

INTRODUZIONE

Il codice degli appalti e in generale, la disciplina degli appalti della PA, è una disciplina speciale in quanto regola i contratti normati dal codice civile, ma con i dovuti distinguo quando la parte acquirente dei lavori, servizi, forniture, è una PA. È necessario tener conto di una particolare tutela rivolta all'interesse pubblico. Possiamo pensare ad un semplice esempio: un privato può decidere di acquistare un bene come un'automobile, stabilendo in autonomia costi, modi, tipologia del bene ed anche scegliere il venditore. Lo stesso bene, se necessita essere acquistato da una PA, non può seguire l'iter del privato perché le risorse economiche da destinare all'acquisto sono di origine pubblica. Da qui, la necessità di una regolamentazione idonea rivolta al rispetto dei principi di legalità, di efficienza di equilibrio dei bilanci di sostenibilità del debito pubblico¹, di eguaglianza dei cittadini dinanzi alla PA e concorrenza². Quindi la scelta di spesa della PA deve essere governata dal codice, perché la scelta operata dalla PA deve essere oculata e attenta a prevenire possibili atti di corruzione.

Su questo presupposto abbiamo un complesso di norme che possiamo dividere temporalmente in due fasi. La prima è la scelta del contraente detta dell'evidenza pubblica, cioè come si arriva a stabilire che sia la ditta X a fare i lavori, a dare i servizi, o a fornire i materiali. Una fase pubblicistica, fase particolarmente importante, densa di norme amministrative. Norme che si applicano alla PA e non si applicano al privato.

Queste norme pubblicistiche arrivano fino all'aggiudicazione, ossia fino alla scelta della controparte. Una volta individuata la controparte, si dovrà stipulare un contratto e da qui, si entra nel mondo civilistico (seconda fase), ossia si applicano le regole del codice civile con qualche piccola variazione. Il codice degli appalti contiene norme sull'esecuzione, diverse da quelle ordinarie. L'azione amministrativa rimane finalizzata al perseguimento dell'interesse pubblico nel rispetto dei principi di trasparenza, parità di condizioni di accesso della controparte, efficienza ma anche autonomia negoziale.³ La regola è: posizione paritaria dei due soggetti, collocando la PA allo stesso livello del privato.

¹ Art.97 c.1 e art.81c.1 - Costituzione

² Art.97 c.2 - Costituzione.

³ C. FRANCHINI, *L'appalto di lavori, servizi e forniture*, in Trattato dei contratti diretto da Rescigno e Gabrielli, Utet, 2010.

Netto distinguo quindi tra la fase della scelta del contraente fino all'aggiudicazione, dalla fase di stipula del contratto, approvazione e controllo.

La PA però, non si mostra solo come parte acquirente. Il codice disciplina oltre agli "appalti" anche le "concessioni" e altri contratti.

Negli appalti, a fronte del corrispettivo della fornitura di un bene, l'amministrazione spende dei soldi. A fronte della prestazione (fornitura) del privato, paga dei soldi come li pagherebbe nel mercato privato dei beni e servizi.

Nelle concessioni, diversamente, nasce l'esigenza della Pubblica Amministrazione di affidare a terzi quelle attività e servizi che per ragioni di insufficiente organizzazione o semplicemente economici, si vede costretta a ricorrere a soggetti privati (concessionari), esternalizzando così la gestione di un pubblico esercizio o la realizzazione di un'opera di pubblico interesse. Un mutuo scambio di interessi e reciproci vincoli tra pubblico e privato tradotto in un contratto sinallagmatico, per ridurre i costi della Pubblica Amministrazione e semplificare le procedure nel rispetto della concorrenza. I contratti di concessione sono disciplinati dal nuovo codice appalti nella parte III.

La disciplina degli appalti pubblici non conosce il solo ordinamento nazionale. Quest'ultimo ha subito profonde trasformazioni a seguito del processo di integrazione europea, sia in merito al diritto positivo⁴ che sul piano giurisprudenziale e dottrinale. Da qui un'intensa attività della Corte di Giustizia europea ed il recepimento delle Direttive europee. Europa che in una prima fase si è concentrata più sulla libera circolazione di beni e servizi e libertà di stabilimento, lasciando agli Stati membri la fase di esecuzione del contratto.

Interesse pubblico quindi tutelato dal codice contratti e principi costituzionali e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che all'art.41 evidenzia il principio della buona amministrazione. La PA persegue l'interesse pubblico sia all'inizio dell'evidenza pubblica con la scelta del contraente con la gara ed anche poi con la stipula, approvazione e controllo sugli atti contrattuali.

Alla base di un corpus normativo articolato ed in continua evoluzione, si distinguono le varie tipologie contrattuali alla luce dell'autonomia del committente ed ai limiti di importo che vincolano l'autonomia stessa. La responsabilità contrattuale di

⁴ D.Lgs.163/2006 e ss (Codice dei contratti pubblici).

ambo le parti non può che avere anche la necessità di una giurisdizione capace di azioni esperibili a tutela di eventuali danni in tema di responsabilità precontrattuale e contrattuale, attraverso richiami dell'Europa “...*in violazione del diritto comunitario in materia di appalti o delle norme nazionali...*”⁵ e, del diritto interno con la tutela giurisdizionale ordinaria e amministrativa⁶, attraverso la vigilanza dell'ANAC e il codice appalti stesso, mediante i ricorsi giurisdizionali e rimedi alternativi⁷, con i suoi richiami al codice del processo amministrativo innanzi ai TAR e al Consiglio di Stato.

⁵ Direttiva 92/13/CEE, art.2, par.7.

⁶ Art.113 c.1, Costituzione.

⁷ Art. 317 ss, D.Lgs.50/2016

1 CAPITOLO PRIMO

Evoluzione storica e disciplina dei contratti pubblici

1.1 L'evidenza pubblica sugli appalti pubblici.

Nell'ordinamento italiano, l'evidenza pubblica si colloca in un protocollo procedimentale del contratto pubblico che la P.A. è tenuta ad osservare nel momento in cui occorre scegliere l'operatore economico designato alla prestazione prevista dal contratto. A tal proposito si sono susseguite già dagli anni '20 diverse teorie sulla formazione dei contratti dove era importante salvaguardare l'interesse pubblico e quindi collettivo, rispetto al privato. E questo, riconoscendo il contratto pubblico pur sempre un contratto tra due parti da collocarsi sullo stesso livello. La P.A. mantenendo il fine dell'interesse pubblico, non può non operare in modo autoritativo.

Da qui il distinguo di due fasi dei contratti pubblici. Una prima fase di evidenza pubblica, propedeutica alla formazione contrattuale ed alla scelta del contraente privato. Una seconda fase di esecuzione vera e propria a contratto ormai stipulato.

È in questo dottrinale distinguo che Cesare Cammeo nel 1937 osserva che il procedimento di formazione del contratto pubblico è disciplinato dal diritto amministrativo, così come gli atti *“con cui si forma, o si perfeziona il consenso della P.A. nei contratti”*, sia quelli *“con cui si fa la scelta dell'altro contraente e si procede alla determinazione dei patti del contratto”*⁸.

Lisa Forti con un suo saggio⁹ successivo del 1938, non ravvisa un diritto soggettivo dei cittadini a contrarre con la P.A. che rimane ferma sulla propria volontà a contrarre e, vincolata solo dalle procedure dei pubblici incanti da rispettare.

In quegli anni, non si mette in dubbio il fatto che l'appalto sia comunque un contratto di natura privatistica, ma già con l'era fascista la pubblicizzazione si fa sempre più forte. Il Consiglio di Stato del 13 novembre 1931 affermava *“la piena discrezionalità, che spetta all'Amministrazione dello Stato, nel perfezionamento dei contratti colle dovute approvazioni è tale che non consente obbligo di motivazione né possibilità di riesame giurisdizionale dei relativi provvedimenti, quando anche trattasi*

⁸ Cammeo, *I contratti della pubblica amministrazione*, cit., 78.

⁹ L. Forti, *Sulla formazione dei contratti dello Stato*, in Riv. It. Sc. Giur., 1938

di rifiuto di approvazione per gravi motivi di interesse pubblico o dello Stato, nonostante la regolarità del contratto”.

Negli anni ‘60/’70, Massimo Severo Giannini (Roma, 8 marzo 1915 – Milano, 24 gennaio 2000) autorevole giurista e politico italiano, professore ordinario di diritto amministrativo già a 24 anni, considera i contratti ad evidenza pubblica come contratti regolati dal diritto privato anche se con qualche specificità in fase di deliberazione e conclusione del contratto dove gli atti necessitano di essere conoscibili per motivi di pubblico interesse¹⁰. Giannini ha riconosciuto che i contratti della P.A. sono regolati dalle norme comuni, salvo l’oggetto e le forme di scelta del contraente con l’evidenza pubblica. Ha operato una separazione tra atto amministrativo e provvedimento amministrativo e criticato il dualismo giurisdizionale affidando al giudice ordinario le sole controversie dell’amministrazione che agisce come privato¹¹.

Anche le “concessioni” hanno visto nel tempo un passaggio da una prima qualificazione privatistica ante Stato unitario, ad una progressiva pubblicizzazione fine ‘800 inizi ‘900. In particolare con la crescita di rilievi economici con le concessioni pubbliche alle ferrovie, acque, telefonia ed elettricità. Da qui, il connubio tra discrezionalità e diritto pubblico. Discrezionalità che porta ad aumentare le competenze del giudice amministrativo proprio nelle concessioni, stabilendo in taluni casi anche il non indennizzo in caso di revocabilità discrezionale dell’amministrazione. Ma in questo dualismo (c.d. concessione-contratto) che vede contrapposti l’autorità permessa dell’ente ad un corrispettivo contrattuale¹² delle concessioni, interviene la Cassazione all’inizio del ‘900, derivandone veri e propri diritti soggettivi in capo ai concessionari e tra questi, il diritto all’indennizzo nella generalità dei casi di revoca della concessione¹³. In sostanza la P.A. produce un atto amministrativo dispositivo ed autoritativo del bene, oggetto del rapporto concessorio regolato da un contratto di diritto privato. Questo comporta che l’eventuale annullamento della concessione produce automaticamente la caducazione del contratto. In un primo momento la Cassazione riconosce la revoca come atto autoritativo rimandando al giudice ordinario la competenza e quindi riconoscendo al concessionario un effettivo diritto soggettivo. Poi

¹⁰ Giannini, *La responsabilità precontrattuale dell’amministrazione pubblica*, cit., 261 ss, spec. Nota 3; teoria ripresa e sviluppata in *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, 677 ss.

¹¹ http://www.treccani.it/enciclopedia/massimo-severo-giannini_%28Il-Contributo-italiano-alla-storia-del-Pensiero:-Diritto%29/

¹² Giorgi, *La dottrina delle persone giuridiche o corpi morali*, III, Firenze, 1891, 273

¹³ Cass. Roma, 12 gennaio 1910, in *Riv. Dir. Comm.*, 1910 e Cass. Roma, 9 febbraio 1918, in *Foro it.*, 1918, I, 487.

sempre la stessa Cassazione distingue la revoca per pubblico interesse dalla revoca per inadempimento. Devolvendo quindi la competenza di natura pubblicistica al giudice amministrativo e mantenendo quella privatistica al giudice ordinario¹⁴.

1.2 Il ruolo dell'Europa.

Primi passi per una legislazione comunitaria in materia di appalti pubblici che si rendesse omogenea tra gli Stati membri, vedono la direttiva 71/305 del Consiglio delle Comunità Europee del 26 luglio 1971, in merito alle procedure per l'aggiudicazione degli appalti di lavori. Primi passi che esigevano non solo l'economicità delle risorse pubbliche ma anche l'esigenza di una concorrenza regolata in ambito comunitario. Diritti e doveri uguali per ciascun Stato membro attraverso l'obbligo di pubblicità¹⁵ e il principio della non discriminazione in base alla nazionalità¹⁶.

Inizialmente, l'ambito soggettivo di attuazione delle norme era limitato alle "amministrazioni aggiudicatrici", quindi lo "Stato, enti pubblici territoriali e le persone giuridiche di diritto pubblico"¹⁷ (all.1 della citata Direttiva), escludendo i soggetti privati anche se con attività di interesse pubblico. L'ambito oggettivo vedeva esclusa l'applicazione della Direttiva agli appalti di lavori aggiudicati da enti di diritto pubblico che gestiscono servizi di trasporto e dai servizi di produzione, di erogazione e dei settori dei trasporti, acqua, energie e telecomunicazioni¹⁸.

Negli anni successivi '80 e '90, la Direttiva 89/440/CEE precisa meglio la nozione di appalto di lavori pubblici, completa l'elenco degli organismi e categorie dell'all.1 della precedente Direttiva 71/305/CEE, si propone di migliorare l'accesso e la partecipazione di un maggior numero di imprese e introduce per la prima volta la nozione di "organismo di diritto pubblico"¹⁹, inglobando nella Direttiva anche la "concessione di lavori pubblici"²⁰. Con la Direttiva 90/531/CEE si disciplinano i settori precedentemente esclusi, relativamente alle "procedure di appalto degli enti erogatori

¹⁴ Cass. 5 luglio 1938, in *Giur.it.*, 1938, I, 1, 1020; Cons. Stato, IV, 17 febbraio 1942, *ivi*, 1942, III, 106.

¹⁵ Direttiva 71/305 CEE – Titolo III - art.12

¹⁶ Direttiva 71/305 CEE – Titolo I - art.3 c.3

¹⁷ Direttiva 71/305 CEE – Titolo I - art.1 lettera b

¹⁸ Direttiva 71/305 CEE – Titolo I - art.3 c.4,5

¹⁹ Direttiva 89/440 CEE – art.1 lettera b

²⁰ Direttiva 89/440 CEE – art.1 lettera d

di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni”. Segue una stagione di ulteriori Direttive europee in materia di appalti pubblici e la Direttiva 93/3/CEE del 1993 introduce per la prima volta il concetto di “impresa pubblica”²¹, imprese sulle quali le autorità pubbliche²² (Stato, enti territoriali etc.), “possono esercitare, direttamente o indirettamente, un’influenza dominante...”.

Influenza europea che ha contribuito all’armonizzazione di regole sostanziali sulla formazione del contratto ma anche a soluzioni processuali relative alle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori indicate dalla Direttiva 89/665/CEE e, successivamente, con la Direttiva 92/13/CEE come la precedente ma per il settore dei servizi. Direttive volte a porre garanzie sulle aggiudicazioni degli appalti pubblici e dei contratti di concessione dei pubblici servizi e maggiore efficacia in merito ai ricorsi sulle violazioni del diritto comunitario in ambito dei pubblici appalti.

In questo scenario il legislatore del 1994, vara un “Ordinamento Generale in materia di Lavori Pubblici”, meglio conosciuto come legge Merloni (L.109/1994). Un’esigenza che nasceva anche dalla necessità di scrollarsi di dosso il peso di una amministrazione permeabile alla corruzione colpita dalla crisi di “Tangentopoli” di due anni prima, dove vigeva da parte delle amministrazioni appaltanti e loro funzionari, una discrezionalità legata al prezzo più basso da aggiudicare. Ma 50 giorni dopo l’entrata in vigore fu già sospesa dal governo Berlusconi con il “Decreto Radice” a cui fanno seguito attività parlamentari che hanno prodotto tentativi di riforma organica (Merloni bis, Ter e Quater). Il processo di riforma vede la luce di un “Nuovo Capitolato d’Appalto” con il DM 145/2000. Segue la definizione del sistema di qualificazione delle imprese con il DPR 34/2000. Ma la svolta arriva col recepimento delle varie Direttive Europee a cominciare dal 2004, che porterà all’emanazione di un unico codice a normare l’aggiudicazione dei tre settori di competenza pubblica dei Servizi, Lavori e Forniture. Nasce col D.lgs.163/2006, il “Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi, forniture”.

²¹ Direttiva 93/38 CEE – Titolo I art.1 c.2

²² Direttiva 93/38 CEE – Titolo I art.1 c.1

Nel corso dei successivi dieci anni, si sono succeduti ulteriori aggiornamenti normativi, ma il D.lgs. 163/2006 è rimasto il riferimento procedurale innovativo per il comparto dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. Ha garantito un migliore rapporto qualità-prezzo degli appalti, disposizioni più severe con i subappalti e con le offerte “anormalmente Basse”, premiando l’offerta economicamente più vantaggiosa al criterio del massimo ribasso.

Dall’esperienza maturata col codice del 2006 si è giunti col D.lgs. n.50/2016 ad una riduzione numerica dell’articolato anche se ad una maggiore estensione del testo. Lo stesso ha comunque rinnovato le procedure di affidamento e gestione delle commesse pubbliche, rafforzando le misure di trasparenza e prevenzione (conflitto di interessi, commissioni di gara, adempimenti pubblicitari e informativi etc.), il ruolo centrale dell’ANAC su vigilanza e controllo con linee guida di bandi-tipo, contratti-tipo, capitolati tipo ed altro.

Importante ruolo complementare del Codice riveste quindi l’ANAC richiamata dall’art.213 del nuovo codice appalti, che da semplice Autorità di vigilanza sui lavori pubblici (Legge n.109/1994), assume via via più competenze di vigilanza e controllo sull’applicazione delle norme sulla prevenzione della corruzione e trasparenza dell’attività amministrativa con poteri ispettivi e sanzionatori sulle procedure di affidamento dei contratti pubblici e sistemi di qualificazione degli operatori economici, stazioni appaltanti e centrali di committenza. ANAC che dal 2017²³, all’art.211 c.1-bis dell’attuale codice appalti, “è legittimata ad agire in giudizio per l’impugnazione dei bandi... emessi da qualsiasi stazione appaltante” per violazione di norme sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. Ma l’attuale codice appalti nato con l’intento di un “codice unico” su indicazioni dell’Europa, ha non solo dovuto effettuare correzioni e modifiche all’indomani della sua pubblicazione²⁴ a causa di una frettolosa emanazione, ma si è comunque circondato dell’importante ausilio di ben quindici linee guida dell’ANAC, insieme a decreti ministeriali, per i dettagli di attuazione, sia come fonti normative vincolanti che non.

Questo fa comprendere la complessità normativa della materia rivolta alla legalità, concorrenza, efficienza e spesa pubblica. Un mondo normativo ancora in

²³ Comma introdotto dall’art.52-ter del decreto legge 50/2017 convertito dalla legge n.96/2017

²⁴ D.Lgs.56 del 19 aprile 2017

evoluzione che anche l'emergenza sanitaria conosciuta come Covid-19 ha spinto la Commissione europea alla comunicazione 2020/C 108 I/01 rivolta allo snellimento del quadro normativo. Comunicazione che l'ANAC ha evidenziato in un suo vademecum²⁵ di richiamo a norme sostanzialmente già in essere, da attuare per "ragioni d'urgenza". Quadro normativo che ha introdotto con DPCM 18/2020 (decreto "Cura Italia") convertito con modifiche nella legge nr.27/2020 temporanee disposizioni di maggiore elasticità e, ulteriori disposizioni con il DPCM 34/2020 (decreto Rilancio).

²⁵ <http://www.anticorruzione.it/portal/public/classic/Attivitadocumentazione/EmergenzaCovid-19>

2 CAPITOLO SECONDO

I contratti pubblici: tipologie e parti del contratto

2.1 Premesse.

Il concetto e la definizione di un “contratto” come accordo delle parti, ci riporta al codice civile con la sua nozione di contratto (ex art.1321 cc) ed in particolare alla autonomia contrattuale²⁶ ed i suoi confini. Nel nostro caso le parti in gioco, vedono almeno una di esse come persona giuridica. Tale ambito restringe ulteriormente l'autonomia contrattuale dei privati, portandoci a definire il nostro contratto, “appalto”, così come definito all'art.1655 cc²⁷. Articolo introdotto per la prima volta con il codice del 1942, è punto di partenza al delineamento delle parti contraenti individuate nell'Appaltatore (l'imprenditore²⁸) ed il Committente (soggetto che commissiona il lavoro all'imprenditore). Il codice civile si ferma però alla sola definizione dell'appalto come contratto e, non va oltre nel dettaglio come della forma contrattuale se speciale o solenne o per atto pubblico etc. Tutte le regole generali sui contratti vanno quindi tenute presente.

Oltre alla definizione di “appalto” è necessario menzionare l'aggettivo “pubblico” per meglio delimitare il nostro contratto. A tal proposito interviene il D.Lgs.50/2016 all'art.3, lett.ii), definendo gli “<<appalti pubblici>>, i contratti a titolo oneroso, stipulati per iscritto tra una o più stazioni appaltanti e uno o più operatori economici, aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti e la prestazione di servizi”.

Altro aspetto importante che differenzia l'appalto pubblico dal contratto generico tra privati è la sua peculiarità per i limiti determinati dalla finalità e per l'autonomia che gli Enti, le PA ossia le “persone giuridiche pubbliche”²⁹ sono sottoposte per il raggiungimento della finalità del contratto.

Alla base di un contratto di appalto pubblico rimane la finalità di interesse pubblico ed i principi di efficienza ed economia che non precludono comunque la c.d.

²⁶ Art.1322 cc, “

²⁷ Art.1655 cc, “L'appalto è il contratto col quale una parte assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un'opera o di un servizio verso un corrispettivo in denaro”.

²⁸ Art.2082 cc, “E' imprenditore chi esercita professionalmente un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi”.

²⁹ Art.11 cc, “Le provincie e i comuni, nonché gli enti pubblici riconosciuti come persone giuridiche godono dei diritti secondo le leggi e gli usi osservati come diritto pubblico”.

“attività amministrativa di diritto privato”³⁰. A tal proposito la legge sul procedimento amministrativo³¹, oltre ai criteri di economicità³², stabilisce all’art.1 c.1bis che la PA “... *agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente*”.

Massimo Severo Giannini introduce per la prima volta il concetto di “procedimento ad evidenza pubblica”³³, dove oltre a fornire una classificazione dei contratti della PA evidenzia la scelta del contraente attraverso gli atti amministrativi di natura pubblicistica, inquadrati come autonomia privata di libertà negoziale.

Questa autonomia negoziale va interpretata come la libertà di raggiungere determinati fini, ma è assoggettata ai c.d. “vincoli di scopo”³⁴. L’attività di diritto privato della PA, è attenta comunque agli interessi pubblici tutelati dalla legge, coniugando l’attività di diritto privato del libero esercizio dell’autonomia negoziale con l’attività amministrativa attraverso il vincolo di scopo. Così come osservato da Amorth, *l’attività di diritto privato deve considerarsi attività amministrativa*, in quanto anch’essa finalizzata alla cura dell’interesse pubblico.

È dunque la stessa legge a stabilire i rapporti tra la fase pubblicistica di evidenza pubblica a garanzia del vincolo di scopo e, l’autonomia negoziale con l’utilizzo dello strumento contrattuale. Un’attività sostanzialmente amministrativa e formalmente privatistica.

Negli ultimi anni di attività legislativa poi, la revisione della spesa pubblica (c.d. *spending review*)³⁵, ha posto ulteriori limitazioni all’autonomia negoziale, imponendo l’acquisizione di beni e servizi mediante acquisti centralizzati attraverso la CONSIP, rendendo nulli i contratti stipulati al di fuori di tale canale.

E ancora, il codice appalti (D.Lgs.50/2016) con l’art.37 e ss., limita l’autonomia negoziale ad una soglia di importo ed alla centralizzazione e razionalizzazione degli acquisti di beni e servizi della PA mediante le “centrali di committenza”³⁶.

³⁰ AMORTH, *Osservazioni sui limiti dell’attività amministrativa di diritto privato*, in *Arch. Dir. Pubbl.*, 1938,464.

³¹ L.241/1990

³² Art.1c.1, L.241/1990, “*L’attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell’ordinamento comunitario*”.

³³ GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, vol.I, Milano, 1970, 677 ss.

³⁴ S.S. SCOCA, *Evidenza pubblica e contratto; profili sostanziali e processuali*, Milano, 2008, 62.

³⁵ Art.1 D.L. 95/2012, convertito nella L.135/2012

³⁶ Art.3 c.1 lett. i)

Limiti ma anche provvisorietà che si evidenzia con i continui cammini di rinnovo legislativo in materia di appalti pubblici. Il D.L. 32/2019 c.d. Sblocca Cantieri ed ultimo Decreto Semplificazioni, che rimandano a future legislazioni, lasciando in modo provvisorio l'incentivo agli investimenti pubblici durante il periodo emergenziale del COVID-19 attraverso norme transitorie fino al 31 luglio 2021.

2.2 Le tipologie di appalto pubblico.

Il codice degli appalti individua tre macro categorie di appalti. Trattasi degli appalti di lavori, servizi e forniture. In particolare, il D.Lgs.50/2016 all'art.3, seguendo lo schema utilizzato dalle direttive UE 26.2.2014 nn.23, 24 e 25 (in relazione agli artt. 5, 4 e 2), menziona sapientemente una nomenclatura delle voci (ben 105) che a vario titolo partecipano al mondo degli appalti pubblici. E così alla lettera *ll*) gli <<appalti pubblici di lavori>>, alla lettera *ss*) gli <<appalti pubblici di servizi>> e, alla lettera *tt*) gli <<appalti pubblici di forniture>>.

È anche vero che esistono contratti c.d. misti, così come enucleati dall'ANAC, consistenti in contratti pubblici aventi per oggetto: lavori e forniture; lavori e servizi; lavori, servizi e forniture; servizi e forniture³⁷. Contratti che in definitiva si riconducono comunque alle tre macro categorie menzionate a seconda della rilevanza³⁸ economica. Un concetto di prestazione economicamente prevalente, che riconduce quel particolare appalto misto ad una delle tre macro categorie.

2.3 Le concessioni.

Analogamente agli appalti su menzionati abbiamo le “concessioni”³⁹, che a differenza dei precedenti assumono una caratteristica di contratto attivo dell'Ente verso l'operatore economico. Anche le concessioni possono essere quindi miste così come disciplinato nell'art.169 del D.Lgs.50/2016, nella sua definizione di “Contratti misti di concessione”. Analogamente, nelle concessioni miste si fa riferimento all'importo stimato maggiore, determinando così l'oggetto principale dell'accordo.⁴⁰

³⁷ art. 1, direttiva 2004/18; art. 1, direttiva 2004/17; art. 2, co. 1, L. n. 109/1994, come modificato dall'art. 24, L. n. 62/2005; art. 3, commi 3 e 4, D.Lgs. n. 157/1995; art. 3, D.Lgs. n. 30/2004.

³⁸https://www.anticorruzione.it/portal/public/classic/AttivitaAutorita/NormativeDiSettore/_Articolo?cl=d.lgs%20163/06&ca=14&bu=#:~:text=1.,e%20forniture%3B%20servizi%20e%20forniture.

³⁹ Parte III, D.Lgs.50/2016

⁴⁰ Art.169 c.1, D.Lgs.50/2016.

Anche qui, per una maggior chiarezza sul piano concettuale, dobbiamo annoverare tali “concessioni” tra i contratti pubblici. Ed è più coerente utilizzare la locuzione “contratti pubblici” piuttosto che “appalti pubblici” anche se una certa *ambiguitas* possa nascere estendendo il contratto pubblico alle concessioni⁴¹. Anche perché è lo stesso D.Lgs.50/2016 ad inquadrare sia le concessioni che gli appalti, come “contratti pubblici”⁴².

L’esatta configurazione dell’operatore economico può trovare delle difficoltà interpretative al fine di individuare l’esatta procedura da seguire per collocare il contratto tra gli appalti o le concessioni. Queste ultime obbediscono ad un regime normativo meno vincolante. L’investimento pubblico dovrebbe essere più limitato a fronte di un impegno privato più rilevante e quindi la scelta del concessionario è più semplice. Qualificare il contratto come di appalto di servizi o concessione pone l’interprete nella scelta attraverso diversi criteri: a) il criterio “del destinatario”, dove negli appalti pubblici di servizi, l’appaltatore presta il servizio per la PA e, diversamente nelle concessioni, l’operatore economico si sostituisce alla PA, erogando il servizio direttamente alla collettività; b) il criterio “gestionale”, dove è più evidente il contratto di concessione, in quanto l’operatore economico se ne assume i rischi gestionali nella prestazione del servizio a fronte di un canone di riscossione direttamente dall’utente; c) il criterio del “costo”, dove si parla di concessione se il servizio è reso ai cittadini terzi ed il corrispettivo a carico degli utenti finali oppure appalto di servizi quando la prestazione è resa a favore della amministrazione aggiudicatrice, che ne percepisce il corrispettivo economico.

2.4 Il Partenariato Pubblico Privato

Esiste anche una forma di cooperazione a lungo termine tra la parte pubblica e quella privata simile alle concessioni, al fine di realizzare delle opere, oppure gestire e fornire servizi che trae la sua attuale formulazione dall’elaborazione fornita dall’ordinamento dell’Unione Europea⁴³. Tale cooperazione, a fronte di un pagamento di un canone o incasso di tariffe, utilizza le risorse congiuntamente gestite tra i due

⁴¹ Stefano FANTINI-Hadrian SIMONETTI, *Le basi del diritto dei contratti pubblici*, seconda ed. Giuffrè - pag.51

⁴² Art.3 lett. *dd*), D.Lgs.50/2016

⁴³ Con il *Libro Verde* relativo ai “*partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni*” del 30 aprile 2004, la Commissione delle Comunità Europee, pur non dettando una precisa definizione dell’istituto, ne ha individuato gli elementi essenziali e, al contempo, la disciplina applicabile.