

LE NOVITA'
SUL RIPARTO DI GIURISDIZIONE
NEL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

di

Fabio Raponi

(Avvocato)

Tesi presentata per la discussione del Master universitario
di primo livello

in

Gli appalti pubblici: dalle gare tradizionali alle forme di
collaborazione pubblico-privato

Università degli Studi di Cassino

2006/2007

con la collaborazione
del TAR Lazio, Sezione di Latina
e della Provincia di Latina

PREMESSA

Al fine di licenziare un lavoro che potesse avere una qualche utilità per gli operatori giuridici – ovviamente senza alcuna pretesa di completezza – si è preferito concentrare l'attenzione in modo specifico sulle novità apportate dal Codice dei contratti pubblici in materia di riparto di giurisdizione fra giudice amministrativo (plessi T.A.R. - Consiglio di Stato) e giudice ordinario.

Ed infatti, al momento della ultimazione del presente lavoro, si è ancora in attesa di pronunce giurisprudenziali e commenti dottrinali che chiariscano in modo esaustivo quale sia l'ambito di applicazione delle nuove norme in materia di giurisdizione, tutte concentrate nel terzo comma dell'art. 244 del Codice.

L'approfondimento di siffatte innovazioni si rende, inoltre, opportuno ove si consideri che le stesse potrebbero verosimilmente essere sottoposte al vaglio di costituzionalità del Giudice delle leggi, sia per un prospettabile vizio di eccesso di delega rispetto alla L. n. 62/2005 – che non aveva espressamente ad oggetto anche gli istituti e le procedure di natura giurisdizionale, come evidenziato nel parere preventivo del Consiglio di Stato sullo schema del Codice – sia per una possibile violazione, in parte qua, dei criteri costituzionali di riparto da ultimo ricordati nella sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004.

Ad una eventuale pronuncia di incostituzionalità dell'art. 244 del D. lgs. n. 163/2006 dovrebbero resistere, invece, le previgenti regole di riparto in tale disposizione riprodotte, già oggetto di ampi ed autorevoli chiarimenti – sia in dottrina che in giurisprudenza – rispetto ai quali il contributo del sottoscritto sarebbe stato sicuramente ultroneo.

FABIO RAPONI

INDICE

Premessa

Capitolo I

LA GIURISDIZIONE SULLE PROCEDURE DI AFFIDAMENTO DI LAVORI, SERVIZI, FORNITURE (ART. 244 COMMA 1, D. LGS. N. 163/2006)

1. Osservazioni generali

Capitolo II

LA GIURISDIZIONE SUI PROVVEDIMENTI SANZIONATORI DELL'AUTORITÀ PER LA VIGILANZA SUI CONTRATTI PUBBLICI DI LAVORI, SERVIZI E FORNITURE (ART. 244 COMMA 2, D. LGS. N. 163/2006)

1. Osservazioni generali
2. La giurisdizione sulla revoca dell'autorizzazione alle S.O.A. per i motivi di cui all'art. 10, D.P.R. n. 34/2000

Capitolo III

LA GIURISDIZIONE IN MATERIA DI RINNOVO TACITO DEI CONTRATTI E DI REVISIONE E ADEGUAMENTO PREZZI: (ART. 244 COMMA 3, D. LGS. N. 163/2006) APPROFONDIMENTO

A) LA GIURISDIZIONE SULLE « CONTROVERSIE RELATIVE AL DIVIETO DI RINNOVO TACITO DEI CONTRATTI »

1. Introduzione
2. Riparto soggettivo
3. Riparto oggettivo

- 3.1. Riparto di giurisdizione in materia di rinnovo tacito dei contratti di locazione di immobile alla p.a.
- 3.2. Il riparto di giurisdizione in materia di “diniego di rinnovo espresso”
- 3.3. Il riparto di giurisdizione in materia di impugnazione del “rinnovo espresso”
- 3.4. Il riparto di giurisdizione in materia di “proroga”
- 3.5. Il riparto di giurisdizione in materia di “ripetizione di prestazioni analoghe”
- 3.6. Il riparto di giurisdizione in materia di “rinegoziazione di elementi essenziali del contratto”

B) LA GIURISDIZIONE IN MATERIA DI
REVISIONE E ADEGUAMENTO DEI PREZZI

1. Introduzione
2. Riparto soggettivo
3. Riparto oggettivo
 - 3.1. Il riparto di giurisdizione in materia di “adeguamento dei prezzi” nei contratti di lavori pubblici
 - 3.2. Le controversie inerenti il cd. “prezzo chiuso” nei lavori pubblici
 - 3.3. Il riparto di giurisdizione in materia di “compensazioni” nel caso di variazioni del prezzo di materiali eccedenti il 10 per cento del prezzo rilevato annualmente
 - 3.4. La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sul cd. “provvedimento applicativo” della revisione e dell’adeguamento del prezzo

PROFILI DI INCOSTITUZIONALITÀ
DELLE NORME SULLA GIURISDIZIONE
NEL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

1. Sulla violazione dell'art. 76 Cost. per eccesso di delega
2. Sulla violazione dell'art. 103 Cost. e dei principi di cui alla sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004

CAPITOLO I

LA GIURISDIZIONE SULLE PROCEDURE DI AFFIDAMENTO DI LAVORI, SERVIZI, FORNITURE (ART. 244 COMMA 1, D. LGS. N. 163/2006)

1. Osservazioni generali.

Il primo comma dell'art. 244 del D. lgs. 12 aprile 2006 n. 163 (d'ora innanzi, "Codice"), dispone che *« sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie, ivi incluse quelle risarcitorie, relative a procedure di affidamento di lavori, servizi, forniture, svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale »*.

Siffatta disposizione non presenta particolari innovazioni, essendosi limitata a riprodurre pedissequamente il testo dell'art. 6, L. n. 205 del 2000 e spingendosi soltanto a specificare (ma ciò era già abbastanza pacifico) che anche le controversie risarcitorie relative alle procedure di affidamento rientrano nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (di seguito, G.A.).

Da ciò deriva l'inutilità di un ulteriore approfondimento della disposizione in commento, rimanendo ferma tutta la copiosa produzione giurisprudenziale e dottrinale sinora formatasi, alla quale non resta che rinviare ¹.

CAPITOLO II

¹ Cfr., anche per l'ampia dottrina e giurisprudenza richiamata in nota, R. DE NICTOLIS, *Il nuovo contenzioso in materia di appalti pubblici alla luce del codice dei contratti pubblici*, 2007, 52, ss.

**LA GIURISDIZIONE SUI PROVVEDIMENTI SANZIONATORI
DELL'AUTORITÀ PER LA VIGILANZA SUI CONTRATTI PUBBLICI DI
LAVORI, SERVIZI E FORNITURE
(ART. 244 COMMA 2, D. LGS. N. 163/2006)**

SOMMARIO: 1. Osservazioni generali. — 2. La giurisdizione sulla revoca dell'autorizzazione alle S.O.A. per i motivi di cui all'art. 10, D.P.R. n. 34/2000.

1. Osservazioni generali.

Anche in materia di provvedimenti sanzionatori dell'Autorità di vigilanza sembrano non esservi particolari novità in punto di giurisdizione, dato che il secondo comma dell'art. 244 – nello stabilire che « *sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie relative ai provvedimenti sanzionatori emessi dall'Autorità* » – riproduce nella sostanza il quarto periodo dell'art. 4 comma 7 della abrogata legge Merloni n. 109/1994, introdotto dall'art. 9, L. 18 novembre 1998 n. 415 in base al quale avverso i provvedimenti dell'Autorità « è ammesso ricorso al giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva da proporre entro trenta giorni dalla data di ricezione dei provvedimenti medesimi ».

Risulta così scongiurata la possibilità di far rientrare la materia di cui trattasi nella giurisdizione del giudice ordinario, applicando estensivamente l'art. 22, L. n. 689 del 1981, che devolve a quest'ultimo la giurisdizione in materia di opposizione alle ordinanze-ingiunzione di pagamento emesse dalla pubblica amministrazione.

L'unica innovazione sembrerebbe, dunque, riguardare solamente le modalità di presentazione del ricorso al T.A.R. dal momento che, non risultando riprodotta la previsione del termine breve di trenta giorni, dovrebbe applicarsi l'ordinario termine di impugnazione di sessanta giorni (decorrenti dalla conoscenza del provvedimento sanzionatorio) previsto per la notifica del ricorso, ferma restando *ratione materiae* la dimidiazione di tutti gli altri termini processuali, per effetto dell'art. 23 bis, lett. d), L. n. 1034 del 1971, inserito dalla L. n. 205 del 2000.

2. La giurisdizione sulla revoca dell'autorizzazione alle S.O.A. per i motivi di cui all'art. 10, D.P.R. n. 34/2000.

La nuova collocazione della norma regolatrice della giurisdizione nella materia dei provvedimenti sanzionatori dell'Autorità di vigilanza potrebbe, però, indurre a ritenere ampliata la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo prevista dalla stessa norma, anche se si tratta comunque sempre di limiti interni alla stessa giurisdizione amministrativa.

Nella vecchia formulazione, infatti, la norma attributiva della giurisdizione esclusiva era stata inserita dal citato art. 9, L. 18 novembre 1998 n. 415 nello stesso comma 7 dell'art. 4, L. 109/1994, il quale riguardava le sole sanzioni amministrative conseguenti al rifiuto od omissione ingiustificata di fornire le informazioni o di esibire i documenti richiesti dall'Autorità, ovvero conseguenti al rilascio di informazioni o esibizione di documenti non veritieri.

Tale collocazione aveva, pertanto, fatto ritenere che la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo fosse limitata alle sole sanzioni pecuniarie irrogate a seguito della violazione degli obblighi previsti nel medesimo art. 4 comma 7; tanto è vero che si era escluso che si potesse pervenire ad ampliare l'ambito di efficacia della norma all'ipotesi – contemplata all'art. 10, D.P.R. n. 34/2000 – della revoca dell'autorizzazione rilasciata alle S.O.A. per lo svolgimento dell'attività di attestazione e ciò nonostante la indubbia natura sanzionatoria di tale provvedimento (anche se tale genere di controversie erano comunque considerate riconducibili, per effetto dell'art. 7, L. n. 205/2000, alla stessa giurisdizione esclusiva in materia di controversie tra le amministrazioni pubbliche e i gestori comunque denominati di pubblici servizi)².

A tale tesi si era però obiettato che il rinvio operato dall'art. 7 comma 9, D.P.R. n. 34/2000, cit. (secondo cui la mancata risposta a richieste dell'autorità nel termine di trenta giorni, o la mancata comunicazione di cui al comma 8 nel medesimo termine, o la

² In tal senso, G.P. CORRADINO, *La tutela giurisdizionale nei confronti degli atti dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici emanati nell'esercizio dei poteri di vigilanza sul sistema di qualificazione delle*

comunicazione di informazioni non veritiere implicano l'applicazione della legge e possono nei casi più gravi comportare la revoca dell'autorizzazione) alle sanzioni previste dall'articolo 4, comma 7, L. n. 109/1994 fosse da estendere anche ai mezzi di tutela³.

L'attuale previsione normativa sulla giurisdizione, invece, oltre a trovare una diversa collocazione, nemmeno opera alcun riferimento all'art. 6 comma 11 del Codice, che ha riprodotto il testo di cui all'art. 4 comma 7, cit.

Da ciò si può, dunque, inferire che l'attuale ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo è esteso a tutti i provvedimenti sanzionatori dell'Autorità di vigilanza, ivi inclusi quelli sopra citati, consistenti nella revoca dell'autorizzazione alle S.O.A. per i motivi di cui all'art. 10, D.P.R. n. 34/2000.

A tal proposito si è, fra l'altro, autorevolmente sostenuto che, a seguito dell'abrogazione dell'art. 4, L. n. 109/1994, il rinvio effettuato dal D.P.R. n. 34/2000 deve intendersi riferito all'art. 244 comma 2 del Codice⁴.

Occorre, inoltre, ricordare che le richiamate norme del D.P.R. n. 34/2000 sono confluite nel Regolamento di attuazione ed esecuzione del Codice, in corso di approvazione.

In particolare, l'art. 70 del Regolamento (già art. 7, comma 9, D.P.R. n. 34/2000), rubricato «*Sanzioni per violazione da parte delle SOA dell'obbligo d'informazione*», prevede l'applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie previste dal citato art. 6, comma 11, del codice, nel caso, appunto, di violazione da parte delle SOA dell'obbligo d'informazione. Inoltre, il comma 3 dello stesso articolo contempla anche la possibilità da parte dell'Autorità di comminare, per le stesse violazioni, la sospensione temporanea per un periodo fino a 180 giorni e la revoca dell'autorizzazione.

imprese, in www.giustizia-amministrativa.it, *Studi e contributi*, nonché in *Rivista trimestrale degli appalti*, 4/2000, 743 ss.

³ In tal senso, R. DE NICTOLIS, *op. cit.*, 309.

⁴ R. DE NICTOLIS, *op. cit.*, 310.

L'art. 72 del Regolamento, invece, riproduce, con sostanziali modifiche, l'ultima proposizione dell'ultimo periodo del comma 5 dell'art. 10, D.P.R. n. 34/2000, cit., prevedendo sia la sanzione pecuniaria, sia quella della sospensione temporanea o revoca per l'ipotesi in cui *« l'Autorità accerti che la SOA svolga la propria attività in modo non conforme alle disposizioni contenute nelle stesse norme regolamentari »*.

Ora, secondo la prospettazione prima riferita, la giurisdizione esclusiva del G.A. di cui al comma 2 dell'art. 244 dovrebbe ritenersi estesa anche alle controversie inerenti a questi ultimi provvedimenti sanzionatori di sospensione e revoca (sia pure non pecuniari), anche se probabilmente tale circostanza non comporta sostanziali modifiche nelle modalità di tutela, dal momento che diritti soggettivi nella materia sembrano potersi rinvenire solamente per le questioni relative alla misura delle sanzioni pecuniarie, le quali incidono sul patrimonio del soggetto destinatario, mentre – nel caso di questioni afferenti al procedimento di erogazione della misura sanzionatoria (anche se pecuniaria) nonché al provvedimento di sospensione o revoca dell'autorizzazione – la posizione giuridica soggettiva del destinatario sarebbe pur sempre di interesse legittimo, con le note conseguenze processuali che ne derivano.

CAPITOLO III

LA GIURISDIZIONE IN MATERIA DI RINNOVO DEI CONTRATTI E DI REVISIONE E ADEGUAMENTO PREZZI

(ART. 244 COMMA 3, D. LGS. N. 163/2006):

APPROFONDIMENTO

SOMMARIO: A) La giurisdizione in materia di “controversie relative al divieto di rinnovo tacito dei contratti”. — 1. Introduzione. — 2. Riparto soggettivo. — 3. Riparto oggettivo. — 3.1. Riparto di giurisdizione in materia di rinnovo tacito dei contratti di locazione di immobile alla p.a. — 3.2. Il riparto di giurisdizione in materia di “diniego di rinnovo espresso”. — 3.3. Il riparto di giurisdizione in materia di impugnazione del “rinnovo espresso”. — 3.4. Il riparto di giurisdizione in materia di “proroga”. — 3.5. Il riparto di giurisdizione in materia di “ripetizione di prestazioni analoghe”. — 3.6. Il riparto di giurisdizione in materia di “rinegoziazione degli elementi essenziali del contratto. — B) La giurisdizione in materia di “revisione dei prezzi nei contratti ad esecuzione continuata o periodica”. — 1. Introduzione. — 2. Riparto soggettivo. — 3. Riparto oggettivo. — 3.1. Il riparto di giurisdizione in materia di “adeguamento dei prezzi” nei contratti di lavori pubblici. — 3.2. Le controversie inerenti il cd. “prezzo chiuso” (art. 133 comma 3) nei lavori pubblici. — 3.3. Il riparto di giurisdizione in materia di “compensazioni” nel caso di variazioni del prezzo di materiali” eccedenti il 10 per cento del prezzo rilevato annualmente (art. 133 comma 4). — 3.4. La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sul cd. “provvedimento applicativo” della revisione e dell’adeguamento del prezzo.

**A) LA GIURISDIZIONE IN MATERIA DI « CONTROVERSIE RELATIVE AL
DIVIETO DI RINNOVO TACITO DEI CONTRATTI »**

1. Introduzione

Il comma terzo dell'art. 244, D. lgs. 163/2006 prevede la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo per le « *controversie relative al divieto di rinnovo tacito dei contratti* », in tal modo confermando la disposizione contenuta nell'art. 6, L. 24 dicembre 1993 n. 537 (successivamente modificato dall'art. 44, L. 23 dicembre 1994 n. 724 ed oggi abrogato dall'art. 256, D. lgs. 163/2006), il quale al comma 19 già devolveva a tale giudice in via esclusiva « *le controversie derivanti dall'applicazione del presente articolo* ». Siffatta formulazione estensiva era dovuta al fatto che il citato art. 6 conteneva svariate disposizioni relative ai contratti pubblici fra cui, come si vedrà, anche quella relativa all'istituto della revisione periodica dei prezzi.

In particolare, la materia del rinnovo dei contratti era contenuta nell'art. 6 comma 2, composto a sua volta di tre periodi:

- il primo, stabiliva il divieto di rinnovo tacito dei contratti delle pubbliche amministrazioni per la fornitura di beni e servizi, ivi compresi quelli affidati in concessione a soggetti iscritti in appositi albi;
- il secondo, sanciva la nullità dei contratti stipulati in violazione del predetto divieto;
- il terzo, prevedeva la possibilità di rinnovare espressamente tali contratti per ragioni di convenienza e pubblico interesse; tale periodo fu, però, soppresso dall'art. 11 della L. 62/2005 (cd. Legge comunitaria), in seguito alla procedura di infrazione avviata dalla Commissione Europea per ritenuta violazione dei principi comunitari in tema di concorrenza e trasparenza nel settore degli appalti pubblici.

Le norme contenute nei primi due periodi sono oggi confluite nel comma 7 dell'art. 57 del Codice, che prevede il divieto di rinnovo tacito anche per i contratti aventi ad oggetto i lavori.

Ciò premesso, la testuale restrizione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo alle sole « *controversie relative al divieto di rinnovo tacito dei contratti* » sembrerebbe riferirsi, se interpretata in senso riduttivo, alle controversie proponibili dall'operatore economico che intenda contestare che si sia verificata una ipotesi di rinnovo tacito, al fine di farne accertare la nullità ai sensi dell'art. 57 comma 7 del Codice (già art. 6 comma 2, D. lgs. n. 537/1993). Si tratterebbe dunque di una ipotesi, innovativa nel processo amministrativo, di azione di accertamento della nullità del contratto.

Deve, però, ritenersi che nell'ambito di tale formula rientrino anche ulteriori ipotesi di controversie (sulle quali si veda *infra*).

2. Riparto soggettivo

Nel recepimento del citato art. 6, L. n. 537/1993, l'art. 244 del Codice ha espunto il riferimento alle sole « *amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1, comma 2, del D. lgs. 3 febbraio 1993, n. 29 e successive modificazioni e integrazioni* », contenuto al primo comma dello stesso art. 6, cit., il quale di fatto determinava la sua inapplicabilità nei confronti degli enti pubblici economici che non agissero in veste di concessionari della pubblica amministrazione ⁵.

Da ciò deriva che il comma terzo dell'art. 244, cit., è da ritenersi riferito anche ai soggetti privati che siano tenuti all'osservanza delle procedure di evidenza pubblica, in rapporto alle quali permane, dunque, la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ⁶.

3. Riparto oggettivo

3.1. Il riparto di giurisdizione in materia di rinnovo tacito dei contratti di locazione di immobile alla p.a.

⁵ Cfr., in tal senso, Cass. civ., Sez. un., 28 novembre 1996 n. 10616, in *Riv. giur. edilizia*, 1997, I, 285.

⁶ In tal senso, anche R. DE NICTOLIS, *op. cit.*, 312.

L'omessa specificazione, ad opera della disposizione in commento, dei contratti il cui rinnovo tacito andrebbe contestato dinanzi al giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva, potrebbe far sorgere il dubbio – sia pur in un'ottica eccessivamente formalistica – che il legislatore abbia voluto in tal modo ricomprendervi anche i contratti di locazione di immobili alla pubblica amministrazione, dal momento che la sentenza delle Sezioni unite della Cassazione, n. 124 del 21 marzo 2001 (in *Giust. civ.*, 2001, I, 1486), che si era occupata della questione di giurisdizione, aveva optato per la giurisdizione del giudice ordinario sulla base della formulazione dell'ora abrogato comma 19 dell'art. 6, D. lgs. n. 537 del 1993 (nel testo sostituito dall'art. 44 l. n. 724 del 1994), il quale si riferiva esplicitamente, a differenza dell'attuale disposizione, ai contratti delle p.a. “per la fornitura di beni e servizi”, giudicati, in modo condivisibile, sostanzialmente diversi dal contratto di locazione di immobile alla p.a.

Sembra però evidente che la norma in commento sottintenda comunque il riferimento ai contratti oggetto di disciplina del Codice, vale a dire a quelli di servizi, forniture e lavori, con conseguente applicabilità del principio contenuto nella citata sentenza n. 124/2001, affermativa della giurisdizione ordinaria in materia ⁷.

3.2. Il riparto di giurisdizione in materia di “diniego di rinnovo espresso”.

La testuale restrizione, operata dall'art. 244 comma 3, d.lgs. 163/2006, della giurisdizione esclusiva del G.A. alle sole controversie relative al “divieto di rinnovo tacito” ha fatto sorgere il dubbio che, in relazione alle controversie in materia di diniego di rinnovo espresso, il giudice vada individuato in base all'ordinario criterio di riparto basato sulla distinzione fra diritti soggettivi ed interessi legittimi, cosicché, a fronte di una previsione espressa di rinnovo contenuta nel bando di gara, il soggetto

⁷

Motiva, in particolare, Cass. civ., Sez. un., 21 marzo 2001 n. 124, in *Giust. civ.*, 2001, I, 1486, che « la locazione non è contratto di fornitura di cose, sia perché la res locata rimane nel patrimonio del proprietario locatore e non si trasferisce in quello della controparte come, invece, nella fornitura, sia perché diversa è la causa giuridica dei due contratti, che solo nel primo caso è rappresentata dal godimento, appunto, della res per un tempo determinato con l'obbligo di custodia, da parte del conduttore, con la diligenza del buon padre di famiglia. E non è contratto di fornitura di servizi mancando da parte del locatore, a differenza di quanto si verifica da parte del fornitore, una prestazione di attività in favore del

aggiudicatario che intenda contestare il mancato rinnovo, vanterebbe una posizione di diritto soggettivo tutelabile dinanzi al G.O (ad es. per censurare la violazione dei canoni della buona fede e della correttezza contrattuale). Tale tesi sarebbe suffragata dalla considerazione che con l'abrogazione – ad opera della legge comunitaria 2004 n. 62/2005 – dell'ultimo periodo dell'art. 6, comma 2, L. n. 537/1993, il rinnovo del contratto sarebbe divenuto una vera e propria scelta contrattuale, da esprimersi nelle forme proprie del diritto privato ⁸.

Tale tesi, sicuramente rigorosa nel percorso logico-argomentativo, non sembra, però, condivisibile in base ad un criterio di interpretazione sistematico.

Ed invero, sotto un primo profilo, anche avvalendosi dell'ordinario criterio di riparto di giurisdizione, occorre considerare che spesso il rinnovo è previsto nel bando di gara quale mera facoltà della pubblica amministrazione, rispetto alla quale la posizione del soggetto aggiudicatario che rivendichi il rinnovo in suo favore, sembra avere piuttosto la consistenza di interesse legittimo.

Peraltro, anche volendo ritenere che l'amministrazione sia vincolata nel rinnovo, si tratterebbe comunque di attività vincolata nell'interesse pubblico, a fronte della quale la posizione del soggetto interessato sarebbe sempre di interesse legittimo, come ha di recente chiarito l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 8 del 24 maggio 2007.

A ciò si aggiunga che normalmente il provvedimento con cui si nega il rinnovo presuppone comunque la scelta dell'amministrazione di indire una gara pubblica: scelta, questa, che va contestata dinanzi al G.A. ⁹.

3.3. Il riparto di giurisdizione in materia di impugnazione del “rinnovo espresso”.

Anche nel caso di controversia promossa dal soggetto (terzo) che intenda impugnare l'atto con cui l'amministrazione rinnova in modo espresso un contratto, deve ritenersi sussistere la giurisdizione del G.A.

destinatario, avendo il primo solo l'obbligo di consegnare la res oggetto di contratto e di mantenere, eventualmente, la stessa in stato idoneo all'uso convenuto ».

⁸

D. PANTANO, Nota a Cons. Stato, Sez. IV, 31 ottobre 2006 n. 6458, in www.lexitalia.it.

In primo luogo, perché il rinnovo espresso va disposto mediante un apposito procedimento, che postula una valutazione di convenienza espressa con provvedimento formale almeno tre mesi prima della scadenza del contratto, il quale rientra nella nozione in senso ampio delle procedure di affidamento di cui al comma 1 dell'art. 244 del Codice (già art. 6 comma 1, L. n. 205 del 2000)¹⁰.

In secondo luogo, perché il rinnovo espresso, analogamente a quanto sostenuto dalla giurisprudenza in materia di rinegoziazione del contratto¹¹, può ritenersi sostanzialmente equivalente ad un nuovo affidamento e, in ogni caso, la sua impugnazione determina la necessità di verificare se sussista, o meno, la necessità di indire una nuova gara, con conseguente ricomprensione, sia pur in senso lato, nella materia delle procedure di affidamento, devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in base al comma 1 dell'art. 244 del Codice (già art. 6 comma 1, L. n. 205 del 2000).

In terzo luogo, perché siffatta impugnazione comunque involge la verifica della correttezza dell'esercizio della funzione amministrativa per quel che concerne la contrattazione con i privati, analogamente a quanto affermato dalla giurisprudenza in materia di rinegoziazione di elementi essenziali del contratto¹².

3.4. Il riparto di giurisdizione in materia di “proroga”.

Nella decisione n. 9203 del 31 dicembre 2003 la Sezione V del Consiglio di Stato ha chiarito la distinzione fra il rinnovo e la proroga, precisando che il primo comporta una nuova negoziazione con il medesimo soggetto dopo la scadenza del periodo di durata del contratto, dando vita ad un rapporto giuridicamente nuovo rispetto a quello originario; la proroga, invece, riguarda lo stesso contratto originariamente stipulato, del quale è semplicemente spostato in avanti il solo termine di scadenza del rapporto, che resta regolato dalla convenzione accessiva all'atto di affidamento. Ciò

⁹

Cfr. T.A.R. Puglia, Lecce, sez. II, 23 maggio 2007 n. 1963.

¹⁰

In tal senso, R. DE NICTOLIS, *op. cit.*, 311.

¹¹

Cons. Stato, sez. IV, 25 marzo 2003 n. 1544.

premessi, la Sezione ha ritenuto vietato soltanto l'effetto del rinnovo, ma non l'inserimento di clausole che prevedano la prorogabilità del contratto¹³.

Se allora la proroga, a differenza del rinnovo, si ricollega sempre ad un atto negoziale originario, sembrerebbe doversi fare applicazione del principio secondo il quale la controversia vertente sull'interpretazione della disciplina applicabile ad un rapporto contrattuale instaurato tra soggetti operanti su un piano di parità – e pertanto legati da diritti ed obblighi reciproci – spetterebbe alla giurisdizione del giudice ordinario¹⁴.

Non vi è, però, chi non veda in proposito come sia, nella sostanza, sottile il *discrimen* fra proroga e rinnovo tacito del contratto, specie ove si consideri che spesso quello che potrebbe sembrare un rinnovo tacito, altro non è che l'applicazione di clausole che prevedono la proroga del medesimo contratto.

Sarebbe pertanto irrazionale, quantomeno sotto il profilo pratico/operativo e con riferimento all'ipotesi di pseudo-proroga, stabilire che il G.A. abbia giurisdizione soltanto per le questioni relative al rinnovo tacito e non anche per quelle inerenti alla proroga dei contratti.

In tale ottica si può dunque ritenere che – anche in base ai noti principi di coerenza normativa e di economia processuale – le controversie in tema di proroga contrattuale debbano ricadere nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

3.5. Il riparto di giurisdizione in materia di “ripetizione di prestazioni analoghe”.

L'istituto del rinnovo contrattuale presenta dei punti di contatto con quello cd. “della ripetizione di prestazioni analoghe”, dapprima previsto dall'art. 7 comma 2 lett. f del d.lgs. n. 157/1995 ed attualmente dall'art. 57, comma V, lett. b) del Codice, secondo il quale « *Nei contratti pubblici relativi a lavori e negli appalti pubblici relativi a*

¹² Cons. Stato, sez. V, 14 luglio 2003 n. 4167.

¹³ In tal senso, anche Cons. Stato, sez. V, 20 ottobre 1998 n. 1508.

¹⁴ Come ritenuto da Cass. civ., sez. un., 20 aprile 2005 n. 8213 (sia pur in una fattispecie promossa contro la S.A.C.E. - Istituto per i Servizi Assicurativi del Commercio Estero, che aveva all'epoca dei fatti di causa natura di ente pubblico economico).

servizi, la procedura del presente articolo è, inoltre, consentita: b) per nuovi lavori o servizi consistenti nella ripetizione di lavori o servizi analoghi già affidati all'operatore economico aggiudicatario del contratto iniziale dalla medesima stazione appaltante, a condizione che tali lavori o servizi siano conformi a un progetto di base e che tale progetto sia stato oggetto di un primo contratto aggiudicato secondo una procedura aperta o ristretta; in questa ipotesi la possibilità del ricorso alla procedura negoziata senza bando è consentita solo nei tre anni successivi alla stipulazione del contratto iniziale, e deve essere indicata nel bando del contratto originario; l'importo complessivo stimato dei servizi e lavori successivi è computato per la determinazione del valore globale del contratto, ai fini delle soglie di cui all'[articolo 28](#) ».

Dal tenore letterale dell'articolo non sembrano esservi dubbi sulla natura discrezionale del ricorso a tale procedura, con conseguente devoluzione al G.A. delle relative controversie proponibili sia dall'aggiudicatario che aspiri alla ripetizione dei lavori o servizi già affidati, sia da chi, invece, rivendichi la indizione di una nuova procedura aperta.

In tal caso, non si pone il problema di verificare se le relative controversie siano sussumibili in quelle relative al “divieto di rinnovo tacito” di cui al comma 3 dell'art. 244, essendo ormai pacifico che anche la procedura negoziata senza bando rientri a pieno titolo fra le procedure di affidamento devolute alla giurisdizione esclusiva del G.A., come già affermato dalla giurisprudenza a proposito della trattativa privata¹⁵.

Ovviamente, sia nel caso di mancato affidamento che nel caso di affidamento del nuovo lavoro o servizio analogo al precedente, sussiste l'obbligo di motivazione in capo all'amministrazione del relativo provvedimento, censurabile davanti al G.A., pur senza invadere il campo della discrezionalità amministrativa.

3.6. Il riparto di giurisdizione in materia di “rinegoziazione di elementi essenziali del contratto”.

¹⁵

Cons. Stato, sez. IV, 25 marzo 2003 n. 1544; in dottrina, R. DE NICTOLIS, *op. cit.*, pag. 70.

Affine all'ipotesi appena esaminata sembra essere quella in cui l'Amministrazione, successivamente all'aggiudicazione, provveda a rinegoziare uno degli elementi essenziali (non dunque un semplice elemento accidentale) del contratto (ad es. il prezzo).

Si è sostenuto, in proposito, che anche tali aspetti rientrino nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ove si consideri che tale tipo di rinegoziazione potrebbe risolversi in sostanza in un nuovo affidamento. In tal caso sarebbe, dunque, evidente l'interesse strumentale dell'impresa non aggiudicataria a ricorrere contro tali determinazioni dell'Amministrazione, essendo a tal fine sufficiente la mera possibilità che, in sede di rinnovazione, la nuova gara possa concludersi a suo favore tramite l'osservanza del giusto procedimento; pertanto, la soluzione di siffatte controversie consisterebbe in pratica nello stabilire se in tali ipotesi occorra -o meno- procedere ad una nuova gara nel rispetto delle procedure di evidenza pubblica ¹⁶.

B) LA GIURISDIZIONE IN MATERIA DI REVISIONE E ADEGUAMENTO DEI PREZZI

1. Le controversie relative alla revisione del prezzo nei contratti ad esecuzione continuata o periodica.

Il terzo comma dell'art. 244 del Codice prevede, nel secondo inciso, la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo anche nelle controversie « *relative alla clausola di revisione del prezzo e al relativo provvedimento applicativo nei contratti ad esecuzione continuata o periodica, nell'ipotesi di cui all'art. 115* ».

¹⁶ Così, Cons. Stato, sez. IV, 25 marzo 2003 n. 1544, secondo cui, anche se di norma tale rinegoziazione finisce per vanificare la procedura espletata, introducendo "elementi oggettivi di distorsione della concorrenza", con conseguente alterazione del risultato della gara, ciò, tuttavia, non può valere allorquando l'Amministrazione appaltante si avvalga di una clausola della lettera di invito (e dello schema di contratto ad essa allegato) in cui sia chiaramente prevista la facoltà (c.d. *ius variandi*) di modificare il prezzo dell'appalto (in positivo o in negativo) in caso di nuove disposizioni (nella specie aumento delle tariffe) da parte dell'autorità. In tali casi, infatti, non vi è alcun comportamento lesivo del principio della *par condicio* dei partecipanti, ben potendo ciascun concorrente, una volta che sia risultato aggiudicatario, beneficiare dell'adeguamento della tariffa, in applicazione della stessa disciplina a cui la P.A. si sia autovincolata in sede di gara.

Occorre, in proposito, ricordare che già l'art. 6, L. 24 dicembre 1993 n. 537 (successivamente modificato dall'art. 44, L. 23 dicembre 1994 n. 724 ed oggi abrogato dall'art. 256 del Codice), al comma 19 devolveva al G.A. in via esclusiva « *le controversie derivanti dall'applicazione del presente articolo* »: in particolare, i commi 4 e ss. di tale articolo disciplinavano, appunto, la materia della revisione del prezzo nei contratti ad esecuzione continuata e periodica.

Nella materia si era formato il principio giurisprudenziale secondo cui « *fino all'esercizio del potere di riconoscimento del diritto, discrezionale e autoritativo, da parte dell'amministrazione appaltante, in ordine alla spettanza all'appaltatore della revisione prezzi (an), sussiste per questo solo un interesse legittimo a vedere riconosciuto il compenso revisionale, che si converte in diritto soggettivo per effetto dell'esercizio di detto potere, dopo il quale soltanto è possibile chiedere di liquidare il dovuto (quantum)* »¹⁷.

Anche di recente, con riferimento alla controversia instaurata per il riconoscimento della revisione e dell'aggiornamento del prezzo del contratto relativo alla gestione del servizio di igiene ambientale comunale, la giurisprudenza amministrativa ha dichiarato la giurisdizione del giudice amministrativo *ex art. 6, comma 19, 1. n. 537/93, cit.*, all'uopo richiamando anche l'art. 244, comma 3, del Codice¹⁸.

2. Riparto soggettivo

Ovviamente, anche nella materia *de qua* la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo è estesa pure in relazione ai soggetti privati, tenuti all'osservanza delle procedure di evidenza pubblica per effetto della già citata eliminazione del riferimento, contenuto in precedenza nell'art. 6, L. n. 537/1993, alle sole « *amministrazioni*

¹⁷ Cfr., per tutte, Cass. civ., sez un., 11 maggio 2006 n. 10829.

¹⁸ T.A.R.Sicilia, Catania, 22 giugno 2007 n. 1092.

pubbliche di cui all'art. 1, comma 2, del D. lgs. 3 febbraio 1993, n. 29 e successive modificazioni e integrazioni »¹⁹.

3. Riparto oggettivo

3.1. Il riparto di giurisdizione in materia di “adeguamento dei prezzi” nei contratti di lavori pubblici.

Sempre il comma 3 dell’art. 244, cit., contempla, inoltre, la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di controversie « *relative ai provvedimenti applicativi dell’adeguamento dei prezzi ai sensi dell’art. 133 commi 3 e 4* ».

Tali commi riproducono, nella sostanza, la disciplina contenuta nell’art. 26, L. n. 109/1994 (come modificato dall’art. 1 comma 550, L. n. 311/2004), dando luogo a due distinte ipotesi di controversie, che si vanno ad analizzare nei paragrafi successivi.

3.2. Le controversie inerenti il cd. “prezzo chiuso” nei lavori pubblici.

Il comma 3 dell’art. 133 (già comma 4 dell’art. 26, L. 109/1994) stabilisce che per i lavori pubblici – in relazione ai quali il precedente comma 2 ribadisce l’impossibilità di procedere alla revisione dei prezzi e di applicare l’art. 1664 comma 1, cod. civ. – « *si applica il cd. “prezzo chiuso”, consistente nel prezzo dei lavori al netto del ribasso d’asta, aumentato di una percentuale da applicarsi, nel caso in cui la differenza tra il tasso di inflazione reale e il tasso di inflazione programmato nell’anno precedente sia superiore al 2 per cento, all’importo dei lavori ancora da eseguire per*

¹⁹

V. supra, Cap. III, A), 2.

ogni anno intero previsto per l'ultimazione dei lavori stessi. Tale percentuale è fissata, con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti da emanare entro il 30 giugno di ogni anno, nella misura eccedente la predetta percentuale del 2 per cento ».

Dal tenore letterale della norma sembrerebbe che, rispetto al procedimento di revisione del prezzo, tale nuovo meccanismo sia del tutto predeterminato, non lasciando spazi di discrezionalità alla pubblica amministrazione, che sarebbe vincolata alla sua applicazione, con conseguente configurabilità in capo agli interessati di una posizione di diritto soggettivo e non più di interesse legittimo (come si è sempre sostenuto, invece, in materia di procedimento per la revisione del prezzo).

Da ciò deriva, dunque, che – prima dell'entrata in vigore della norma attributiva della materia alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo – le controversie relative al sistema contemplato dal comma 4 dell'art. 26, L. 109/1994 dovevano proporsi davanti al giudice ordinario, non potendo applicarsi estensivamente la norma di cui al comma 19 dell'art. 6, L. n. 537/1993, attributiva della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nella specifica ipotesi della revisione prezzi nei contratti ad esecuzione periodica e continuativa.

Parimenti, dovevano essere proposte sempre al giudice ordinario le controversie in materia di revisione prezzi in relazione ai contratti di lavori pubblici, dal momento che, come affermato anche di recente dalle Sezioni Unite della Cassazione, *« in tema di appalti pubblici, per effetto dell'art. 3 del decreto legge 11 luglio 1992, n. 333, convertito con modificazioni dalla legge 8 agosto 1992, n. 359 che ha generalizzato l'esclusione, già prevista dall'art. 33 comma terzo, della legge 28 febbraio 1986, n. 41, della facoltà dell'Amministrazione committente di procedere alla revisione dei prezzi, e dell'art. 26 comma terzo, della legge 11 febbraio 1994, n. 109, che ha confermato l'inapplicabilità dell'art. 1664 primo comma, cod. civ., il divieto della revisione dei prezzi è divenuto un vero e proprio principio regolatore degli appalti pubblici, con la conseguenza che non è più configurabile, al riguardo, una posizione di interesse legittimo dell'appaltatore, ma si pone soltanto un problema di validità delle clausole contrattuali che, nel sopravvenuto regime, abbiano riconosciuto il diritto alla revisione.*

Spetta pertanto al giudice ordinario la giurisdizione in ordine alla domanda di riconoscimento della revisione dei prezzi proposta dall'appaltatore, non implicando detto accertamento un sindacato in ordine all'esercizio di poteri discrezionali dell'Amministrazione, e non essendo la controversia riconducibile alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo prevista dall'art. 33 del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, come modificato dall'art. 7 della legge 21 luglio 2000, n. 205, in quanto, indipendentemente dall'attinenza del rapporto ad un pubblico servizio, non è configurabile un'ipotesi di concessione »²⁰

Ora, tale principio sembrerebbe destinato a trovare ancora applicazione, sia pur irrazionalmente, nelle controversie in materia di revisione del prezzo dei contratti di lavori pubblici, dal momento che la nuova norma codicistica si riferisce (e non poteva essere altrimenti, essendo ormai vietata la revisione prezzi per le opere pubbliche) ai soli contratti di servizi e forniture, anche se nella richiamata sentenza m. 1092 del 2007, il T.A.R. Sicilia definisce sempre “revisione prezzi” il diverso meccanismo dell'adeguamento prezzi di cui all'art. 244, comma 3, del codice.

Al contrario, per quanto riguarda le controversie relative al meccanismo del cd. “prezzo chiuso”, non vi è dubbio che, alla luce della nuova formulazione dell'art. 244 comma 3, il legislatore, per quanto poc'anzi osservato, abbia voluto creare una nuova ipotesi di giurisdizione esclusiva del G.A.²¹.

3.3. Il riparto di giurisdizione in materia di “compensazioni” nel caso di variazioni del prezzo di materiali” eccedenti il 10 per cento del prezzo rilevato annualmente.

Il comma 4 dell'art. 133 (già comma 4 *bis* dell'art. 26, L. 109/94, introdotto dall'art. 1 comma 550, L. n. 311/2004), prevede che, in deroga al precedente comma, « *qualora il prezzo di singoli materiali da costruzione, per effetto di circostanze*

²⁰ Cass. civ., sez. un., ordinanza 5 aprile 2007 n. 8519, in *Urbanistica e appalti*, 8/2007, pag. 955 ss., con nota di G. DE MARZO.

²¹ *Contra* G. DE MARZO, in *Urbanistica e appalti*, 8/2007, pag. 958 ss.

eccezionali, subisca variazioni in aumento o in diminuzione, superiori al 10 per cento rispetto al prezzo rilevato dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti nell'anno di presentazione dell'offerta con il decreto di cui al comma 6 (già 4 quater, art. 26, cit.) si fa luogo a compensazioni, in aumento o in diminuzione, per la percentuale eccedente il 10 per cento e nel limite delle risorse di cui al comma 7 (già 4 sexies, art. 26, cit.) »

Il meccanismo cd. della “compensazione”, introdotto dalla legge finanziaria del 2005, è stato ritenuto – da alcuni – di natura vincolata (come quello precedentemente illustrato del cd. “prezzo chiuso”), con conseguente configurabilità, in capo agli interessati, di diritti soggettivi da farsi valere dinanzi al giudice ordinario; da altri, di natura discrezionale, dal momento che la valutazione e l’accertamento delle circostanze eccezionali spetterebbe comunque alla P.A. nell’esercizio dei suoi poteri autoritativi, con conseguente giurisdizione del giudice amministrativo.

Con la novella codicistica, invece, non vi sono più problemi di individuazione dell’ordine giurisdizionale competente, dovendo comunque sempre adirsi il giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva, a prescindere dalla posizione giuridica che viene in rilievo.

3.4. La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sul cd. “provvedimento applicativo” della revisione e dell’adeguamento del prezzo.

La innovativa previsione, contenuta nel terzo comma dell’art. 244 del Codice, di una giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo estesa anche ai “provvedimenti applicativi” della revisione e dell’adeguamento del prezzo, potrebbe avere una portata dirimpante sulla consolidata giurisprudenza, dapprima richiamata, che ha sempre utilizzato l’ordinario criterio di riparto della giurisdizione fra giudice ordinario e giudice amministrativo al fine di assegnare al primo le controversie relative al *quantum* della liquidazione della revisione del prezzo dell’appalto, in quanto involgenti diritti soggettivi patrimoniali in capo all’appaltatore; e al secondo quelle relative all’*an* di siffatta

revisione, rimessa al potere autoritativo dell'amministrazione, in relazione al quale la posizione dell'interessato non potrebbe che essere di interesse legittimo²².

Orbene, si è autorevolmente sostenuto come l'utilizzazione del termine "provvedimento applicativo", che formalmente si riconnette sempre all'attività autoritativa della P.A., precluda di ritenere la giurisdizione esclusiva del G.A. estesa anche a siffatte questioni meramente patrimoniali, tradizionalmente devolute dalla giurisprudenza alla cognizione del G.O.²³.

A sommo avviso di chi scrive, però, il riferimento esplicito anche ai relativi "provvedimenti applicativi", non può non ricomprendere – anche in considerazione della natura "esclusiva" della giurisdizione devoluta al G.A. e del noto principio di prevalenza della sostanza sulla forma – anche la stessa quantificazione della revisione o dell'adeguamento del prezzo, in tal modo attraendo in siffatta giurisdizione esclusiva anche le questioni meramente patrimoniali riferite alla revisione o all'adeguamento del prezzo, fino ad ora pacificamente devolute al giudice ordinario.

Resta, però, da verificare se una tale estensione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo non debordi dai limiti costituzionali tracciati dal Giudice delle leggi con la nota sentenza n. 204 del 6 luglio 2004 (cfr., *infra*, par. IV.2).

²² Cass. civ., sez. un., 11 maggio 2006 n. 10829.

²³ R. DE NICTOLIS, *op. cit.*, 315

CAPITOLO V

PROFILI DI INCOSTITUZIONALITÀ DELLE NORME SULLA GIURISDIZIONE NEL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

SOMMARIO: 1. Sulla violazione dell'art. 76 Cost. per eccesso di delega. — 2. Sulla violazione dell'art. 103 Cost. e dei principi di cui alla sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004.

1. Sulla violazione dell'art. 76 Cost. per eccesso di delega.

Nel parere del Consiglio di Stato n. 355 del 6 febbraio 2006, reso sullo Schema di decreto legislativo recante il "Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture", si era espressamente proposto che la norma contenuta nell'art. 244 fosse eliminata in quanto attinente all'ambito degli istituti e delle procedure di natura giurisdizionale e, quindi, fuori dall'ambito della delega contenuta nella legge 18 aprile 2005 n. 62.

Nella nota della Presidenza del Consiglio dei Ministri, prot. n. 355/06 del 17 gennaio 2006 recante trasmissione dello Schema in questione, si era, invece, affermato che tale norma si era limitata a riprodurre il contenuto della normativa vigente.

Se così fosse effettivamente, l'art. 244 rientrerebbe nell'ambito della delega dal momento che l'art. 25 della L. n. 62/2005 ha espressamente previsto alla lett. a) che la « *compilazione di un unico testo normativo recante le disposizioni legislative in materia di procedure di appalto disciplinate dalle due direttive* » avvenisse « *coordinando anche le altre disposizioni in vigore nel rispetto dei principi del Trattato istitutivo dell'Unione europea* »²⁴.

Come si vedrà, però, non sembra che l'art. 244, in particolare il terzo comma, si sia limitato ad una mera riproduzione delle norme già in vigore, risultando al contrario introdotta – sia pure nell'apprezzabile intento di “coerenza giurisdizionale” – una nuova

²⁴

materia di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo relativamente alla procedura di adeguamento prezzi.

Siffatta materia potrebbe, dunque, essere destinata a venir meno laddove venisse sollevata ed accolta una eventuale questione di legittimità costituzionale di tale norma per eccesso di delega, anche se in tal caso il legislatore potrebbe rimediare con l'emanazione di una apposita legge che recepisca le stesse norme del decreto legislativo ritenute incostituzionali, così come fece con l'art. 7 della legge n. 205 del 2000 per sanare gli effetti della sentenza n. 292 del 17 luglio 2000, la quale aveva dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 33, D. lgs. 31 marzo 1998 n. 80 per aver devoluto alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutta la materia dei pubblici servizi.

2. Sulla violazione dell'art. 103 Cost. e dei princìpi di cui alla sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004.

L'innovazione contenuta al terzo comma dell'art. 244, che devolve alla giurisdizione esclusiva del G.A. anche le controversie relative ai “provvedimenti applicativi” della revisione prezzi, pone il problema di accertare se le nuove ipotesi di giurisdizione esclusiva introdotte dal D. lgs. n. 163/2006 siano conformi all'art. 103 Cost. e ai princìpi enunciati dalla sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 6 luglio 2004, vale a dire se in esse, nonostante la configurabilità di diritti soggettivi, sia comunque individuabile l'attività autoritativa della pubblica amministrazione, che legittimerebbe la permanenza della giurisdizione amministrativa²⁵.

Per quanto riguarda la revisione prezzi, il problema può ritenersi superato grazie al consolidato principio giurisprudenziale, prima citato, che considera rientrante nell'attività autoritativa della P.A. la scelta sulla concessione, o meno, della revisione prezzi in favore dell'appaltatore, che rivestirebbe perciò una posizione di interesse legittimo; con la conseguenza che l'eventuale controversia sul *quantum* della revisione,

²⁵ Sulla sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004, sia consentito un rinvio a F. RAPONI, Osservazioni a caldo sulla sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 6 luglio 2004, in www.avvocatiamministrativisti.it

pur riguardando diritti soggettivi, sarebbe pur sempre collegata al momento autoritativo, come richiesto dalla sentenza n. 204, cit.

Degna di menzione, al riguardo, la sentenza del T.A.R. Puglia, Lecce, 4 maggio 2007 n. 1817, che ha precisato come siffatta ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, sostanzialmente confermata dall'art. 244 comma 3 del Codice, non può ritenersi incisa dall'intervento ampiamente manipolativo operato nella materia dei servizi pubblici dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 204/2004, dato che in tale decisione il Giudice delle leggi ha ritenuto, sia pur *incidenter tantum*, che anche la ipotesi di giurisdizione esclusiva *ex lege* 537/93 non appare confligente con alcun parametro costituzionale in quanto « *pur sempre limitata a specifiche controversie connotate non già da una generica rilevanza pubblicistica, bensì dall'intreccio di situazioni soggettive qualificabili come interessi legittimi e come diritti soggettivi* » (cfr. par. 3.1 della sentenza della Consulta).

Ed invero, il contrasto dell'art. 33 del D. lgs. n. 80/1998 con le norme costituzionali è stato individuato nella circostanza secondo cui questo attribuiva al G.A. la giurisdizione esclusiva per interi "blocchi di materie", mentre la norma in commento riguarda solo le specifiche questioni di revisione dei prezzi contrattuali nei contratti pubblici ed esecuzione continuata o periodica, onde non sussisterebbe il censurato contrasto con le norme costituzionali²⁶.

Al contrario, problemi di costituzionalità, per violazione dei limiti indicati dalla Corte costituzionale, potrebbero seriamente porsi laddove si ritenga che il meccanismo del cd. "prezzo chiuso" o della "compensazione" sia del tutto vincolato, senza lasciar spazio alla discrezionalità della pubblica amministrazione.

In tal caso, potrebbe forse giovare il ricorso alla distinzione, operata dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato nella sentenza n. 8 del 24 maggio 2007 con riferimento alle attività di tipo vincolato, tra quelle ascritte all'amministrazione per la tutela in via primaria dell'interesse del privato e quelle, viceversa, che la stessa

²⁶

In tal senso, T.A.R. Sicilia, Catania, 22 giugno 2007 n. 1092.

amministrazione è tenuta ad esercitare per la salvaguardia dell'interesse pubblico. Pertanto, potrebbe ritenersi legittima l'attribuzione al giudice amministrativo in via esclusiva della relativa materia soltanto laddove si ritenga che l'attività svolta dall'amministrazione appaltante al fine dell'adeguamento del prezzo dei lavori pubblici – ancorché a carattere vincolato – tuteli in via diretta l'interesse pubblico, altrimenti vi sarebbe realmente il rischio di una pronuncia di incostituzionalità parziale dell'art. 244 comma 3.

FABIO RAPONI

Tutti i diritti riservati. - Riproduzione riservata anche parziale.