

## CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 10 gennaio 2022 n. 171

### *Sulla struttura bifasica dell'attività negoziale della PA*

Nella tradizionale prospettiva bifasica che caratterizza la formazione dei contratti ad evidenza pubblica, le 'procedure di affidamento' strutturano (nella fase propriamente pubblicistica) peculiari procedimenti amministrativi, che esitano nella determinazione conclusiva, con cui viene disposta l'aggiudicazione a favore dell'offerta selezionata, cui segue – con la 'stipula del contratto' e la formale assunzione degli impegni negoziali – la fase esecutiva, che prefigura situazioni essenzialmente paritetiche, rimesse alla cognizione del giudice ordinario. La distinzione emerge, con particolare evidenza, dall'art. 30, co. 8, del d.lgs. n. 50/2016 dove si contrappongono: a) le 'procedure di affidamento' che, in quanto ricomprese, come specie nel genere, nelle 'attività amministrative' sono assoggettate alle disposizioni di ordine generale e paradigmatico, di cui alla l. n. 241/1990; b) la 'fase di esecuzione' che, in quanto attivata dalla 'stipula del contratto', evoca le regole del c.c.

### *Sul conseguenziale riparto di giurisdizione*

Secondo il pacifico orientamento delle SS.UU. della Corte di Cassazione, rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo ogni controversia relativa all'impugnazione dell'aggiudicazione della gara e degli atti del relativo procedimento antecedenti alla stipula del contratto di appalto, mentre, nella giurisdizione del giudice ordinario, i giudizi relativi alla successiva 'fase contrattuale', concernente l'esecuzione del rapporto (Cass. SS.UU. 3/5/2017, n. 10705; Cass. 21/5/2019 n. 13660).

In coerenza con la sentenza della Corte di Cassazione SS.UU. n. 23468 del 18/11/2016, le controversie insorte durante l'esecuzione del contratto rientrano, di regola, nella giurisdizione del giudice ordinario, tenuto conto della **condizione di parità tra le parti** e, dunque, della **natura di diritto soggettivo** che qualifica la posizione del contraente privato, a meno che l'amministrazione committente eserciti poteri autoritativi espressione di discrezionalità valutativa, a fronte dei quali la posizione soggettiva del privato si atteggia a interesse legittimo.

---

## TAR LAZIO – ROMA, SEZ. I bis – sentenza 18 luglio 2022 n. 10135

### *Sulla natura dei rapporti tra contraente e stazione appaltante*

Il **contratto di appalto, una volta stipulato**, ha **natura di atto negoziale**, retto dalle regole del **diritto civile**, in cui la pubblica amministrazione opera in **posizione di parità** con il contraente privato, pertanto, le posizioni soggettive delle parti dopo la stipulazione del contratto, inerenti all'esecuzione dello stesso, hanno, di regola, consistenza di diritti soggettivi, con conseguente giurisdizione del giudice ordinario.

---

## TAR SICILIA – PALERMO, SEZ. I – sentenza 21 luglio 2022 n. 2357

### *Sull'inapplicabilità alla procedura di gara del diritto sopravvenuto*

Le procedure di affidamento di contratti pubblici sono disciplinate dalla normativa vigente alla data di pubblicazione del bando e restano, perciò, insensibili allo *ius superveniens* giacché, diversamente, sarebbero sacrificati i valori della certezza e del buon andamento, insieme all'affidamento dei

concorrenti, i quali si vedrebbero esposti – senza potervi reagire – alla maturazione di esiti imprevedibili della gara, dovuti al mutamento delle regole in corso d’opera; in particolare, le procedure concorsuali restano soggette alla disciplina vigente al momento della loro indizione che, com’è noto, costituisce *lex specialis* del procedimento e in quanto tale, cristallizza le norme vigenti al momento iniziale del procedimento e, pertanto, sono insensibili alla normativa sopravvenuta a meno che questa non preveda espressamente una propria efficacia retroattiva.

---

**TAR MOLISE, SEZ. I – sentenza 7 aprile 2022 n. 103**

***Sul favor per l’adesione alle convenzioni Consip***

L’adesione alle convenzioni CONSIP consente di ottenere sia risparmi diretti, ottenibili in virtù del miglior prezzo offerto dalla convenzione quale risultato di una gara comunitaria ad evidenza pubblica, sia indiretti, consistenti nella riduzione dei costi per il potenziale contenzioso e nella riduzione dei tempi di avvio, espletamento e perfezionamento delle procedure di acquisto di beni e servizi. Con l’effetto che la scelta di aderire alla convenzione Consip, proprio perché la individuazione del miglior contraente avviene nel rispetto dei principi comunitari, non richiede da parte della amministrazione che se ne avvale una specifica motivazione dell’interesse pubblico che la sottende. La decisione di aderire ad una convenzione non necessita di specifico corredo motivazionale. Per le amministrazioni non statali vi è una facoltà implicitamente desumibile dalla norma senza che per questo incomba sulla stesse un obbligo di motivazione sul perché della scelta di avvalersi o di non avvalersi della convenzione.

***Sulla possibilità di procedere con strumenti diversi dalla convenzione Consip***

Secondo il Consiglio di Stato, SEZ. III, **sentenza 10 dicembre 2021, n. 8244**, le Amministrazioni, pur tenute per legge ad approvvigionarsi per il tramite di una Convenzione CONSIP, possono diversamente soddisfare le proprie esigenze acquisitive mediante l’impiego di strumenti contrattuali differenti dalla convenzione nazionale (nel caso di specie, il project financing) ove siano in grado di assicurare condizioni economiche maggiormente favorevoli per il soggetto pubblico.

---

**CONSIGLIO DI STATO, ADUNANZA PLENARIA – sentenza 26 aprile 2022 n. 7**

***Sulla struttura dell’attività negoziale della PA***

La disciplina del d.lgs. 1° aprile 2016, n. 50 è basata sulla distinzione tra: i) la fase procedimentale, finalizzata alla selezione del migliore offerente mediante l’adozione, all’esito del procedimento, del provvedimento di aggiudicazione; ii) la fase provvedimentale, che va dall’aggiudicazione alla stipulazione del contratto; iii) la fase costitutiva di stipulazione del contratto tra pubblica amministrazione e aggiudicatario; iv) la fase esecutiva di adempimento delle obbligazioni.

La “proposta di aggiudicazione” si inserisce nella fase procedimentale (art. 32, comma 5). Il legislatore ha attribuito autonomia all’istituto in esame, recependo le indicazioni fornite dal parere del Consiglio di Stato 1° aprile 2016, n. 855, che aveva ritenuto necessario superare i dubbi interpretativi sorti con riguardo all’istituto, elaborato in sede giurisprudenziale, dell’“**aggiudicazione provvisoria**” che era un atto infraprocedimentale, considerato, però, suscettibile, in via facoltativa, di immediata impugnazione, con onere di impugnazione anche dell’“aggiudicazione definitiva”.

---

**TAR LAZIO – LATINA, SEZ. I – sentenza 1° aprile 2022 n. 319**

***Sulla necessità della forma scritta (ad substantiam) dell'atto di transazione***

La volontà di obbligarsi da parte della P.A. non può desumersi da atti o fatti concludenti, dovendo, per converso, manifestarsi attraverso la forma scritta. Tale principio trova integrale applicazione anche con riferimento alle transazioni concluse dagli enti pubblici, le quali devono, **a pena di nullità**, assumere la suddetta **forma scritta**, in quanto prevale, sulla regola generale di cui all'art. 1967 c.c., che richiede, per tale tipo di contratto, detta forma solo “*ad probationem*”, **il principio, avente carattere di specialità, secondo il quale i contratti della P.A. richiedono la forma scritta “ad substantiam”**. E' necessaria, di norma, la previa adozione di apposita deliberazione amministrativa munita di motivazione puntuale circa la necessità e l'opportunità della transazione stessa, così da salvaguardare il fondamentale valore della certezza dei rapporti pubblicistici e scongiurare il rischio di inutili esborsi di denaro pubblico, se non addirittura di accordi illeciti.

---

**CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 04 maggio 2022 n. 3492**

***Sulla natura del bando e sulla vincolatività delle relative clausole***

L'avviso, al pari del bando di gara di una procedura di evidenza pubblica per l'affidamento di un contratto, è l'atto amministrativo generale con il quale sono fissate le regole al cui rispetto l'amministrazione precedente si vincola nella selezione del privato cui assegnare il finanziamento (come nella scelta del contraente in caso di procedura di gara); in tal senso, come noto, si dice che è *lex specialis* della procedura, che va ad integrare le disposizioni generali contenute in atti normativi.

***Sulla separazione tra politica e gestione in relazione agli atti di gara***

Gli atti che precedono l'avviso, se provengono da organi politici o che esprimono l'indirizzo politico – amministrativo dell'ente possono fornire indicazioni di massima circa i criteri e il metodo da seguire per la selezione dei progetti finanziabili (o, comunque, degli operatori meritevoli di essere supportati con finanziamenti pubblici), non dettano però essi le regole della procedura, né potrebbero farlo per **il principio di separazione tra attività di indirizzo politico e attività di gestione amministrativa**, tra la quale ultima rientra l'adozione degli atti di una procedura per l'erogazione di contributi pubblici.

Secondo consolidato orientamento, le regole contenute nel bando – ma stesso discorso vale per gli avvisi con cui è indetta una procedura per l'erogazione di contributi pubblici per l'identica natura giuridica – vincolano rigidamente l'operato dell'amministrazione precedente, la quale è obbligata alla loro applicazione senza alcun margine di discrezionalità per preservare i principi di affidamento e di parità di trattamento tra i concorrenti che sarebbero pregiudicati ove si consentisse di modificare le regole (o anche disapplicarle) a seconda delle varie condizioni dei partecipanti; per questa ragione si afferma anche che il **bando deve essere interpretato in termini strettamente letterali**.

***Sulla portata delle FAQ***

Quel che non prescrive l'avviso, non possono imporre le FAQ (*Frequently Asked Questions*) ovvero i chiarimenti resi dall'amministrazione precedente su richieste formulate dai soggetti interessati,

poiché esse possono solo precisare e meglio esprimere le previsioni della *lex specialis*, alla stregua di una sorta di interpretazione autentica, non di certo modificarne il contenuto.

---

#### **CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 13 giugno 2022 n. 4793**

##### ***Sulla vincolatività delle regole fissate nel bando***

Nel caso in cui, a seguito della disamina degli atti di gara, sia risultato del tutto pacifico che la Commissione, in relazione ad un determinato criterio di valutazione delle offerte, non abbia applicato la formula matematica espressamente prevista dalla *lex specialis*, ma una formula del tutto differente, la conseguente aggiudicazione deve ritenersi illegittima, in quanto disposta in aperta violazione della regola secondo cui le norme cristallizzate nel bando di gara, vincolano rigidamente l'operato dell'Amministrazione e della commissione, che non può disapplicare, integrare o modificare le disposizioni di un bando; e ciò a maggior ragione nel caso in cui la differente formula matematica effettivamente utilizzata dalla Commissione, non sia preventivamente conosciuta dai concorrenti.

---

#### **CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 9 giugno 2022 n. 4731**

##### ***Sui criteri di interpretazione degli atti di gara***

Ai fini dell'interpretazione della *lex specialis*, trovano applicazione le norme in materia di interpretazione dei contratti. L'art. 1362, comma 1, cod. civ. impone di ricercare la "comune intenzione delle parti" senza limitarsi al senso letterale delle parole; il significato letterale costituisce criterio prioritario dell'operazione interpretativa cui vanno affiancati gli altri criteri – tra cui, in particolare, il criterio logico-sistematico di cui all'art. 1363 cod. civ. – se il testo dell'accordo era chiaro ma incoerente con altri indici rivelatori di una diversa volontà dei contraenti.

Aggiungendo, peraltro, che qualora il criterio letterale risulti sufficiente a dire il risultato che le parti intendevano conseguire, l'operazione ermeneutica deve ritenersi utilmente, quanto definitivamente, conclusa (cfr. Cass. civ, sez. 3, 11 marzo 2014, n. 5595).

La giurisprudenza ha poi enucleato un autonomo criterio interpretativo (che si vuole di derivazione euro – unitaria) della *lex specialis*: il criterio del ***favor participationis***, per il quale a fronte di più possibili interpretazioni di una clausola contenute in un bando o in un disciplinare di gara, va sempre preferita la scelta ermeneutica che consenta la più ampia partecipazione dei concorrenti.

---

#### **CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 17 dicembre 2020 n. 8101**

##### ***Sulla funzione del capitolato di appalto***

La funzione principale del **capitolato speciale d'appalto** è quella di definire i **contenuti del futuro rapporto contrattuale**, mentre, **nella prodromica procedura di affidamento, svolge invece il ruolo di fonte integratrice delle regole di gara rispetto al bando e al disciplinare, senza alcuna portata modificatrice di questi ultimi.**

---

**CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 30 agosto 2022 n. 7573**

***Sulla gerarchia tra gli atti indittivi della gara***

1. E' legittima l'aggiudicazione di una gara, avente ad oggetto il servizio di manutenzione del verde pubblico in ambito urbano, disposta in favore di una ditta risultata priva del requisito della iscrizione all'Albo nazionale dei gestori ambientali, nel caso in cui tale requisito non sia espressamente richiesto e/o previsto nelle condizioni di partecipazione del bando, bensì solo genericamente indicato dal disciplinare di gara; nel caso di antinomia tra bando e disciplinare di gara, la stessa deve essere risolta a favore del primo, in quanto concretante la specifica ed affidante *lex specialis* della procedura.

2. In tema di partecipazione alle gare di appalto e, in particolare, di prescrizioni contenute negli atti di indizione delle procedura di evidenza pubblica, sussiste una gerarchia differenziata all'interno della complessiva documentazione di gara, che – con specifico riguardo alla risoluzione di concreti contrasti interni tra le varie disposizioni della *lex specialis* – impone di dare la prevalenza alle previsioni del bando, laddove le disposizioni del capitolato (o del disciplinare) possono soltanto integrare, ma non modificare le prime.

---

**TAR PUGLIA – BARI, SEZ. III – sentenza 20 luglio 2022 n. 1086**

***Sulla non vincolatività dello schema di domanda allegato al bando***

Nelle gare pubbliche lo schema (modello) di domanda allegato al bando non costituisce parte integrante della *lex specialis*; esso costituisce uno strumento predisposto dall'Amministrazione per facilitare la partecipazione alla gara anche ai fini delle informazioni utili alla disamina delle istanze.

---

**CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III – sentenza 5 luglio 2022 n. 5589**

***Sulla differenza tra annullamento e revoca della gara***

In tema di gare per l'affidamento di pubblici appalti, e, in particolare, di aggiudicazione, va qualificato come annullamento in autotutela, e non come revoca della medesima aggiudicazione, un provvedimento con il quale la P.A. appaltante ha posto nel nulla l'atto di individuazione e nomina della ditta risultata prima in graduatoria, che sia motivato con riferimento ad un profilo genetico di illegittimità del provvedimento di aggiudicazione, ancorché accertato successivamente alla stipula del contratto: id est il difetto, in capo al concorrente vittorioso, di un requisito di partecipazione.

---

**TAR CAMPANIA – NAPOLI, SEZ. VIII – sentenza 10 febbraio 2022 n. 891**

***Sulla natura, sui presupposti e sui limiti della proroga tecnica***

La differenza tra **rinnovo** e **proroga** sta nel fatto che il primo comporta una nuova negoziazione con il medesimo soggetto, che può concludersi con l'integrale conferma delle precedenti condizioni o con

la modifica di alcune di esse in quanto non più attuali; la seconda ha invece come solo effetto il differimento del termine finale del rapporto, il quale rimane per il resto regolato dall'atto originario.

Le proroghe sono consentite se già previste ab origine e comunque entro termini determinati, mentre, una volta che il contratto scada e si proceda ad una proroga non prevista originariamente, o oltre i limiti temporali consentiti, la proroga deve essere equiparata ad un affidamento senza gara.

La proroga, nella sua accezione tecnica, ha carattere di temporaneità e di strumento atto esclusivamente ad assicurare il passaggio da un regime contrattuale ad un altro; una volta scaduto un contratto, quindi, l'amministrazione, qualora abbia ancora necessità di avvalersi dello stesso tipo di prestazione, deve effettuare una nuova gara; quindi "è teorizzabile ancorandola al principio di continuità dell'azione amministrativa nei soli limitati ed eccezionali casi in cui (per ragioni obiettivamente non dipendenti dall'Amministrazione) vi sia l'effettiva necessità di assicurare precariamente il servizio nelle more del reperimento di un nuovo contraente" (Tar Campania, Napoli, sez. V, sent. 6435/2021).

Alla luce della giurisprudenza in materia, una legittima proroga può intervenire antecedentemente alla scadenza del contratto, per una sola volta, e limitatamente al periodo necessario per l'indizione e la conclusione della necessaria procedura ad evidenza pubblica ... da programarsi con congruo anticipo in previsione della già stabilita cessazione del periodo di efficacia del contratto non costituente circostanza imprevedibile ed eccezionale. (si veda delibera ANAC n. 576 del 28 luglio 2021).

---

#### **CORTE COSTITUZIONALE – sentenza 27 maggio 2020 n. 98**

##### ***Sull'incostituzionalità di una legge regionale che prevede una riserva a favore delle imprese con sede nel territorio regionale***

Va dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 10, comma 4, della legge Regione Toscana 16 aprile 2019, n. 18, il quale (nel riservare la partecipazione alle gare, per una quota non superiore al 50 per cento, «alle micro, piccole e medie imprese con sede legale e operativa nel territorio regionale») comporta una limitazione della concorrenza che non è giustificata da alcuna ragione.

---

#### **T.A.R. CAMPANIA, SALERNO, SEZ. I, sentenza 24 marzo 2022, n. 802**

##### ***Sull'inapplicabilità del diritto di prelazione per contrasto con la norma comunitaria***

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea, con la sentenza del 19 dicembre 2019 (causa C-465/2018), ha ritenuto in contrasto con l'ordinamento euro-unitario l'art. 12, comma 2, della legge n. 362/1991.

Secondo la Corte, il diritto di prelazione incondizionato concesso ai farmacisti dipendenti di una farmacia comunale, in caso di trasferimento della titolarità della stessa, comprime la libertà di stabilimento in quanto è idoneo a dissuadere i farmacisti di altri Stati membri dalla partecipazione alla relativa procedura di gara, in ragione della potestà del prelatario di conseguire l'oggetto della procedura semplicemente allineandosi all'offerta da altri formulata.

Il diritto di prelazione incondizionato a favore dei farmacisti dipendenti costituisce una restrizione della libertà di stabilimento, senza perseguire un superiore interesse generale, come la tutela della salute, anche in termini di maggiore professionalità nell'erogazione del servizio farmaceutico.

Di conseguenza tale disposizione, in quanto riconosciuta contrastante con il diritto euro-unitario, non risulta più applicabile in ragione della prevalenza della pronuncia della Corte di Giustizia sul diritto nazionale incompatibile.

---

## CONSIGLIO DI STATO, SEZ. IV – sentenza 22 marzo 2021 n. 2426

### *Sulla distinzione tra appalto e concessione*

In termini generali, il rapporto di concessione di pubblico servizio si distingue dall'appalto di servizi proprio per **l'assunzione, da parte del concessionario, del rischio di domanda.**

L'**appalto ha struttura bifasica** tra appaltante ed appaltatore ed il compenso di quest'ultimo grava interamente sull'appaltante, **nella concessione, connotata da dimensione triadica**, il concessionario ha rapporti negoziali diretti con l'utenza, dalla cui richiesta di servizi trae la propria remunerazione.

---

## CORTE DI CASSAZIONE, SEZ. UNITE CIVILI – sentenza 25 marzo 2022 n. 9775

### *Sulla concessione-contratto e sulla natura civilistica delle penali ivi previste*

La **fattispecie complessa**, conosciuta come “concessione-contratto”, trova configurazione nella “convergenza di un negozio unilaterale ed autoritativo (atto deliberativo) della Pubblica Amministrazione, e di una convenzione attuativa (contratto, capitolato o disciplinare) e quindi, di un rapporto contrattuale bilaterale fonte di obblighi e diritti reciproci dell'ente concedente e del privato concessionario”, senza che ciò valga comunque “ad immutare la natura ontologicamente concessoria della fattispecie” (così Cass., S.U., 19 febbraio 1999, n. 79).

Si è precisato che la figura della concessione-contratto “è caratterizzata dalla **contemporanea presenza di elementi pubblicistici e privatistici**, per effetto della quale ... un soggetto privato può divenire titolare di prerogative pubblicistiche, mentre l'Amministrazione viene a trovarsi in una posizione particolare e privilegiata rispetto all'altra parte, in quanto dispone, oltre che dei pubblici poteri che derivano direttamente dalla necessità di assicurare il pubblico interesse in quel particolare settore al quale inerisce la concessione, anche dei diritti e delle facoltà che nascono comunemente dal contratto, tra i quali può essere previsto anche quello di esigere dalla controparte il pagamento di una penale in caso l'inadempimento degli obblighi posti a suo carico”.

La previsione di clausole penali nell'ambito di tale complesso rapporto è stata ammessa dalla stessa giurisprudenza, pur rimarcandosi le “peculiarità originate dall'inerenza all'esercizio di pubblici poteri”, tali da non comportare di per sé la diretta applicazione delle norme del codice civile in tema di obbligazioni e contratti, bensì dei relativi principi in termini di compatibilità con la persistenza ed immanenza del potere pubblico, pur sempre radicato nel provvedimento concessorio fondativo del rapporto tra l'amministrazione e il concessionario, rispetto al quale la convenzione (il contratto) si presenta come strumento ausiliario, idoneo alla regolazione di aspetti patrimoniali del rapporto.

---

**TAR TOSCANA, SEZ. I – sentenza 25 febbraio 2022 n. 228**

***Sulla modifica del contratto per sopravvenienze***

E' legittimo il provvedimento con il quale la P.A., prima della stipula del contratto di appalto (nella specie, si trattava di un contratto di concessione del servizio di trasporto pubblico), al fine di garantire l'equilibrio del sinallagma contrattuale ed il sotteso pubblico interesse, ha variato talune condizioni del futuro accordo negoziale, effettuando alcuni adeguamenti economici per coprire l'aumento del costo della materie prime e i cali di introito derivanti della situazione emergenziale dovuta alla pandemia da Covid 19, a nulla rilevando che tali sopravvenienze e le conseguenti variazioni siano intervenute nella fase tra l'aggiudicazione e la stipula del contratto. Il principio di immodificabilità del contratto non ha carattere assoluto, da ciò discende che, ad esclusione dei casi di illegittimo estendimento dell'appalto, in modo considerevole, ad elementi non previsti, di alterazione dell'equilibrio economico contrattuale in favore dell'aggiudicatario e di rimessione in discussione dell'aggiudicazione dell'appalto, è legittimo l'utilizzo, da parte della P.A., di rimedi volti a ricalibrare il rapporto, qualora siano intervenuti fatti obiettivi che alterino in misura significativa **l'equilibrio fissato dal piano economico finanziario**, fra i quali è espressamente contemplata la revisione del contratto (art. 165 comma 6 D.lgs. n. 50/2016).

---

**TAR CALABRIA – CATANZARO, SEZ. I – sentenza 14 marzo 2022 n. 452**

***Sulla revisione della concessione in caso di documentato calo del fatturato durante la pandemia***

E' illegittimo il diniego opposto da una Asl, in ordine all'istanza presentata dalla ditta risultata aggiudicataria e/o concessionaria del servizio di somministrazione di bevande calde, fredde, snack ed altri generi alimentari, mediante l'installazione di distributori automatici tendente ad ottenere, in ragione dell'improvviso calo del fatturato, in attuazione dell'art. 28-bis D.L. 34/2020, conv. in L. n. 77/2020, rubricato "Disposizioni in materia di concessioni per servizio di ristoro tramite distributori automatici", la revisione delle condizioni economiche della concessione, che sia motivato con esclusivo riferimento alla necessità del preventivo adempimento delle obbligazioni pecuniarie non onorate dal concessionario; l'art. 28-bis D.L. n. 34/2020, conv. in L. n. 77/2020, dispone che, in presenza di un calo del fatturato registrato dal concessionario per i singoli mesi interessati dall'emergenza epidemiologica da Covid-19 superiore al 33%, le amministrazioni concedenti attivino la procedura di revisione del piano economico finanziario in relazione al solo periodo interessato dalla citata emergenza, non rilevano dunque altri profili del rapporto contrattuale.

---

**CONSIGLIO DI STATO, ADUNANZA PLENARIA – sentenza 9 novembre 2021 nn. 17 e 18**

***Sulla disapplicazione della legge nazionale sulla proroga automatica delle concessioni demaniali***

1. Le norme legislative nazionali che hanno disposto (e che in futuro dovessero ancora disporre) la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative – compresa la moratoria introdotta in correlazione con l'emergenza epidemiologica da Covid-19 dall'art. 182, comma 2, d.l. n. 34/2020, convertito in legge n. 77/2020 – sono in contrasto con il diritto eurounitario,

segnatamente con l'art. 49 TFUE e con l'art. 12 della direttiva 2006/123/CE. Tali norme, pertanto, non devono essere applicate né dai giudici né dalla pubblica amministrazione.

2. Ancorché siano intervenuti atti di proroga rilasciati dalla P.A. (e anche nei casi in cui tali siano stati rilasciati in seguito a un giudicato favorevole o abbiamo comunque formato oggetto di un giudicato favorevole) deve escludersi la sussistenza di un diritto alla prosecuzione del rapporto in capo gli attuali concessionari. Non vengono al riguardo in rilievo i poteri di autotutela decisoria della P.A. in quanto l'effetto di cui si discute è direttamente disposto dalla legge, che ha nella sostanza legificato i provvedimenti di concessione prorogandone i termini di durata. La non applicazione della legge implica, quindi, che gli effetti da essa prodotti sulle concessioni già rilasciate debbano parimenti ritenersi *tamquam non esset*, senza che rilevi la presenza o meno di un atto dichiarativo dell'effetto legale di proroga adottato dalla P.A. o l'esistenza di un giudicato. Venendo in rilievo un rapporto di durata, infatti, anche il giudicato è comunque esposto all'incidenza delle sopravvenienze e non attribuisce un diritto alla continuazione del rapporto.

3. Al fine di evitare il significativo impatto socio-economico che deriverebbe da una decadenza immediata e generalizzata di tutte le concessioni in essere, di tener conto dei tempi tecnici perché le amministrazioni predispongano le procedure di gara richieste e, altresì, nell'auspicio che il legislatore intervenga a riordinare la materia in conformità ai principi di derivazione europea, le concessioni demaniali per finalità turistico-ricreative già in essere continuano ad essere efficaci sino al 31 dicembre 2023, fermo restando che, oltre tale data, anche in assenza di una disciplina legislativa, esse cesseranno di produrre effetti, nonostante qualsiasi eventuale ulteriore proroga legislativa che dovesse nel frattempo intervenire, la quale andrebbe considerata senza effetto perché in contrasto con le norme dell'ordinamento dell'U.E.

---

**TAR CAMPANIA – SALERNO, SEZ. II – sentenza 27 maggio 2020 n. 590**

***Sulla necessità della procedura selettiva per la concessione di un bene pubblico***

In forza dei principi euro-unitari di trasparenza, non discriminazione e parità di trattamento (e segnatamente, dell'art. 12 della direttiva 2006/123/CE, c.d. direttiva Bolkestein, recepita nel d.lgs. n. 59/2010), oltre che in forza dell'art. 3 del r.d. n. 2440/1923, anche l'affidamento in concessione di un bene pubblico deve essere indeclinabilmente preceduto da un'apposita gara, in ragione dello statuto proprietario pubblico, nonché della natura di risorsa quantitativamente limitata e, nel contempo, economicamente contendibile, rivestiti dal bene medesimo.

---

**CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III – sentenza 28 dicembre 2020 n. 8359**

***Sulla determinazione dell'importo a base d'asta***

Anche se l'Amministrazione appaltante dispone di ampia discrezionalità nella determinazione della base d'asta, quest'ultima deve essere credibile, non basata su stime irrealistiche e disancorate dai reali valori di mercato, non deve ignorare listini e prezzari, eventuali rilevazioni statistiche e ogni altro elemento di conoscenza, e, con particolare riguardo al costo del lavoro, il valore economico deve essere adeguato e sufficiente.

## **TAR PUGLIA – LECCE, SEZ. II – sentenza 26 gennaio 2022 n. 137**

### ***Sul concetto di lotto funzionale***

1. Ai sensi delle disposizioni richiamate dall'art. 51 D. Lgs. n. 50/2016, si intende per “lotto funzionale”, uno specifico oggetto di appalto da aggiudicare anche con separata ed autonoma procedura, ovvero parti di un lavoro o servizio generale la cui progettazione e realizzazione sia tale da assicurarne funzionalità, fruibilità e fattibilità, indipendentemente dalla realizzazione delle altre parti, e per “lotto prestazionale”, uno specifico oggetto di appalto da aggiudicare anche con separata ed autonoma procedura, definito su base qualitativa, in conformità alle varie categorie e specializzazioni presenti o in conformità alle diverse fasi successive del progetto.

2. La scelta della stazione appaltante circa la suddivisione in lotti di un appalto pubblico, costituisce una decisione normalmente ancorata, nei limiti previsti dall'ordinamento, a valutazioni di carattere tecnico-economico; in tali ambiti, il concreto esercizio del potere discrezionale dell'Amministrazione deve essere funzionalmente coerente con il bilanciato complesso degli interessi pubblici e privati coinvolti dal procedimento di appalto; il potere medesimo resta delimitato, oltre che da specifiche norme del codice dei contratti, anche dai principi di proporzionalità e di ragionevolezza.

### ***Sull'obbligo di motivazione per la mancata suddivisione in lotti***

3. La mancanza di motivazione in ordine alla omissione della suddivisione dell'appalto in lotti si pone in contrasto con la chiara disposizione dell'art. 51 del D. Lgs. n. 50/2016, di derivazione eurounitaria.

---

## **CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V – sentenza 5 aprile 2022 n. 2517**

### ***Sulla necessità della divisione in lotti in caso di prestazioni non omogenee e sulla necessità della motivazione in caso di mancata suddivisione in lotti***

In forza di quanto previsto dagli artt. 51, comma 1 e 83, d. lgs. n. 50 del 2016, nell'affidamento di servizi eterogeni tra loro, le stazioni appaltanti devono procedere a gare separate, ovvero ad un'unica gara suddivisa in più lotti funzionali o prestazionali, conformemente al settore di lavori, servizi e forniture richiesti, al fine di garantire un adeguato livello di concorrenza, soprattutto tra piccole e medie imprese, che diversamente si vedrebbero estromesse in caso di accorpamento di prestazioni disomogenee, specie laddove i servizi posti a gara, come nell'ipotesi di specie, richiedano requisiti di capacità tecnico professionali tra loro distinti. In materia di appalti pubblici vi è pertanto, come noto, la preferenza per la suddivisione in lotti, in quanto diretta a favorire la partecipazione alle gare delle piccole e medie imprese; tale principio come recepito all'art. 51, D. Lgs. n. 50/2016, non costituisce una regola inderogabile, in quanto la norma consente alla stazione appaltante di derogarvi per giustificati motivi, che devono però essere puntualmente espressi nel bando o nella lettera di invito, proprio perché il precetto della ripartizione in lotti è funzionale alla tutela della concorrenza. L'adozione dell'opzione del lotto unico risulta ragionevole in particolare laddove la scelta sia adeguatamente motivata e la commessa interessi servizi omogenei.