioni pubbliche*, cit., p. 182, riferendosi all'art. 32 d.lgs. 50/2016.

¹³⁰ Attenuata per le procedure aperte nei settori speciali (art. 133, comma 8, d.lgs. 50/2016), che ha recepito un'indicazione generale dell'art. 56, comma 2, della direttiva 2014/24/UE).

¹³¹ IVI, p. 184.

¹³² L. SECCIA, *Aggiudicazione per i settori ordinari (artt. 94-99)*, in M. CORRADINO, E. STICCHI DAMIANI (a cura di), *I nuovi appalti pubblici. Commento al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50*, Milano, 2017, p. 411 ss., p. 414.

¹³³ V. RICCIUTO, A. NERVI, *Il contratto della pubblica amministrazione*, cit., pp. 219-220.

¹³⁴ Sulla ridotta flessibilità e duttilità decisionale delle stazioni appaltanti, M. CAFAGNO, *Flessibilità e negoziazione. Riflessioni sull'affidamento dei contratti complessi*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2013, p. 991 ss. Al riguardo, è sufficiente

Regole e principi civilistici trovano compiuto impiego in casi limitati, talora operando in maniera contemporanea e sinergica con norme pubblicistiche.

In questo secondo caso, si realizza un concorso di differenti tecniche giuridiche che non si pongono in antitesi l'una con l'altra, ma che danno luogo a una varietà di complessi intrecci tra strumenti di diritto pubblico e di diritto privato.

Nella fase esecutiva – che, stando alla classica *summa divisio*, dovrebbe essere assoggettata interamente alla disciplina civilistica in ragione della sua qualificazione contrattuale¹³⁵ –, il codice¹³⁶ riconosce all'amministrazione pubblica anche l'esercizio di poteri unilaterali di indole privatistica.

In tale fase, la posizione tra l'amministrazione aggiudicatrice e il contraente privato si pone su un piano di parità solo tendenziale¹³⁷.

constatare che i criteri di aggiudicazione degli appalti non sono rimessi a una autonoma scelta delle stazioni appaltanti, ma sono fissati dal legislatore (artt. 95 e 96 del codice).

¹³⁵ Sul contratto inteso come strumento di regolazione, anche funzionalmente deputato all'assolvimento degli scopi propri all'amministrazione pubblica, A. MASSERA, *Noterelle sui contratti come modalità e strumento di amministrazione*, in G. FALCON, B. MARCHETTI (a cura di), *Pubblico e privato nell'organizzazione e nell'azione amministrativa. Problemi e prospettive*, *Atti del Convegno di Trento 7-8 giugno 2012*, Padova, 2013, p. 249 ss.

¹³⁶ Il d.lgs. 50/2016 riconosce al contraente pubblico il potere di apportare unilateralmente variazioni nell'esecuzione dell'opera (art. 106, comma 12), il potere di sospendere unilateralmente l'esecuzione del contratto quando ricorrono speciali circostanze (art. 107), il potere di risolvere il contratto in presenza di determinate condizioni (art. 108), il potere di recesso (art. 109). Cons. Stato, ad. plen., 29 gennaio 2014, n. 6, in *Foro it.*, 2014, III, c. 518 ss., c. 524, punto 16, ha definito il recesso e la risoluzione previsti dagli artt. 134-136 del previgente d.lgs. 163/2006 (corrispondenti agli artt. 108 e 109 d.lgs. 50/2016) quali poteri speciali di autotutela privatistica in capo all'amministrazione. Su tale arresto, si veda il commento di G. PIPERATA, *L'autotutela interna e l'autotutela esterna nei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, p. 77 ss. In termini analoghi, con riguardo al recesso di cui all'art. 134 d.lgs. 163/2006, Cons. Stato, sez. V, 4 agosto 2017, n. 3909, consultabile su www.giustizia-amministrativa.it. Nel senso che il recesso previsto dall'art. 1, comma 13, d.l. 6 luglio 2012, n. 95, *Disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica con invarianza dei servizi ai cittadini nonché misure di rafforzamento patrimoniale delle imprese del settore bancario*, in *Gazzetta ufficiale* n. 156 del 6 luglio 2012, suppl. ord. n. 141, conv. in l. 7 agosto 2012, n. 135, costituisce esercizio di un potere a carattere contrattuale e non espressione di potestà pubblica, Cons. Stato, sez. VI, 17 marzo 2014, n. 1312, consultabile su www.neldiritto.it.

¹³⁷ Cons. Stato, ad. plen., 20 giugno 2014, n. 14, punti 3.4 e 3.5.1., in *Foro it.*, 2015, III, c. 681 ss., nell'affermare che nella fase esecutiva contrattuale sono esclusi i poteri di autotutela amministrativa – ciò che distingue i contratti pubblici dagli accordi di diritto pubblico *ex art.* 11 l. 241/1990 – sottolinea la specialità della disciplina del recesso prevista dall'art. 21-*sexies* l. 241/1990 e dall'(abrogato) art. 134 d.lgs. 163/2006 rispetto a quella diversa dell'art. 1671 c.c. La posizione dell'amministrazione nella fase negoziale aperta con la stipulazione del contratto nel procedimento di affidamento di lavori pubblici – puntualizza la sentenza – è definita dall'insieme delle norme civilistiche e di quelle speciali, individuate nel codice dei contratti pubblici, operando l'amministrazione, in forza di queste ultime, in via non integralmente paritetica rispetto al contraente privato. Su tale pronuncia, A. TRAVI, *ivi*, c. 686 ss., c. 690, osserva che «ammettere il recesso (anziché una revoca) dopo la sottoscrizione del contratto significa ricondurre la vicenda su un piano privatistico e perciò anche escludere la possibilità di un sindacato sulle ragioni inerenti al pubblico interesse che siano state invocate dall'amministrazione per il recesso». Sulla natura privatistica del recesso previsto dall'art. 21-*sexies* l. 241/1990 e sulla inconciliabilità tra recesso e revoca, V. CERULLI IRELLI, *Introduzione*, in N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, Torino, 2005, p. 1 ss., p. 21, nonché L. GIANI, *Articolo 21 sexies. Recesso dai contratti*, *IVI*, p. 529 ss. Con riguardo alle incertezze interpretative che caratterizzano tutte quelle disposizioni che, come l'art. 21-*sexies*, tendono a sottoporre

Le norme speciali derogatorie del diritto comune apprestate per il contraente pubblico, pure nell'ambito di un rapporto (tendenzialmente) paritetico, vengono giustificate sul presupposto che l'azione amministrativa, seppure svolta tramite moduli privatistici, rimane condizionata dal fine primario dell'interesse pubblico¹³⁸.

Il potere della stazione appaltante di incidere unilateralmente sul momento funzionale del contratto viene inquadrato come esercizio di un diritto potestativo di diritto privato¹³⁹, appartenente alla giurisdizione del giudice ordinario¹⁴⁰.

Tale situazione di potere, che concreta una forma di autotutela interna al contratto¹⁴¹ in quanto di natura negoziale e prevista da norme *ad hoc*, identifica un'area importante del diritto privato della fase di esecuzione quale area a diritto privato speciale, fortemente derogatorio rispetto alla disciplina comune.

La specialità delle regole privatistiche applicabili a tale momento negoziale sopravanza lo stesso problema dell'alternatività tra diritto pubblico e diritto privato¹⁴² ed è indicativa del grado di penetrazione delle categorie civilistiche nel diritto dei contratti pubblici.

a regime privatistico l'azione dei pubblici poteri nell'ottica di «semplificare l'azione amministrativa, per coordinare in modo sistematico gli atti della P.A., per «liberalizzare» le modalità di esercizio della funzione pubblica consentendo alla P.A. di agire «come agiscono i privati», G. ALPA, *Autonomia privata ed applicazione delle norme civilistiche ai contratti pubblici*, in P. STANZIONE, A. SATURNO (a cura di), *Il diritto privato della pubblica amministrazione*, Padova, 2006, p. 75 ss., p. 79.

¹³⁸ In tal senso, Corte cost., 18 febbraio 2011, n. 53, consultabile su www.giurcost.it. In precedenza, *Id.*, 23 novembre 2007, n. 401, *ivi*, e *Id.*, 11 febbraio 2011, n. 43, consultabile su <https://federalismi.it>, 4/2011.

¹³⁹ I. RAIOLA, *Art. 134 Recesso*, in G. GAROFOLI, G. FERRARI (a cura di), *Codice degli appalti pubblici*, II, Roma, 2013, p. 1808 ss., p. 1809, ricorda che il recesso della pubblica amministrazione dai contratti di appalto di lavori, in corso di esecuzione, è stato configurato dalla dottrina prevalente come «l'esercizio di un diritto potestativo a carattere negoziale». C.M. BIANCA, *Diritto civile. 3 il contratto*, Milano, 1987, p. 704, illustra che il recesso può essere un potere o un diritto. Come potere è un rimedio riconosciuto dal contratto o dalla legge, a fronte dell'inadempimento o per l'onerosità o intollerabilità della prosecuzione del rapporto. In queste ipotesi, il recesso integra «un potere di autotutela e il suo esercizio è assoggettato al controllo dell'adeguatezza del mezzo alla sua funzione». Il diritto di recesso, invece, «è conferito ad uno o ad entrambi i contraenti da un precedente accordo (...) e può essere attribuito anche dalla legge». Tale diritto tutela «l'interesse obiettivo della parte all'interruzione del rapporto contrattuale, e l'esercizio del diritto è rimesso esclusivamente all'autonoma decisione del titolare, salvo il limite generale del principio di buona fede».

¹⁴⁰ V. CERULLI IRELLI, *L'Amministrazione "Costituzionalizzata"*, cit., 141.

¹⁴¹ Sulla distinzione tra potere di autotutela «interna» di diritto privato e potere di autotutela «esterna» al contratto, esercitata mediante moduli pubblicistici e destinata a incidere sui provvedimenti e atti situati a monte della stipulazione, R. CHIEPPA, R. GIOVAGNOLI, *Gli appalti pubblici*, par. 18, consultabile su www.giustamm.it, 10/2009; II.DD., *Manuale breve diritto amministrativo*, Milano, 2009, p. 517; G. PIPERATA, *L'autotutela interna e l'autotutela esterna nei contratti pubblici*, cit., p. 79.

¹⁴² V. CERULLI IRELLI, *L'Amministrazione "Costituzionalizzata"*, cit., p. 130.

5. Le incertezze di disciplina e regime giuridico del momento esecutivo del rapporto contrattuale

L'evanescenza dei contorni tra poteri pubblicistici e poteri privatistici rende il momento esecutivo uno spazio giuridico composito all'interno del quale ricomprendere e vagliare «intrecci di nuclei normativi, interessi variamente qualificati e differenti meccanismi di produzione giuridica»¹⁴³.

L'incontro tra clausole pubblicistiche e privatistiche nella fase di esecuzione del contratto trova il suo sostrato teorico nell'esigenza di assicurare l'applicazione variabile della disciplina civilistica per valorizzare le specifiche esigenze funzionali sottese all'attuazione del rapporto¹⁴⁴.

Le incertezze di disciplina e regime giuridico degli atti della fase esecutiva¹⁴⁵ sono accentuate in ragione della possibilità riconosciuta all'amministrazione di esercitare un potere pubblicistico espressivo dello *ius poenitendi* anche dopo l'aggiudicazione della gara¹⁴⁶.

In questa fase, si assiste a un intricato incrocio tra poteri di autotutela privatistici e poteri di autotutela pubblicistica in cui risalta un «uso promiscuo di istituti tra loro incompatibili»¹⁴⁷, a causa di un quadro normativo non puntuale e di orientamenti giurisprudenziali contingenti che tendono a ricostruire in chiave ora discrezionale e autoritativa, ora paritaria e contrattuale, i poteri riconosciuti al contraente pubblico nel momento funzionale del rapporto¹⁴⁸.

Il concreto esercizio di tali poteri genera molte perplessità soprattutto nelle fattispecie nelle quali il regime pubblicistico si sovrappone a quello privatistico nella qualificazione del modulo di azione dell'amministrazione pubblica.

In chiave pubblicistica vengono ricostruiti i poteri di scioglimento unilaterale attivati in corso di rapporto dall'amministrazione aggiudicatrice a seguito del venire meno di requisiti soggettivi del contraente privato che ne minano l'affidabilità¹⁴⁹.

¹⁴³ G. F. LICATA, *In tema di autonomia negoziale della pubblica amministrazione*, cit., p. 249.

¹⁴⁴ A. MOLITERNI, *Le perduranti incertezze e criticità nel "sistema" della contrattualistica pubblica*, cit., p. 256, e ID., *Amministrazione consensuale*, cit., p. 430 ss. e p. 476 ss.

¹⁴⁵ IVI, *passim*.

¹⁴⁶ Alla stregua dei principi espressi da Cons. Stato, ad. plen., sent. 14/2014, punto 3.5.2., i poteri generali di autotutela pubblicistica in una vicenda contrattuale consentono l'esperibilità della revoca dell'aggiudicazione «definitiva» – utilizzando la formulazione del previgente art. 11 d.lgs. 163/2006 – nella fase procedimentale fino alla stipulazione del contratto (ovvero, fino all'avvio della sua esecuzione) e dell'annullamento d'ufficio in ogni momento, anche dopo la stipulazione del contratto.

¹⁴⁷ G. GRECO, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato. I contratti ad evidenza pubblica*, Milano, 1986, p. 51.

¹⁴⁸ Nel novero dei poteri pubblicistici di autotutela decisoria, è riconducibile anche il recesso dal contratto di appalto a seguito di informativa prefettizia di infiltrazioni mafiose nell'impresa appaltatrice, di cui agli artt. 88, comma 4-ter, e 92, comma 4, d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, *Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 13 agosto 2010, n. 136*, in *Gazzetta ufficiale*, n. 226 del 28 settembre 2011, suppl. ord. n. 214.

¹⁴⁹ Cons. Stato, ad. plen., 20 luglio 2015, n. 8, punto 8.1, consultabile su www.giustizia-amministrativa.it, sottolinea che nelle gare d'appalto per l'aggiudicazione di contratti pubblici i requisiti generali e speciali devono essere posseduti

In altri casi, i poteri incidenti sul vincolo contrattuale azionati dalla stazione appaltante sono ricondotti all'autotutela di stampo pubblicistico in ragione dell'influenza di logiche amministrativistiche giustificata sia dalla caratura pubblicistica del soggetto che ricorre a tali strumenti, sia dalla persistenza nel contesto negoziale del fine primario dell'interesse pubblico imposto all'amministrazione contraente.

In più casi ad acuire le perplessità contribuisce l'ambiguità della normazione positiva che, per fare soltanto un esempio, definisce sia la concessione di lavori pubblici, sia quella di servizi come un «contratto»¹⁵⁰, declinando una disciplina della fase esecutiva costellata da previsioni e poteri pubblicistici, come può evincersi dalla stessa rubrica dell'art. 176¹⁵¹.

Non minori incertezze suscita la disciplina della risoluzione del contratto di cui all'art. 108, comma 1-*bis*, che, nel momento in cui reca un esplicito richiamo dell'art. 21-*nonies* l. 241/1990¹⁵², induce a qualificare il potere di risoluzione previsto dal codice non già come una potestà di natura privatistica, sottoposta alle regole di diritto civile, ma quale potere di autotutela pubblicistica¹⁵³.

La riconosciuta esperibilità, secondo le previsioni dell'art. 21-*nonies* l. 241/1990, del potere di annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione della gara anche dopo la stipula del contratto, con conseguente inefficacia dello stesso atto negoziale¹⁵⁴, è fattore di ulteriore instabilità del sistema.

Nel formante giurisprudenziale questo tipo di intervento viene inquadrato come potere di autotutela decisoria esterno al negozio che, incidendo sulla fase a monte dell'evidenza pubblica, si riflette (indirettamente) sull'efficacia del vincolo contrattuale¹⁵⁵.

Perché possa darsi corso a tale forma di autotutela – che produce l'effetto caducante del contratto a valle – si richiede, però, che l'atto amministrativo presupposto assuma il carattere dell'atto (realmente)

dai candidati non solo alla data di scadenza del termine per la presentazione della domanda di partecipazione, ma anche per tutta la durata della procedura fino all'aggiudicazione definitiva e alla stipula del contratto, nonché per tutto il periodo di esecuzione dello stesso, senza soluzione di continuità.

¹⁵⁰ Art. 164 d.lgs. 50/2016.

¹⁵¹ In proposito, è sufficiente scorrere l'intestazione dell'art. 176, rubricata «*Cessazione, revoca d'ufficio, risoluzione per inadempimento e subentro*», nonché il suo *incipit* che fa espressamente salvo «l'esercizio dei poteri di autotutela» tra i quali i commi 2 e 3 ricomprendono il potere di annullamento d'ufficio. Di contro, il successivo comma 7 prevede che, nei casi nei quali la concessione è risolta per inadempimento del concessionario, «trova applicazione l'articolo 1453 del codice civile». In senso critico, A. MOLITERNI, *Le perduranti incertezze e criticità nel "sistema" della contrattualistica pubblica*, cit., p. 251.

¹⁵² L'art. 108, comma 1-*bis*, d.lgs. 50/2016 prevede che «nelle ipotesi di cui al comma 1 non si applicano i termini previsti dall'articolo 21-*nonies* della legge 7 agosto 1990, n. 241».

¹⁵³ In questi termini, Cons. Stato, comm. spec., par. 30 marzo 2017, n. 782, punto 8, *sub* artt. 108 e 176, consultabile su www.giustizia-amministrativa.it. Di contro, Cass., sez. un., ord. 10 gennaio 2019, n. 489, consultabile su www.neldiritto.it, attribuisce natura contrattuale (e non già provvedimento) alla risoluzione unilaterale del contratto disposta dall'amministrazione committente a seguito dell'inadempimento delle obbligazioni poste a carico dell'appaltatore.

¹⁵⁴ Cons. Stato, sez. III, 22 marzo 2017, n. 1320, consultabile su www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁵⁵ Cons. Stato, sez. III, 13 marzo 2018, n. 1610, *in*.

prodromico rispetto alla successiva contrattazione¹⁵⁶, nel senso che in esso sia identificabile «il compimento di un processo decisionale ossia la formazione della volontà di compiere un atto di diritto privato, di cui l'ente abbia valutato ed approvato il contenuto, e che ciò risulti verificabile in base al procedimento seguito»¹⁵⁷.

Detto altrimenti, perché possa attuarsi un siffatto intervento in autotutela esterna¹⁵⁸ si rende necessaria l'identificazione di «un'attività pubblicistica preliminare che abbia contribuito effettivamente a formare la volontà negoziale e a orientare le scelte poi riversate sul piano negoziale»¹⁵⁹.

Estremamente complesso si delinea pure l'intreccio tra poteri pubblicistici e strumenti privatistici con riguardo alla revoca dell'aggiudicazione da parte della stazione appaltante, ai sensi dell'art. 21-*quinquies* l. 241/1990¹⁶⁰.

¹⁵⁶ Cass., sez. un., ord. 23 ottobre 2014, n. 22554, consultabile su www.itagiure.giustizia.it, evidenzia che «il vizio in conseguenza del quale la (...) amministrazione si è avvalsa del suo potere di autotutela» deve attenersi «al modo in cui l'atto prodromico è stato posto in essere, o comunque sia esclusivamente ad esso proprio, non potendo viceversa costituire la mera proiezione di un vizio destinato in realtà ad inficiare la validità dello stesso contratto».

¹⁵⁷ Cons. Stato, ad. plen., 5 maggio 2014, n. 13, punto 4.3., consultabile su www.neldiritto.it, che esclude la presenza di atti realmente prodromici rispetto alla successiva contrattazione, allorché si tratti di atti dietro i quali si cela «un mero artificio che non impedisce di riconoscere che la materia del contendere (...) è costituita non dal sindacato sulla legittimità di un atto di imperio, ma dal giudizio sulla fondatezza dei vizi addebitati ai contratti».

¹⁵⁸ Cass., sez. un., ord. 22554/2014, puntualizza che «l'amministrazione, una volta concluso il contratto, è del tutto carente del potere di sottrarsi unilateralmente al vincolo che dal contratto medesimo deriva: ipotizzare che essa abbia la possibilità di far valere unilateralmente eventuali vizi del contratto, semplicemente imputando quei medesimi vizi agli atti prodromici da essa posti in essere in vista dell'assunzione del predetto vincolo negoziale, equivarrebbe a consentire una sorta di revoca del consenso contrattuale (sia pure motivato con l'esercizio del potere di annullamento in via di autotutela) che la pariteticità delle parti negoziali esclude per il contraente pubblico non meno che per il contraente privato».

¹⁵⁹ A. MOLITERNI, *Le perduranti incertezze e criticità nel "sistema" della contrattualistica pubblica*, cit., p. 248, il quale distingue «gli strumenti negoziali che si fondano su un'attività preliminare strutturata e formalizzata e gli strumenti negoziali caratterizzati da un'attività propedeutica informale – o comunque soggetta a minori vincoli legislativi – per i quali» si avrebbe una maggiore stabilità del rapporto, che potrebbe essere dichiarato invalido o inefficace soltanto dal giudice ordinario.

¹⁶⁰ Sull'esercizio del potere di revoca dopo la conclusione del contratto, si registrano due differenti orientamenti in ambito giurisprudenziale e dottrinale, sui quali R. MAGNANI, *Il contratto di appalto tra potere di revoca e diritto di recesso*, in *Riv. trim. app.*, 2014, p. 19 ss. Secondo un primo indirizzo, il potere di revocare gli atti amministrativi della serie di evidenza pubblica permane anche in costanza di vincolo contrattuale già perfetto (Cons. Stato, sez. VI, 17 marzo 2010, n. 1554; *Id.*, 27 novembre 2012, n. 5993; *Id.*, sez. IV, 14 gennaio 2013, n. 156; consultabili tutte su www.giustizia-amministrativa.it). Un'altra impostazione esclude, invece, l'esercizio del potere di revoca una volta intervenuta la conclusione del contratto in quanto verterebbe su un provvedimento di aggiudicazione che ha consumato i suoi effetti a seguito della stipulazione del contratto di appalto e, come tale, insuscettibile di revoca *ex art. 21-quinquies* l. 241/1990 (Cons. Stato, sez. V, 18 settembre 2008, n. 4455; Tar Lazio, sez. II-ter, 6 marzo 2013, n. 2432; Cons. Stato, sez. V, 5 dicembre 2013, n. 5786; tutte *ivi*). Questa secondo indirizzo si fonda sul rilievo che mentre all'annullamento d'ufficio del provvedimento di aggiudicazione per un vizio originario dell'atto la stazione appaltante può procedere in ogni momento, incidendo, per la sua efficacia *ex tunc*, sul momento genetico del rapporto e, quindi, sui rapporti negoziali che a quell'atto sono collegati da un nesso di presupposizione, ciò non vale per la revoca dell'aggiudicazione che, avendo efficacia *ex nunc*, incide sul momento funzionale del rapporto e implica che l'efficacia dell'atto oggetto di revoca continui a sussistere al momento della sua adozione. Alla stregua di questa opzione interpretativa, una volta intervenuto il contratto l'unico strumento utilizzabile dalla stazione

Benché per i contratti di appalto di lavori l'attivazione di tale potere dopo la stipula del negozio abbia subito limitazioni stringenti a opera della giurisprudenza amministrativa, non di meno la revoca dell'aggiudicazione è ritenuto un rimedio azionabile in presenza di determinate condizioni¹⁶¹.

Lo stesso giudice amministrativo, infatti, ammette pacificamente la revoca dell'aggiudicazione¹⁶² in almeno tre ipotesi¹⁶³: i) per sopravvenuta non corrispondenza dell'appalto alle esigenze

appaltante per sottrarsi unilateralmente al vincolo negoziale è rappresentato dal recesso. Tale soluzione produce conseguenze di rilievo anche sotto il profilo economico in quanto l'esercizio del potere di revoca determina che l'indennizzo dovuto all'appaltatore è parametrato al solo danno emergente, mentre l'esercizio del potere di recesso implica un obbligo di pagamento a carico della stazione appaltante dei lavori eseguiti, del valore dei materiali utili esistenti in cantiere, oltre al decimo dell'importo delle opere non eseguite (così già l'art. 134 d.lgs. 163/2006 e ora l'art. 109 d.lgs. 50/2016).

¹⁶¹ Se l'atto di scioglimento del vincolo contrattuale è qualificabile come recesso, anziché come revoca, la giurisdizione sulla relativa controversia è devoluta al giudice ordinario, anziché a quello amministrativo, così Cass., sez. un., 26 marzo 2003, n. 10160, in *Foro it.*, 2004, I, c. 2206 ss.; *Id.*, 17 dicembre 2008, n. 29425, consultabile su www.italggiure.giustizia.it; Cons. Stato, sez. VI, 17 marzo 2014, n. 1312, in *Urb. app.*, 2014, pp. 798 s., con commento di F. MANGANARO, p. 799 ss. Nella giurisprudenza di legittimità, tuttavia, si rinvencono orientamenti precedenti che escludono ogni incompatibilità tra esercizio di autotutela pubblicistica e avvenuta stipulazione del contratto, con conseguente radicamento della giurisdizione del giudice amministrativo, così Cass., sez. un., ord. 1 marzo 2006, n. 4508, consultabile su www.italggiure.giustizia.it.

¹⁶² Circa la commistione tra recesso e revoca nei contratti a evidenza pubblica, ferma restando la distinzione delle due figure e la diversità dei relativi presupposti, V. BARELA, *Il recesso nell'attività della pubblica amministrazione*, in P. STANZIONE, A. SATURNO (a cura di), *Il diritto privato della pubblica amministrazione*, cit., p. 351 ss., pp. 360-361. Sull'impraticabilità della revoca per motivi di opportunità dopo la stipulazione del contratto, A. CORPACI, *Ambito e connotati della funzione di autotutela delle stazioni appaltanti nel sistema dell'amministrazione pubblica dei contratti*, in D. SORACE (a cura di), *Amministrazione pubblica dei contratti*, Napoli, 2013, p. 217 ss., p. 224, per il quale, con riguardo ai contratti relativi a lavori ex art. 134 del codice previgente, «l'utilizzabilità da parte dell'amministrazione, accanto al potere privatistico di recesso, anche del potere pubblicistico di revoca dell'aggiudicazione al fine di sciogliersi unilateralmente dal contratto», darebbe luogo a «una inammissibile duplicazione di strumenti e di discipline». In termini analoghi, A. SCOGNAMIGLIO, *Autotutela pubblicistica e contratti in corso*, in *Dir. amm.*, 2013, p. 205 ss., p. 241, per la quale con la stipula del contratto l'ambito spaziale di applicabilità del potere di autotutela si esaurisce, e A. LINGUITI, *Art. 134. Recesso*, in L. R. PERFETTI (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato*, Milano, 2013, p. 1585 ss., pp. 1587-1589. Ancora sulla non azionabilità del potere di revoca nell'ipotesi in cui sussista un rapporto contrattuale perfezionato stante «l'impermeabilizzazione della fase privatistica alle esigenze pubblicistiche», G. LA ROSA, *La revoca del provvedimento amministrativo. L'instabilità delle decisioni amministrative tra esigenze di funzionalizzazione e tutela degli interessi privati*, Milano, 2013, p. 237. Sempre ID., *Lo scioglimento del contratto della pubblica amministrazione: alla ricerca di un punto di equilibrio tra il recesso e la revoca incidente su rapporti negoziali*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, p. 1453 ss., p. 1477, esclude che alla pubblica amministrazione «sia consentito di sciogliersi dal contratto [a evidenza pubblica] per effetto della revoca del provvedimento di aggiudicazione (o, anche, della determina di contrattare)», in quanto «il disposto dell'art. 21-sexies verrebbe certamente eluso, ben potendo il soggetto pubblico conseguire gli effetti del recesso al di fuori delle ipotesi di cui alla disposizione in parola». Sulla praticabilità della revoca dell'aggiudicazione anche una volta concluso il contratto, E. BRUNO, G. FUOCO, *Manuale dell'autotutela decisoria nei procedimenti di evidenza pubblica. Guida all'annullamento e alla revoca degli atti di gara*, Rimini, 2008, p. 282; S. FANTINI, *La revoca di provvedimenti incidenti su atti negoziali*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, p. 1 ss.

¹⁶³ La problematica della revoca dell'aggiudicazione attiene all'azionabilità del relativo potere dopo la stipulazione del contratto, mentre non sussiste alcun dubbio sulla possibilità della stazione appaltante di esercitare tale potere anteriormente alla conclusione del contratto, così Cons. Stato, sez. III, 30 luglio 2013, n. 4026, consultabile su www.giustizia-amministrativa.it. V., pure, Cons. Stato, sez. V, 11 gennaio 2018, n. 120, *ivi*, concernente la revoca di un provvedimento di aggiudicazione – qualificata dall'amministrazione aggiudicatrice come risoluzione del contratto per grave inadempimento – disposta dopo la consegna anticipata del servizio per ragioni di urgenza

dell'amministrazione; ii) per sopravvenuta indisponibilità di risorse finanziarie ovvero per sopravvenuta non convenienza economica dell'appalto¹⁶⁴; iii) per inidoneità della prestazione descritta nella *lex specialis* a soddisfare le esigenze contrattuali che hanno determinato l'avvio della procedura¹⁶⁵.

D'altro canto, la revoca dell'aggiudicazione può essere sempre giustificata da «sopravvenuti motivi di pubblico interesse» – che l'art. 21-*quinquies*, comma 1-bis, l. 241/1990 regola anche con riferimento ad atti incidenti su rapporti negoziali – nei quali vengono ricompresi anche comportamenti scorretti dell'aggiudicatario manifestatisi successivamente all'aggiudicazione¹⁶⁶.

In tale ipotesi, il provvedimento di autotutela assume i connotati della «revoca-sanzione», in ordine alla quale la stazione appaltante non è tenuta a valutare l'affidamento maturato da parte dell'aggiudicatario rispetto all'atto oggetto di ritiro, né deve corrispondere un indennizzo non ricorrendo pregiudizi a essa imputabili¹⁶⁷.

Dal quadro appena tratteggiato, emerge che ci si trova al cospetto di rapporti espressamente definiti come «contratti» dal diritto positivo rispetto ai quali sono esercitabili – sempre per esplicito disposto di legge – veri e propri poteri di autotutela pubblicistica.

A differenza di altri ordinamenti¹⁶⁸, il sistema nazionale dei contratti pubblici sconta l'assenza di una disciplina positiva puntuale e stabile fondata su dati normativi univoci e lineari, come pure di una giurisprudenza consolidata che eviti le incertezze e criticità appena ricordate.

all'aggiudicatario e anteriormente alla stipulazione del contratto. Da ultimo, Cons. Stato, sez. III, 6 agosto 2019, n. 5597, *ivi*, puntualizza che rientra nella discrezionalità dell'amministrazione disporre la revoca del bando di gara e degli atti successivi nel caso di aggiudicazione provvisoria, (revoca) che non è da classificare come attività di secondo grado in quanto l'aggiudicatario vanta solo un'aspettativa non qualificata o di mero fatto alla conclusione del procedimento.

¹⁶⁴ Cons. Stato, sez. V, 21 aprile 2016, n. 1599, *ivi*.

¹⁶⁵ Cons. Stato, sez. III, 29 novembre 2016, n. 5026, *ivi*.

¹⁶⁶ Cons. Stato, sez. V, 12 giugno 2017, n. 2084, *ivi*, concernente la revoca dell'aggiudicazione definitiva di una gara di appalto determinata dalla successiva scoperta della mancanza del requisito di regolarità fiscale in capo all'impresa aggiudicataria. V., pure, Tar Liguria, sez. II, 27 gennaio 2017, n. 55, *ivi*, relativa alla revoca dell'aggiudicazione definitiva per inadempimento degli obblighi derivanti dalla clausola sociale comportante l'assunzione di tutto il personale della gestione uscente.

¹⁶⁷ Cons. Stato, sent. 120/2018, punto 5.1., include tra i «sopravvenuti motivi di pubblico interesse» anche i comportamenti scorretti dell'aggiudicatario che si siano manifestati successivamente all'aggiudicazione. In questi casi – puntualizza la pronuncia –, la revoca assume valenza sanzionatoria, essendo giustificata la caducazione degli effetti del provvedimento «da condotte scorrette del privato beneficiario di precedente provvedimento favorevole dell'amministrazione», senza che quest'ultima sia tenuta «a soppesare l'affidamento maturato dal privato sul provvedimento a sé favorevole».

¹⁶⁸ Il riferimento è alla Germania, dove la legge generale sul procedimento ha regolato compiutamente i negozi che incidono sui rapporti di diritto pubblico (su cui E. SCHMIDT-ABMANN, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, Berlin-Heidelberg, 2006, p. 341 ss.; nella dottrina italiana, A. MASUCCI, *Trasformazione dell'amministrazione e moduli convenzionali. Il contratto di diritto pubblico*, Napoli, 1988). La relativa disciplina legislativa – per cui si applica in via integrativa il codice civile e le norme sul procedimento amministrativo – regola dettagliatamente tutti gli aspetti e le vicende del rapporto. Al di fuori degli stretti e rigorosi ambiti di applicazione del contratto di diritto pubblico, vi è una larga e chiara applicazione degli strumenti e dei principi privatistici che,

Il potere di autotutela nel momento propriamente negoziale, pertanto, può assumere natura diversa (contrattuale o autoritativa) e differenziarsi per presupposti, strumenti e conseguenze¹⁶⁹.

La multiformità dell'autotutela nella fase di esecuzione del rapporto rende oltremodo incerto l'inquadramento del potere esercitato in concreto, soprattutto laddove il regime pubblicistico si sovrappone a quello privatistico nella definizione del modello di azione.

Tanto anche in considerazione del fatto che lo scioglimento unilaterale della pubblica amministrazione dal programma contrattuale in un contesto privatistico non isola la relativa dinamica dall'influenza di logiche amministrativistiche, stante pure la natura pubblicistica del soggetto che ricorre a tale opzione.

Le problematiche di indole sostanziale testé illustrate si riflettono sul riparto giurisdizionale delle relative controversie. Se le vicende attinenti alla fase anteriore alla stipula del contratto sono ritenute senz'altro devolute alla giurisdizione amministrativa, anche quando non si sia svolta una procedura di gara vera e propria, molte incertezze avvolgono la cognizione del momento esecutivo del rapporto.

Risolta in via legislativa – anche per quel che concerne il riparto di giurisdizione – la questione del rapporto tra annullamento degli atti presupposti e il contratto a essi accessivo, le maggiori criticità si devono al fatto che spesso l'attribuzione a una determinata giurisdizione delle vicende inerenti all'esecuzione del rapporto non copre tutti i momenti della relazione negoziale.

Per i contratti di appalto il riparto avviene per «frammentazione» della fattispecie negoziale i cui episodi spesso vengono affidati al giudice amministrativo ora per espressa previsione legislativa, ora perché alcuni poteri sono ricostruiti dalla giurisprudenza in chiave pubblicistica. La coesistenza di ambedue le giurisdizioni per le vicende esecutive del medesimo rapporto¹⁷⁰ rende determinante il ruolo dell'interprete in ordine alla qualificazione della fattispecie e del singolo atto dell'amministrazione¹⁷¹, generando ulteriori incertezze.

anche per i contratti di derivazione europea, vedono la giurisdizione del giudice ordinario. In Francia, a partire dagli anni Trenta del secolo scorso, la giurisprudenza del *Conseil d'Etat* ha elaborato una vera e propria teoria generale del *contrat administratif* (L. RICHER, F. LICHÈRE, *Droit des contrats administratifs*, 10^e ed., Paris, 2016, p. 19 ss.), che si fonda su un regime del tutto antitetico rispetto a quello di diritto civile e in grado di “piegare”, in chiave esorbitante, tutte le vicende consensuali concernenti l'esercizio di una funzione o di un servizio pubblico la cui cognizione riservata al giudice amministrativo. A tale sistema si ascrive la maggior parte dei rapporti negoziali, inclusi quelli di matrice europea.

¹⁶⁹ G. PIPERATA, *L'autotutela interna e l'autotutela esterna nei contratti pubblici*, cit., p. 84.

¹⁷⁰ In tema di revisione prezzi negli appalti di opere pubbliche, Cass., sez. un., ord. 1 febbraio 2019, n. 3160, consultabile su www.italsgiure.giustizia.it, ha affermato la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sulla domanda dell'appaltatore di revisione del prezzo in base a un meccanismo revisionale di indicizzazione diverso da quello contrattualmente pattuito.

¹⁷¹ Cons. Stato, sez. IV, sent. 2256/2017, punto 7.7., nel rimarcare che nei contratti a oggetto pubblico la finalità di interesse pubblico «non costituisce (né lo potrebbe) una “immanenza” esterna alla convenzione/contratto», ma essa «conforma il contratto medesimo, ed in particolare (...) gli elementi essenziali della causa e dell'oggetto», evidenzia che laddove l'interprete debba giudicare della illiceità della causa di un accordo/contratto pubblico,

Allo stesso modo, in relazione a molti rapporti concessori risulta estremamente problematica la distinzione dei profili economici o indennitari da quelli attinenti al rispetto degli altri obblighi negoziali¹⁷², in ragione dell'unitarietà della fattispecie negoziale e della natura sinallagmatica del rapporto¹⁷³.

Anche nel campo delle convenzioni urbanistiche in alcuni casi è stata esclusa la giurisdizione amministrativa, valorizzando la natura privatistica della controversia in quanto vertente sul rispetto degli obblighi negoziali, in altri casi è stata riconosciuta la giurisdizione ordinaria su un rapporto fideiussorio accessivo alla convenzione di cui è stata enfatizzata l'autonomia rispetto al rapporto principale¹⁷⁴.

Fattore di ulteriore complicazione è rappresentato dalla tutela della concorrenza in sede esecutiva che può condurre a devolvere alcune vicende del rapporto contrattuale al giudice ordinario se oggetto di una contestazione delle parti contrattuali, ovvero al giudice amministrativo se oggetto di una contestazione da parte di un terzo¹⁷⁵.

6. Il nodo irrisolto tra ricorso al mercato e autoproduzione pubblica: *to buy or to make*

Sulla questione preliminare e fondamentale attinente all'alternativa tra il ricorso al mercato (*to buy*) e l'autoproduzione pubblica (*to make*) il codice, pure non prendendo posizione esplicita, tende a dare continuità all'impostazione che reputa preferibile la prima opzione in quanto rispettosa dei principi a tutela della concorrenza¹⁷⁶.

ovvero dell'impossibilità (materiale o giuridica) e dell'illiceità dell'oggetto di tale accordo/contratto, non può non ricordare che tali elementi essenziali sono diversamente conformati, e dunque richiedono una verifica che tenga conto di tale loro specificità».

¹⁷² Con riguardo a concessione di lavori pubblici, Cass., sez. un, 18 ottobre 2018, n. 26253, consultabile su www.italegiure.giustizia.it, ha riconosciuto la giurisdizione del giudice ordinario sulla controversia relativa all'impugnazione di una delibera comunale che abbia negato alla società concessionaria la revisione dei costi di costruzione e il prolungamento della durata della concessione, sul rilievo che tali questioni non concernono la materia dell'adeguamento dei prezzi – devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo –, ma mirano a un vero e proprio riequilibrio del sinallagma contrattuale, ponendosi la relativa delibera nella fase esecutiva del rapporto concessorio, con la conseguenza che anche la cognizione su di essa attiene all'aspetto privatistico, esulando dal piano autoritativo.

¹⁷³ In proposito, A. MOLITERNI, *Il giudice dei servizi pubblici e l'«araba fenice» del criterio dell'interesse pubblico*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, p. 148 ss., p. 150 ss.

¹⁷⁴ Tar Lombardia, sez. II, 11 maggio 2015, n. 1137, punto III, consultabile su www.giustizia-amministrativa.it, ha affermato la giurisdizione del giudice ordinario per la controversia sull'escussione della garanzia fideiussoria relativa al pagamento di oneri di urbanizzazione, attribuendo alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo «le controversie riguardanti l'adempimento degli obblighi derivanti da convenzioni urbanistiche connesse a lottizzazioni».

¹⁷⁵ Tale circostanza è messa in rilievo da ID., *Le perduranti incertezze e criticità nel “sistema” della contrattualistica pubblica*, cit., p. 258.

¹⁷⁶ S. TORRICELLI, *Disciplina dei contratti ed esternalizzazioni sostenibili*, in C. MARZUOLI, S. TORRICELLI (a cura di), *La dimensione sociale della contrattazione pubblica. Disciplina dei contratti ed esternalizzazioni sostenibili*, Napoli, 2017, p. 7 ss.

Se gli artt. 4 e 5 del d.lgs. 50/2016 sono incentrati sulla delimitazione dell'area dei contratti esclusi e su profili connessi, l'art. 192, comma 2, considera con maggiore favore l'esternalizzazione della provvista pubblica¹⁷⁷, nel momento in cui richiede alle stazioni appaltanti di giustificare il «mancato ricorso al mercato» nelle ipotesi di affidamento *in house*¹⁷⁸ di un contratto avente per oggetto «servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza»¹⁷⁹.

In questa prospettiva il principio di libera concorrenza, che si traduce nel metodo della gara, si situa su un piano di prevalenza rispetto al principio della libertà di scelta del modello gestionale.

L'autoproduzione pubblica¹⁸⁰ (o *in house providing*)¹⁸¹, che può assumere forme diverse e si contrappone all'esternalizzazione (od *outsourcing*), concerne un modello organizzativo in cui l'amministrazione pubblica

¹⁷⁷ Cfr. Cons. Stato, comm. spec., par. 1° aprile 2016, n. 464, consultabile su www.giustizia-amministrativa.it, secondo cui l'onere di motivazione imposto dall'art. 192, comma 2, «costituisce un onere motivazionale rafforzato, il quale consente un penetrante controllo della scelta effettuata dall'Amministrazione, anzitutto sul piano dell'efficienza amministrativa e del razionale impiego delle risorse pubbliche». S. COLOMBARI, *L'in house providing dopo le direttive europee del 2014: un nuovo assetto nei rapporti tra enti nell'ambito del settore pubblico?*, in AA.VV., *Diritto amministrativo e società civile. Volume I - Studi introduttivi*, Bologna, 2018, p. 423 ss., pp. 428-431.

¹⁷⁸ Analoga impostazione si ritrova nell'art. 5, comma 1, d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, *Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*, in *Gazzetta ufficiale* n. 210 del 8 settembre 2016, laddove sottopone all'onere di motivazione analitica la scelta di costituire una società a partecipazione pubblica o l'acquisto di partecipazioni, anche indirette, da parte di amministrazioni pubbliche in società già costituite, anche per quel che concerne la «gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato». L'art. 4, comma 1, d.lgs. 175/2016, inoltre, preclude alle amministrazioni pubbliche di costituire, direttamente o indirettamente, società «aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né acquisire o mantenere partecipazioni, anche di minoranza, in tali società». Il successivo art. 16 stabilisce che «le società *in house* ricevono affidamenti diretti di contratti pubblici dalle amministrazioni che esercitano su di esse il controllo analogo o da ciascuna delle amministrazioni che esercitano su di esse il controllo analogo congiunto», ricorrendo le condizioni ivi previste.

¹⁷⁹ Sulla medesima direttrice si poneva l'art. 7, comma 3, dello schema di decreto legislativo recante testo unico sui servizi pubblici locali di interesse economico generale, in attuazione della delega conferita al Governo dagli artt. 16 e 19 della l. 7 agosto 2015, n. 124 (recante *Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche*, in *Gazzetta ufficiale* n. 187, del 13 agosto 2015), Atto del governo n. 308, XVII legislatura, consultabile su www.senato.it, secondo cui «nel caso di affidamento *in house* o di gestione mediante azienda speciale, il provvedimento dà (...) specificamente conto delle ragioni del mancato ricorso al mercato e, in particolare, del fatto che tale scelta non sia comparativamente più svantaggiosa per i cittadini».

¹⁸⁰ M. MAZZAMUTO, *L'apparente neutralità comunitaria sull'autoproduzione pubblica: dall'in house al Partenariato "Pubblico-Pubblico"* (commento a Corte di giustizia dell'Unione europea, grande sezione, 19 dicembre 2012, in causa C-159/11), in *Giur. it.*, 2013, p. 1416 ss., ricorda che l'autoproduzione pubblica può realizzarsi secondo modalità diverse, segnatamente mediante: i) un «servizio "interno" alla stessa P.A. (in economia, aziende-organo)», definito *in house* in senso stretto; ii) un «ente distinto controllato dalla P.A.», definito *in house* in senso ampio; iii) un «ente distinto controllato "insieme" ad altri soggetti pubblici, definito *in house* in senso ampio a controllo congiunto; iv) un «rapporto contrattuale con altri soggetti pubblici», definito Partenariato Pubblico-Pubblico.

¹⁸¹ Sul rilievo che l'espressione «*in house providing*» non compare nelle tre direttive europee del 2014, C. CONTESSA, *L'in house providing quindici anni dopo: cosa cambia con le nuove direttive*, consultabile su www.giustizia-amministrativa.it, 2014, p. 3, osserva che la nozione impiegata di «appalti pubblici tra enti nell'ambito del settore pubblico» (art. 12 della c.d. «*direttiva settori classici*») – al pari di quelle di «concessioni tra enti nel settore pubblico» (art. 17 della c.d. «*direttiva concessioni*») e di «appalti tra amministrazioni aggiudicatrici» (art. 28 c.d. «*direttiva settori speciali*») – è idonea a ricomprendere sia il fenomeno dell'*in house providing* in senso stretto, sia altre ipotesi quali il c.d. «*quasi-in house*» (cui è riconducibile il c.d. «*in house frazionato*» o controllo analogo congiunto previsto dall'art. 12, paragrafo 3, della

provvede ai propri bisogni tramite lo svolgimento di un'attività a essa interna¹⁸², assumendo all'occorrenza anche le vesti di impresa, in luogo di rivolgersi al mercato scegliendo un fornitore tramite procedura competitiva.

L'autoproduzione può riguardare sia attività economiche in senso stretto, che di per sé operano in regime di mercato, sia servizi di interesse generale di carattere economico e di carattere non economico¹⁸³. I limiti operativi dell'autoproduzione pubblica costituiscono tematica dibattuta¹⁸⁴ che si colloca in una realtà fattuale caratterizzata da un vasto (e, in più casi, non virtuoso) impiego del modulo dell'affidamento *in house*¹⁸⁵.

L'esigenza di contenere l'utilizzo distorto dell'istituto ha prodotto soluzioni legislative oscillanti e non coerenti, accompagnate da arresti giudiziali non adeguatamente meditati, che ha condotto a circoscrivere l'ambito applicativo dell'*in house* in misura ben superiore alla disciplina europea¹⁸⁶.

In questa direzione ha contribuito anche un pregiudizio di fondo per il quale la scelta di internalizzare la domanda pubblica di beni e servizi realizza una sorta di «fuga dalla gara»¹⁸⁷.

c.d. «direttiva settori classici»), sia ulteriori forme di cooperazione fra amministrazioni pubbliche (c.d. cooperazione «pubblico-pubblico»). Sulla non omogeneità terminologica delle espressioni «*in house providing*» e «*outsourcing*», che talora assumono una pluralità di significati, anche con riferimento ai diversi settori disciplinari nei quali sono impiegate, D. CASALINI, *L'alternativa tra mercato e auto-produzioni di beni e servizi*, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2008, p. 1158 ss., pp. 1161-1162, e nt. 11.

¹⁸² L. MERCATI, *Esternalizzazioni e vincoli di bilancio (andata e ritorno)*, in C. MARZUOLI, S. TORRICELLI (a cura di), *La dimensione sociale della contrattazione pubblica*, cit., p. 29 ss.

¹⁸³ M. MAZZAMUTO, *L'apparente neutralità comunitaria sull'autoproduzione pubblica: dall'in house al Partenariato "Pubblico-Pubblico"*, cit., p. 1416.

¹⁸⁴ C. VOLPE, *Le nuove direttive sui contratti pubblici e l'in house providing: problemi vecchi e nuovi*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, p. 1168 ss.

¹⁸⁵ La relazione per l'anno 2017 su «gli organismi partecipati dagli enti territoriali» della Corte dei conti, sez. autonomie, deliberazione n. 27/SEZAUT/2017/FRG (redatta ai fini delle attività di referto al Parlamento ex art. 7, comma 7, l. 5 giugno 2003, n. 131, *Disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3*, in *Gazzetta ufficiale* n. 132 del 10 giugno 2003), par. 5.3, pp. 176-178, consultabile su www.corteconti.it, condotta su 5.869 organismi partecipati dagli enti territoriali, illustra che le gare con impresa terza sono soltanto 800 (su un totale di 14.951 rapporti tra ente e organismo) e gli affidamenti a società mista, con gara a doppio oggetto, sono limitati a 139 casi.

¹⁸⁶ In questo senso possono dirsi paradigmatiche le limitazioni all'*in house providing* per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica contenute nell'art. 4 d.l. 13 agosto 2011, n. 138, *Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo*, in *Gazzetta ufficiale* n. 188 del 13 agosto 2011, conv. in l. 14 settembre 2011, n. 148, dichiarato illegittimo da Corte cost., 20 luglio 2012, n. 199, in *Giur. cost.*, 2012, p. 2877 ss.

¹⁸⁷ In senso critico, sul diffuso convincimento che l'internalizzazione e l'autoproduzione costituiscono eccezioni rispetto al modello paradigmatico rappresentato dall'affidamento a terzi mediante gara, C. CONTESSA, *L'in house providing quindici anni dopo: cosa cambia con le nuove direttive*, cit., p. 7.

Questi condizionamenti di contesto hanno condotto alla consacrazione di un principio di supremazia del metodo della gara¹⁸⁸, costituente la regola per l'approvvigionamento di attività e beni strumentali da parte delle amministrazioni pubbliche¹⁸⁹, relegando il modello dell'autoproduzione a ruolo di eccezione.

La rigorosa applicazione di tale principio comporta che la sola astratta possibilità di conferire un appalto o una concessione sul mercato preclude il ricorso al modello dell'autoproduzione.

La propensione verso lo schema negoziale risalta nella legislazione nazionale degli ultimi anni¹⁹⁰ – soprattutto di quella volta al contenimento della spesa pubblica¹⁹¹ e al rispetto dei vincoli di bilancio

¹⁸⁸ L'enucleazione di tale principio viene ricondotto a Corte cost., 17 novembre 2010, n. 325, punto 6.1. della motivazione, in *Foro it.*, 2011, I, c. 1332 ss. (con nota di R. MENZELLA, *ivi*, c. 1374 ss.), che, con riguardo al settore dei servizi pubblici locali ed in applicazione dell'art. 106, paragrafo 2, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, ha stabilito che la normativa comunitaria consente l'impiego del modello dell'*in house* «nel caso in cui lo Stato nazionale ritenga che l'applicazione delle regole di concorrenza (e, quindi, anche della regola della necessità dell'affidamento a terzi mediante una gara ad evidenza pubblica) ostacoli, in diritto od in fatto, la «speciale missione» dell'ente pubblico (art. 106 TFUE)». Un serrata critica di tale principio si rinviene in F. TRIMARCHI BANFI, *Procedure concorrenziali e regole di concorrenza nel diritto dell'Unione e nella Costituzione (all'indomani della dichiarazione di illegittimità delle norme sulla gestione dei servizi pubblici economici)*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2012, p. 723 ss., par. 4, la quale ha sottolineato come l'attenta lettura della giurisprudenza comunitaria «smentisce l'esistenza di una regola europea che prescriva di gestire servizi a mezzo di terzi scelti con gara». Esclude che dall'art. 106, paragrafo 2, TFUE possa desumersi una sostanziale prevalenza del principio di concorrenza su quello di libertà di organizzazione, C. CONTESSA, *L'in house providing quindici anni dopo: cosa cambia con le nuove direttive*, cit., p. 9, sia in quanto tale disposizione è limitata al solo settore dei servizi di interesse economico generale (SIEG) e non è riferibile alla materia degli appalti, «che rinviene un diverso fondamento giuridico nel Trattato di Roma», sia perché dalla lettura della medesima disposizione «emerge che è l'applicazione delle regole di concorrenza a risultare di fatto subvalente e cedevole rispetto al perseguimento della *mission* di servizio pubblico, di cui il principio di *libera amministrazione* costituisce un corollario».

¹⁸⁹ Sulla linea tracciata dalla sentenza 325/2010, cit., si è posta ancora Corte cost., 20 marzo 2013, n. 46, in *Giur. cost.*, 2013, p. 759 ss., che ha avallato la legittimità dell'art. 25, comma 1, lett. a, d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, *Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività*, in *Gazzetta ufficiale* n. 19 del 24 gennaio 2012, suppl. ord. n. 18, conv. in l. 24 marzo 2012, n. 27, che, ai fini dell'affidamento dei servizi pubblici locali, ha optato per il meccanismo delle gare ad evidenza pubblica. Tale disposizione prevede che «l'applicazione di procedura di affidamento dei servizi a evidenza pubblica da parte di regioni, province e comuni o degli enti di governo locali dell'ambito o del bacino costituisce elemento di valutazione della virtuosità degli stessi ai sensi dell'articolo 20, comma 2, del decreto-legge 6 luglio 2011, n. 98, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 luglio 2011, n. 111». Sempre in continuità con la propria precedente pronuncia 325/2010, si è posizionata pure Corte cost., 12 marzo 2015, n. 32, consultabile su www.giurcost.org.

¹⁹⁰ Estrinsecatasi prevalentemente con misure dissuasive e non più con veri e propri divieti, su cui R. CAMPORESI, *Il piano di razionalizzazione delle società partecipate locali nella legge di stabilità 2015*, consultabile su www.dirittodeiservizipubblici.it, 2015.

¹⁹¹ L'art. 4, comma 7, d.l. 95/2012, conv. in l. 135/2012, ha stabilito che «al fine di evitare distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori nel territorio nazionale», le amministrazioni pubbliche «acquisiscono sul mercato i beni e servizi strumentali alla propria attività mediante le procedure concorrenziali previste».

gravanti sugli enti locali¹⁹² – e negli orientamenti giurisprudenziali che da essa sono stati ispirati¹⁹³, che hanno avuto quale comune denominatore una lettura delle norme europee e delle pronunce della Corte di giustizia UE, secondo cui per il diritto europeo l'*in house providing* integra un modulo non congeniale e meramente residuale¹⁹⁴.

¹⁹² L'art. 1, comma 609, l. 23 dicembre 2014, n. 190, *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge di stabilità 2015)*, in *Gazzetta ufficiale* n. 300 del 29 dicembre 2014, suppl. ord. n. 99, «al fine di promuovere processi di aggregazione e di rafforzare la gestione industriale dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica», ha introdotto alcune modifiche all'art. 3-bis d.l. 13 agosto 2011, n. 138, *Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e lo sviluppo*, in *Gazzetta ufficiale* n. 188 del 13 agosto 2011, conv. in l. 14 settembre 2011, n. 148. La lett. a) del comma 609, cit., ha previsto che «nel caso di affidamento *in house*, gli enti locali proprietari procedono, contestualmente all'affidamento, ad accantonare pro quota nel primo bilancio utile, e successivamente ogni triennio, una somma pari all'impegno finanziario corrispondente al capitale proprio previsto per il triennio nonché a redigere il bilancio consolidato con il soggetto affidatario *in house*».

¹⁹³ Espressivo di tale indirizzo è Cons. Stato, sez. III, 7 maggio 2015, n. 2291, punto 10, consultabile su www.giustizia-amministrativa.it, che rifacendosi a Cons. Stato, ad. plen., 3 marzo 2008, n. 1, reperibile su <https://federalismi.it>, 5/2008, ha precisato che «l'*in house providing*, così come costruito dalla giurisprudenza comunitaria, sembra rappresentare, prima che un modello di organizzazione dell'amministrazione, un'eccezione alle regole generali del diritto comunitario, le quali richiedono che l'affidamento degli appalti pubblici avvenga mediante la gara». Negli stessi termini, Cons. Stato, comm. spec., par. 21 aprile 2016, n. 968, punto 14, reso sullo «schema di decreto legislativo recante Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, in attuazione dell'art. 2 della legge 7 agosto 2015, n. 124, recante «Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche»», consultabile su www.giustizia-amministrativa.it, secondo cui «fermo restando specifiche prescrizioni imposte dal diritto europeo, la decisione di non esternalizzare l'attività deve essere rigorosamente motivata dimostrando che la scelta organizzativa interna si risolve in un maggior vantaggio per i cittadini. La mancanza di una libera decisione da parte dell'amministrazione pubblica è maggiormente coerente con il principio generale di tutela della concorrenza che deve informare, alla luce di quanto prescritto dall'art. 1, l'impostazione sistematica dell'intero Testo unico». In termini analoghi, Cons. Stato, comm. spec., par. 3 maggio 2016, n. 1075, reso sullo «schema di decreto legislativo recante Testo unico sui servizi pubblici locali di interesse economico generale», *ivi*.

¹⁹⁴ Un diverso indirizzo delineatosi sotto l'influenza della sent. 199/2012 della Corte costituzionale – in ordine al quale M. CAFAGNO, F. MANGANARO, *Unificazione amministrativa e intervento pubblico nell'economia*, in *Dir. econ.*, 2016, p. 57 ss., p. 88, osservano che non trova solido supporto in tale pronuncia – è stato espresso da Cons. Stato, sez. VI, 11 febbraio 2013, n. 762, consultabile su www.giustizia-amministrativa.it, che pure escludendo la natura eccezionale e residuale dell'affidamento *in house* della gestione dei servizi pubblici locali, ha stabilito che «venuto meno l'art. 23-bis d.l. n. 112/2008 per scelta referendaria, e dunque venuto meno il criterio prioritario dell'affidamento sul mercato dei servizi pubblici locali di rilevanza economica e l'assoluta eccezionalità del modello *in house*, si deve ritenere che la scelta dell'ente locale sulle modalità di organizzazione dei servizi pubblici locali, e in particolare l'opzione tra modello *in house* e ricorso al mercato, debba basarsi sui consueti parametri di esercizio delle scelte discrezionali», consistenti nella valutazione comparativa di tutti gli interessi pubblici e privati coinvolti, nell'individuazione del modello più efficiente ed economico e nell'adeguata istruttoria e motivazione. In termini analoghi, Cons. Stato, sez. V, 22 gennaio 2015, n. 257, *ivi*, che ha puntualizzato come la gestione *in house* dei servizi pubblici locali sfugga al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salvo che sia manifestamente inficiata da irragionevolezza o arbitrarietà. Ai principi enunciati da entrambe le pronunce indicate, si richiama pure Cons. Stato, sez. V, 18 luglio 2017, n. 3554, *ivi*.

I controversi limiti applicativi dell'autoproduzione¹⁹⁵ all'interno di una varietà di discipline nazionali settoriali sono strettamente inerenti alla sfera di autonomia¹⁹⁶ e al potere di organizzazione riconosciuto dall'ordinamento giuridico generale alle amministrazioni pubbliche¹⁹⁷ rispetto ai quali si pongono i principi di libera concorrenza e piena apertura al mercato¹⁹⁸.

Autoproduzione ed esternalizzazione rispondono a due differenti principi¹⁹⁹ che possono risultare antitetici per i quali si pone la questione se si collocano su un piano di equiordinazione o se l'uno riveste valenza sussidiaria rispetto all'altro.

Nell'ordinamento europeo autorganizzazione e negoziazione²⁰⁰ si delineano come modelli economici distinti, aventi ciascuno un proprio regime giuridico²⁰¹.

Nel settore degli appalti e delle concessioni, la normativa europea non privilegia il modello dell'affidamento tramite gara, né considera con aprioristico sfavore l'opzione dell'autoproduzione pubblica²⁰².

Le amministrazioni pubbliche possono sia rivolgersi al mercato, sia scegliere di autoprodurre²⁰³, senza che il diritto europeo possa imporre l'impiego di una di tali modalità gestionali.

¹⁹⁵ Per un'ampia ricognizione sull'istituto dell'*in house providing* e sulle diverse modalità di affidamento *in house* alla luce dell'ordinamento europeo e della disciplina nazionale, Cons. Stato, sez. I, par. 26 giugno 2018, n. 721/18, in *Foro it.*, 2018, III, c. 592 ss., con nota di A. TRAVI, *ivi*, C. 604 s. V. pure Cons. Stato, sez. I, par. 8 novembre 2018, n. 2583, consultabile su www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁹⁶ A. ROMANO, *Autonomia nel diritto pubblico*, in *Dig. disc. pubbl.*, II, Torino, 1987, p. 30 ss.

¹⁹⁷ M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966, *passim*.

¹⁹⁸ F. FRACCHIA, *In house providing, codice dei contratti pubblici e spazi di autonomia dell'ente pubblico*, in *Dir. econ.*, 2012, p. 243 ss.

¹⁹⁹ P. GRAUSO, *Legittimità e merito nella scelta di esternalizzare*, in C. MARZUOLI, S. TORRICELLI (a cura di), *La dimensione sociale della contrattazione pubblica*, cit., p. 55 ss.

²⁰⁰ C. IAIONE, *Gli equilibri instabili dell'in house providing fra principio di auto-organizzazione e tutela della concorrenza. Evoluzione o involuzione della giurisprudenza comunitaria?*, in *Giust. civ.*, 2006, p. 13 ss.

²⁰¹ D.U. GALETTA, G. CARULLO, *Gestione dei servizi pubblici locali e in house providing: novità, auspici e scenari futuri in una prospettiva di de-frammentazione del sistema*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2016, p. 371 ss.

²⁰² Un diverso avviso esprime M. MAZZAMUTO, *L'apparente neutralità comunitaria sull'autoproduzione pubblica: dall'in house al Partenariato "Pubblico-Pubblico"*, cit., p. 1416, secondo cui «l'affermazione diffusa che l'ordinamento comunitario resterebbe del tutto estraneo alla libera scelta degli Stati membri di ricorrere all'autoproduzione pubblica o al mercato» è condivisibile limitatamente ai «servizi d'interesse generale di carattere "non" economico». L'A. reputa non calibrata tale affermazione riguardo all'autoproduzione di beni o servizi in regime di mercato in quanto «potrebbe giustificare una totalizzante opzione "autarchica" di uno Stato membro, sino ad eliminare ogni domanda pubblica, grazie all'autoproduzione, e confinare così nel puro dover essere l'intera disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici». Ne inferisce che «una sopravvalutazione dell'autoproduzione pubblica non potrebbe cadere in una mera irrilevanza comunitaria, finendo per compromettere in parte qua l'obiettivo della costruzione del mercato unico» (p. 1417). Sull'autoproduzione pubblica nell'ambito dell'intervento pubblico in economia, F. MERUSI, *Le esternalizzazioni: tendenze nel diritto amministrativo italiano*, in C. MIGNONE, G. PERICU, F. ROVERSI MONACO (a cura di), *Le esternalizzazioni, Atti del XVI convegno degli amministrativisti italo-spagnoli, Genova 25-27 maggio 2006*, Bologna, 2007, p. 259 ss.

²⁰³ M. CAFAGNO, F. MANGANARO, *Unificazione amministrativa e intervento pubblico nell'economia*, cit., p. 90. D. CASALINI, *L'alternativa tra mercato e auto-produzioni di beni e servizi*, cit., p. 1159. V.M. LEONE, *In house: ossia dell'autonomia decisionale della pubblica amministrazione*, in C. FRANCHINI, F. TEDESCHINI (a cura di), *Nuova pubblica*

Ai soggetti pubblici è riconosciuta piena libertà di determinare come meglio ritengono la prestazione dei servizi necessari per il perseguimento delle finalità istituzionali e il passaggio dall'area dell'autoproduzione a quella del rapporto di scambio è rimesso al potere di organizzazione. L'opzione dell'autoproduzione pubblica esclude sul piano sistematico e funzionale l'operatività del modello economico mediante gara e l'applicabilità dei relativi vincoli²⁰⁴. Le norme europee non impongono di contrattare, richiedendo una procedura competitiva soltanto quando l'amministrazione decide di rivolgersi al mercato, ipotesi che non ricorre quando sceglie di autoprodurre²⁰⁵. Né il diritto comunitario «confina affatto l'istituto dell'*in house* entro lo spazio "anomalo" delle deviazioni dalle comuni regole di concorrenza, tutt'al più tollerabili, come eccezione, sulla scorta di prioritarie istanze pubblicistiche»²⁰⁶.

L'ordinamento europeo si limita a definire i termini della scelta tra il mercato e l'autoproduzione e, quindi, a regolare le conseguenze di tale scelta – in modo particolare, quando l'amministrazione pubblica decide di andare sul mercato –, restando pressoché neutrale indifferente rispetto all'individuazione dei criteri che possono influenzarla²⁰⁷. Queste coordinate emergono anche dalla giurisprudenza della Corte di giustizia UE²⁰⁸, che appare ferma nell'affermare che l'ordinamento dell'Unione europea non pone alcun limite alla

amministrazione: aspetti problematici e prospettive di riforma dell'attività contrattuale, Torino, 2009, p. 372 ss. C. CONTESSA, *L'in house providing quindici anni dopo: cosa cambia con le nuove direttive*, cit., p. 6.

²⁰⁴ IVI, p. 7.

²⁰⁵ La direttiva sugli appalti pubblici 2014/24/UE, al "considerando" 5, stabilisce che «nessuna disposizione della presente direttiva obbliga gli Stati membri ad affidare a terzi o a esternalizzare la prestazione di servizi che desiderano prestare essi stessi o organizzare con strumenti diversi dagli appalti pubblici ai sensi della presente direttiva». Cfr. R. CAVALLO PERIN, D. CASALINI, *L'in house providing: un'impresa dimezzata*, in *Dir. amm.*, 2006, pp. 51-52, nonché M. CAFAGNO, F. MANGANARO, *Unificazione amministrativa e intervento pubblico nell'economia*, cit., p. 90.

²⁰⁶ M. CAFAGNO, *Autoproduzione ed esternalizzazione nei servizi pubblici*, in AA.VV., *L'Italia che cambia: dalla riforma dei contratti pubblici alla riforma della pubblica amministrazione*, Atti del LXII convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna-Villa Monastero 22-23-24 settembre 2016, Milano, 2017, p. 279 ss., p. 293.

²⁰⁷ D. CASALINI, *L'alternativa tra mercato e auto-produzioni di beni e servizi*, cit., p. 1163.

²⁰⁸ Corte di giustizia UE, grande sezione, 9 giugno 2009, in causa C-480/06, Commissione delle Comunità europee c. Repubblica federale di Germania, consultabile su <http://curia.europa.eu>, secondo cui «un'autorità pubblica può adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi e [può] farlo altresì in collaborazione con altre autorità pubbliche». Tra i molti precedenti conformi, Corte di giustizia CE, 6 aprile 2006, in causa C-410/04, Anav c. Comune di Bari ed altro, *ivi*; *Id.*, 13 novembre 2008, in causa C-324/07, Coditel Brabant sa c. Commune d'Uccle, Region de Bruxelles-Capitale, *ivi*.

libertà delle amministrazioni pubbliche di optare per il modello gestionale internalizzato²⁰⁹, in luogo di quello di esternalizzazione²¹⁰.

Il principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche esplicitato anche nell'ultima «*direttiva concessioni*»²¹¹ ben può giustificare la preferenza per l'autoproduzione rispetto alla soluzione negoziale quando sussistono ragioni obiettive di economicità convenienza ed efficienza²¹².

Al di fuori di derive deteriori nell'utilizzo dell'*in house providing* e a dispetto di preconcette discriminazioni emarginazioni normative, la preventiva valutazione della possibilità di autoprodurre può rivelarsi auspicabile (se non necessaria) siccome funzionale al buon andamento dell'azione amministrativa.

Il principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche, in uno con quello di sostanziale equivalenza fra le diverse modalità di affidamento e di gestione dei servizi di interesse delle amministrazioni pubbliche, sono alla base delle recenti pronunce con le quali il Consiglio di Stato ha rimesso alla Corte di giustizia UE la questione della compatibilità con il diritto europeo dell'art. 192, comma 2, d.lgs. 50/2016.

La rimessione alla Corte europea è stata disposta sul rilievo che tale disposizione codicistica sottopone a condizioni aggravate e motivazioni rafforzate gli affidamenti *in house*, collocandoli su un piano eccezionale e derogatorio²¹³ rispetto agli ordinari affidamenti tramite procedure a evidenza pubblica²¹⁴.

²⁰⁹ Una diversa lettura della giurisprudenza europea è fornita da R. VILLATA, *Pubblici servizi. Discussione e problemi*, 5^a ed., Milano, 2008, p. 342, il quale rileva che «al di là delle affermazioni di principio secondo cui l'Amministrazione è libera di organizzarsi senza l'obbligo di ricorrere ad entità esterne la Corte ha inteso attraverso interpretazioni restrittive porre un freno all'espansione degli affidamenti *in house*, visti come eccezionali». In senso adesivo, M. MAZZAMUTO, *L'apparente neutralità comunitaria sull'autoproduzione pubblica: dall'in house al Partenariato "Pubblico-Pubblico"*, cit., p. 1417, che coglie nella giurisprudenza comunitaria un intento di «imbrigliare in qualche misura il ricorso all'autoproduzione pubblica».

²¹⁰ In termini ancora più netti si esprime la Comunicazione interpretativa della Commissione delle Comunità europee del 5 febbraio 2008 (documento C(2007)6661), sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (PPPI), consultabile su www.astrid-online.it, ove si precisa che «nel diritto comunitario, le autorità pubbliche sono [...] libere di esercitare in proprio un'attività economica o di affidarla a terzi, ad esempio ad entità a capitale misto costituite nell'ambito di un partenariato pubblico-privato. Tuttavia, se un soggetto pubblico decide di far partecipare un soggetto terzo all'esercizio di un'attività economica a condizioni che configurano un appalto pubblico o una concessione, è tenuto a rispettare le disposizioni del diritto comunitario applicabile in materia».

²¹¹ L'art. 2 della direttiva sull'aggiudicazione dei contratti di concessione 2014/23/UE, rubricato «principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche», riconosce «il principio per cui le autorità nazionali, regionali e locali possono liberamente organizzare l'esecuzione dei propri lavori o la prestazione dei propri servizi in conformità del diritto nazionale e dell'Unione (...). Dette autorità possono decidere di espletare i loro compiti d'interesse pubblico avvalendosi delle proprie risorse o in cooperazione con altre amministrazioni aggiudicatrici o di conferirli a operatori economici esterni». L.M. DIEZ PICAZO, *Il principio di autonomia istituzionale degli Stati membri dell'Unione europea*, in *Quaderni costituzionali*, 2004, p. 865 ss.

²¹² M. CAFAGNO, F. MANGANARO, *Unificazione amministrativa e intervento pubblico nell'economia*, cit., p. 92.

²¹³ B. MAMELI, *L'in house tra regola ed eccezione*, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, p. 1949 ss.

²¹⁴ Cons. Stato, sez. V, ord. 7 gennaio 2019, n. 138, consultabile su www.giustizia-amministrativa.it, ha disposto il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE, formulando il seguente quesito: «se il diritto dell'Unione europea (e

7. Spunti conclusivi

L'incontro tra l'ordinamento amministrativo, informato al principio di legalità, e l'ordinamento dei privati, improntato al principio di autonomia, rappresenta tuttora il tratto caratterizzante delle procedure di affidamento dei contratti pubblici.

L'operazione economica non può essere disgiunta dagli adempimenti formali posti a tutela dell'interesse pubblico che spinge il committente pubblico a rivolgersi al mercato.

Il frazionamento dell'intera procedura per atti e fasi secondo il tipico modello dell'evidenza pubblica risponde sempre all'esigenza di circondare ogni momento negoziale di un controllo assorbente per garantire un uso corretto e trasparente delle risorse collettive.

Questo modello privilegia automatismi decisorii, dequotando la sostanza economica dell'operazione negoziale che implica una flessibilità decisionale verso cui tende la disciplina europea, nell'ottica di favorire le libertà di circolazione delle merci, di stabilimento e di libera circolazione dei servizi a beneficio delle quali si pone la concorrenza.

Nel sistema domestico, il rapporto tra atti ascrivibili al corretto amministratore e condotte imputabili al corretto contraente si risolve ancora con la prevalenza di quelli della prima categoria, come si coglie dalla limitata operatività del diritto privato concentrata essenzialmente nella fase esecutiva del contratto. La rigidità delle procedure contrattuali propria del modello dell'evidenza pubblica improntato ai criteri di imparzialità e buon andamento viene criticata in dottrina per il fatto di determinare la «personalizzazione delle scelte negoziali»²¹⁵ a causa della «reciproca irriducibilità»²¹⁶ tra istanze pubblicistiche e moduli privatistici di azione²¹⁷.

segnatamente il principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche e il principio di sostanziale equivalenza fra le diverse modalità di affidamento e di gestione dei servizi di interesse delle amministrazioni pubbliche) osti a una normativa nazionale (come quella dell'articolo 192, comma 2, del Codice dei contratti pubblici, decreto legislativo n. 50 del 2016) che colloca gli affidamenti *in house* su un piano subordinato ed eccezionale rispetto agli affidamenti tramite gara di appalto: i) consentendo tali affidamenti soltanto in caso di dimostrato fallimento del mercato rilevante, nonché ii) imponendo comunque all'amministrazione che intenda operare un affidamento in regime di delegazione interorganica di fornire una specifica motivazione circa i benefici per la collettività connessi a tale forma di affidamento». Dello stesso tenore sono pure le successive pronunce del Cons. Stato, sez. V, ordd. 14 gennaio 2019, n. 293 e n. 296, *ivi*. Sulla scorta di rilievi in parte analoghi, Tar Liguria, sez. II, ord. 15 novembre 2018, n. 886, *ivi*, ha sollevato dinanzi alla Consulta questione di legittimità costituzionale dell'art. 192, comma 2, d.lgs. 50/2016, con specifico riguardo all'intensità dell'onere motivazionale previsto dalla norma impugnata.

²¹⁵ La parafrasi è di G.D. COMPORTI, *La flessibilità nelle negoziazioni pubbliche*, cit., p. 178.

²¹⁶ F. TRIMARCHI BANFI, *Il diritto privato dell'amministrazione pubblica*, in *Dir. amm.*, 2004, p. 661 ss., p. 663, la quale rileva che «la necessità di superare la reciproca irriducibilità degli interessi che costituiscono l'oggetto del regolamento contrattuale, sta alla base dell'idea della «evidenza pubblica» come passaggio che conferisce al progetto per la realizzazione del quale si ricorre al contratto, l'attitudine a formare oggetto di regolamento contrattuale: attraverso le formalità disposte per la deliberazione di contrarre, viene assicurata la conformità agli scopi istituzionali».

²¹⁷ Sul complesso rapporto pubblico-privato nella materia della contrattualistica pubblica, C. FRANCHINI, *Pubblico e privato nei contratti delle amministrazioni*, in C. FRANCHINI, F. TEDESCHINI (a cura di), *Una nuova pubblica*

Tanto anche in considerazione del fatto che il rigore delle formalità non contribuisce a risolvere – o, quanto meno, ad attenuare – i fenomeni di *maladministration* e di corruzione²¹⁸, tenuto conto che disfunzioni e patologie che caratterizzano l'attività pubblica appaiono ricollegabili a problemi strutturali dell'organizzazione amministrativa rispetto ai quali tendenzialmente indifferente risulta la natura delle tecniche utilizzate²¹⁹.

I poteri di autotutela pubblicistica esterna al contratto determinano una costante subordinazione della disciplina privatistica al diritto pubblico, rappresentando fattore di instabilità del rapporto negoziale.

La valorizzazione della dimensione propriamente negoziale passa attraverso il depotenziamento della portata evocativa dell'interesse pubblico, che agisce quale elemento capace di condizionare, internamente ed esternamente, la causa e la struttura del rapporto.

L'interesse pubblico che dovrebbe ricevere maggiore considerazione nelle procedure di affidamento si sostanzia nell'acquisizione della prestazione migliore rinvenibile sul mercato, nella corretta esecuzione del contratto, nel puntuale rispetto delle regole negoziali determinate consensualmente o integrate per legge. Questa logica sembra attagliarsi ai contratti pubblici in quanto caratterizzati da una prevalente struttura negoziale e da una reale funzione sinallagmatica, rispetto alle quali il diritto privato e la disciplina generale del contratto si delineano come le tecniche più appropriate per assicurare l'ottimale perseguimento dell'interesse pubblico sotteso alla relazione negoziale.

La flessibilità ed elasticità nella gestione delle procedure a evidenza pubblica appaiono ancora ridotte nel codice dei contratti pubblici, pure scorgendosi una iniziale propensione, nell'ambito dello statuto amministrativo, verso una dimensione negoziale del rapporto.

D'altro canto, clausole e regole privatistiche acquistano sempre maggiore spazio anche nel settore degli appalti pubblici, come denota l'estensione della portata applicativa dei principi di correttezza e buona fede al di là del momento propriamente contrattuale²²⁰.

amministrazione: aspetti problematici e prospettive di riforma dell'attività contrattuale, Torino, 2009, p. 1 ss. Sulla compresenza di posizioni di autonomia privata e posizioni di discrezionalità amministrativa nell'agire delle pubbliche amministrazioni, anche quando fanno uso dei moduli convenzionali, «tipizzando (...) l'azione delle amministrazioni stesse rispetto a quella dei soggetti privati», A. MASSERA, *I contratti*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo generale*, II, Milano, 2000, p. 1365 ss., p. 1374.

²¹⁸ R. CANTONE, E. CARLONI, *Corruzione e anticorruzione. Dieci lezioni*, Milano, 2018.

²¹⁹ In proposito, G. MANFREDI, *Accordi e azione amministrativa*, cit., pp. 40-41, sottolinea che «alla sensibilità del giurista odierno è dunque ormai quasi completamente estraneo il principio di autorità, e non ripugna affatto la possibilità di un rapporto paritario tra soggetti privati e quelli pubblici: (...) sono in primo luogo proprio le implicazioni del principio di legalità che si frappongono alla caduta del pregiudizio anticontrattuale ereditato dalle passate, e per tanti versi ormai screditate, concezioni autoritarie», le cui argomentazioni (che l'A. definisce «di tono ottocentesco») riaffiorano in talune pronunce giurisprudenziali.

²²⁰ Cons. Stato, sez. VI, 6 marzo 2018, n. 1457, consultabile su www.giustizia-amministrativa.it.

Il concetto di relazione, categoria basilare del diritto delle obbligazioni, assume rilevanza anche nel diritto della funzione amministrativa.

Regole di validità convivono con regole di responsabilità, permanendo l'autonomia delle rispettive qualificazioni²²¹.

Per altro verso l'autonomia organizzativa dei soggetti pubblici rispetto all'opzione tra *to make or to buy* non rifluisce sulla concorrenza e non si pone in dissonanza con l'ordinamento europeo, rendendo praticabili virtuose soluzioni *in house providing*.

La tenuta della dicotomia fra diritto pubblico e diritto privato²²² appare problematica alla stregua delle logiche del diritto europeo, nonché nell'acquisita consapevolezza che non vi è una «essenza» del diritto pubblico o del diritto privato e non possono esserci «istituti ontologicamente propri dell'uno o dell'altro»²²³.

Le aporie che affiorano dal codice dei contratti pubblici sono sintomatiche delle difficoltà del diritto amministrativo contemporaneo di confrontarsi con una realtà fluida, caratterizzata da continui e repentini cambiamenti, cui male si adattano formule e concetti consolidati.

La tutela della concorrenza²²⁴ e le ragioni del mercato spingono oltre i formalismi per decifrare con aggiornate categorie l'incontro tra le sfere di autonomia dei diversi protagonisti della vicenda negoziale²²⁵, aspetti che «da discrezionalità e le sue figure colgono ormai solo in modo parziale e deformato»²²⁶.

Lo spazio del diritto privato nella contrattualistica pubblica sembra destinato ad ampliarsi per effetto della visione sostanzialistica dei rapporti giuridici propria del diritto europeo che spinge verso il superamento di alcune consolidate costruzioni e categorie giuridico-formali del sistema nazionale, sollecitando una ridefinizione degli ambiti delle sfere tradizionali del pubblico e del privato.

²²¹ Cons. Stato, ad. plen., sent. 5/2018.

²²² Sulle origini e sul processo di emersione di tale dicotomia nell'ordinamento italiano, B. SORDI, *Verso la grande dicotomia: il percorso italiano*, in G.A. BENACCHIO, M. GRAZIADEI (a cura di), *Il declino della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato*, cit. p. 3 ss.

²²³ N. IRTI, *Prefazione*, cit., p. XI. Sull'insoddisfazione per il metodo «gradualista» o di «prevalenza» della disciplina nelle fattispecie negoziali, G. ROSSI, *Potere amministrativo e interessi a soddisfazione necessaria. Crisi e nuove prospettive del diritto amministrativo*, Torino, 2011, p. 84 ss.

²²⁴ Con riguardo all'impatto che il principio e le regole di libera concorrenza hanno avuto sul diritto amministrativo, M. D'ALBERTI, *Libera concorrenza e diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, p. 347 ss.

²²⁵ Per una recente ricostruzione della relazione tra autonomia privata e discrezionalità amministrativa, G. POLI, *Autonomia privata e discrezionalità amministrativa a confronto. La prospettiva della ragionevolezza*, in *Dir. amm.*, 2018, p. 863 ss.

²²⁶ Il passaggio è mutuato da G.D. COMPORTI, *Regole di comportamento per un ripensamento della responsabilità dell'amministrazione*, cit., p. 1984.

Le moderne dinamiche dei rapporti di natura pubblicistica non si esauriscono nella dialettica autorità-libertà come un tempo, ma si sviluppano secondo percorsi che richiedono nuovi equilibri che prescindono dalla divisione tra le due branche del diritto.

Il diritto europeo non si arresta sulla soglia della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato, ma la oltrepassa e la trasforma, rivisitando le regole secondo un assetto di norme e di valori proprio dell'ordinamento comunitario²²⁷.

Le tendenze del diritto europeo dei contratti pubblici che evolvono verso una maggiore flessibilità delle procedure²²⁸, cui si accompagna la marginalizzazione della centralità del prezzo quale criterio prioritario di aggiudicazione²²⁹, con una sempre più accentuata attenzione per il risultato finale²³⁰, pongono problemi di adeguamento in un ordinamento interno impostato su schemi rigoristici nel quale gli spazi propriamente negoziali sono storicamente ridotti in ragione di una inveterata diffidenza culturale.

L'ordinamento europeo sviluppa un modello di elaborazione delle norme differente, mediante l'utilizzo spesso di «un linguaggio apparentemente atecnico, non normativo, nel senso di norma che descrive il presupposto di fatto della sua applicazione», prescindendo dagli istituti giuridici affermatasi negli Stati membri²³¹.

È il criterio ricostruttivo della «natura delle cose», che si fonda sulla logica intrinseca dei fatti per rispondere a fenomeni nuovi sfuggenti al «reticolo» normativo esistente²³². Seguendo tale logica, il

²²⁷ Sul punto, G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, cit., p. 244, evidenzia che l'ordinamento europeo «da un lato, tollera eccezioni pubblicistiche all'applicazione delle norme comuni; dall'altro, introduce regole dirette specificamente alle amministrazioni». Su tale rilievo, osserva che il diritto comunitario «indica nel modo più evidente, proprio perché in un quadro diretto invece a omogeneizzare e “normalizzare” le discipline, il persistere delle ragioni di una regolamentazione differenziata dei fenomeni amministrativi». Evidenzia, infine, che anche se «figure soggettive, situazioni soggettive, atti hanno sempre più la forma del diritto privato, i vari interessi in gioco possono reclamare strumenti specifici di protezione, vanificando l'aspirazione al monismo». In questo senso, S. CASSESE, *Le trasformazioni del diritto amministrativo dal XIX al XXI secolo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2002, p. 27 ss., pp. 36-37.

²²⁸ H. CAROLI CASAVOLA, *Le procedure di aggiudicazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, p. 451 ss.

²²⁹ Cons. Stato, ad. plen., 21 maggio 2019, n. 8, consultabile su www.giustizia-amministrativa.it.

²³⁰ Circa lo scopo «di risultato» della disciplina procedimentale di contrattualistica pubblica che è proprio dell'ordinamento comunitario, E. PICOZZA, *Genesi e trasformazione del procedimento amministrativo: influenza sulla attività contrattuale della pubblica amministrazione. Profili problematici*, in C. FRANCHINI, F. TEDESCHINI (a cura di), *Una nuova pubblica amministrazione*, cit., p. 25 ss., p. 32.

²³¹ F. MERUSI, *La natura delle cose come criterio di armonizzazione comunitaria nella disciplina sugli appalti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1997, p. 39 ss., pp. 39-40, il quale, richiamando A. DERNBURG, *Pandette*, in F.B. CICALA (a cura di), trad. it., vol. I, parte I, Torino, 1906, p. 100 ss., ricorda che «risalire dai fatti alle norme per costruire un sistema è una tecnica nota quanto meno dalla Pandettistica».

²³² F. MERUSI, *La natura delle cose*, cit., p. 40, che rileva come il criterio della «natura delle cose» abbia fatto la sua ricomparsa in diversi ordinamenti nel secondo dopoguerra per rimettere ordine fra le norme.



legislatore europeo non si attiene alle consuete linee di demarcazione tra diritto pubblico e diritto privato proprie degli ordinamenti nazionali e non sporadicamente sperimenta nuovi istituti e modelli giuridici²³³.

²³³ A. MASSERA, *I contratti*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo generale*, II, Milano, 2000, p. 1365 ss., p. 1380, secondo cui «l'ordinamento comunitario non prende posizione sul rapporto tra diritto privato e diritto amministrativo (...). I principi stabiliti vengono fissati in relazione all'obiettivo da conseguire – l'apertura dei mercati nazionali come presupposto di un vero mercato interno in una economia liberamente concorrenziale – superando, ove necessario, i confini tra le due grandi branche degli ordinamenti nazionali e piegando alle sue esigenze istituti presi dall'uno e dall'altro campo, fino a imprimere il proprio segno caratteristico su procedure, come quelle disciplinate dal diritto interno per la contrattualità delle pubbliche amministrazioni, pure nate secondo un principio ispiratore fondamentalmente diverso, cioè la tutela dell'interesse pubblico».