

La quinta sezione del Consiglio di Stato, con sentenza n. 6824 del 12 luglio 2023, ha osservato che i contratti aventi ad oggetto la locazione di terreni, fabbricati esistenti o altri beni immobili sono ricompresi nel novero delle “esclusioni specifiche” dal Codice dei contratti pubblici (in tal senso, l’art. 17, comma 1, lett. a), D.L.vo 18 aprile 2016, n. 50, il quale peraltro, sotto il profilo in questione, ripete la regola già scolpita dall’art. 19, comma 1, lett. a), D.L.vo 12 aprile 2006, n. 163; nello stesso senso, ora l’art. 56, comma 1, lett. e), D.L.vo 31 marzo 2023, n. 36). L’esenzione, è noto, recepisce de plano la previsione dell’art. 10 della direttiva 2014/24/UE, dell’art. 21 della direttiva 2014/25/UE e dell’art. 10, § 8 della direttiva 2014/23/UE, che traggono alimento, in ragione della tipica localizzazione spaziale propria dei beni “immobili”, dalla postula insussistenza di un rilevante interesse transfrontaliero.

La norma consegna all’interprete tre indicazioni:

a) la “locazione [...] di beni immobili” stipulata da soggetti pubblici od equiparati (come, per profili diversi e qui non rilevanti, il relativo “acquisto”) rientra – nella prospettiva europea, non meno che in quella nazionale “di recepimento” – nel comprensivo genus degli “appalti” (o anche, secondo i casi, delle “concessioni”) “di servizi”, nel cui ambito è qualificato dal relativo “oggetto”: genus che, come è noto, è in generale più ampio (in quanto residualmente contrapposto ai contratti aventi ad oggetto lavori o forniture) di quello prefigurato dalla disciplina del codice civile, che pure resta applicabile al relativo schema negoziale;

b) la sancita inapplicabilità, ai fini della relativa stipula, delle “disposizioni del [...] codice” non costituisce, con ciò, un mero corollario della tipologia o della natura del contratto (ovvero del suo specifico oggetto o della sua tipica causa), ma è (semplicemente) il frutto di una espressa (e “specificata”) esclusione positiva;

c) per tal via, non si tratta (per riprendere la acquisita terminologia a suo tempo elaborata da Cons. Stato, Ad. Plen., 1° agosto 2011, n. 16) di contratto “estraneo”, ma (solo) di uno dei “contratti [...] esclusi [...] dall’ambito di applicazione oggettiva del [...] codice”, per i quali l’art. 4, D.L.vo n. 50/2016 (ed ora, con più chiara ma non divergente tassonomia, l’art. 13, comma 5, D.L.vo n. 36/2023) impone, in ogni caso, il rispetto dei “principi” (di matrice così interna come eurocomune) che ispirano e conformano – nella prospettiva del buon andamento (in termini di economicità, efficacia, efficienza ed orientamento al risultato) e della imparzialità (in termini di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità e pubblicità) – l’azione dei soggetti pubblici (arg. etiam ex art. 97 Cost. e art. 1, L. 7 agosto 1990, n. 241).

Ne discende, già a questo livello di esegesi, che – per quanto l’individuazione e la selezione del contraente sia sottratta alla puntuale e cadenzata disciplina, formali e sostanziali, delle ordinarie procedure evidenziali (complessivamente evocate, ai fini del riparto di giurisdizione in ordine alle relative controversie, dall’art. 133, comma 1, lett. e), n. 1, D.L.vo 2 luglio 2010, n. 104, con il richiamo alla “normativa comunitaria” ovvero alle specifiche previsioni “della normativa statale o regionale”) – la relativa attività negoziale non è affatto libera e deformalizzata come quella che connota, sul piano del fatto, i rapporti interpretati, essendo, per l’appunto, assoggettata a vincoli di diritto, non disponibili, di ordine teleologico (che impongono una congrua motivazione delle scelte, quanto alla relativa convenienza sia economica che funzionale) e di ordine procedimentale (sollecitati dal dovere di rendere pubblica l’iniziativa negoziale e trasparente il comportamento prenegoziale, al fine di garantire un accesso paritario e non discriminatorio dei potenziali interessati alla commessa). Se ne trae, del resto, decisiva e positiva conferma dalla previsione (non a caso sottratta alle abrogazioni disposte dall’art. 256, D.L.vo n. 50/2016 e che trova, come tale, applicazione per tutti i contratti non rientranti, nel senso chiarito, nell’ambito oggettivo del codice) dell’art. 3, R.D. 18 novembre 2023, n. 2440 (che, a sua volta, informa la contrattualità degli altri enti pubblici: cfr., ad esempio, l’art. 192, D.L.vo 18 agosto 2000, n. 267, relativo agli enti locali), il quale, al comma 2, sancisce che “i contratti dai quali derivi una spesa” (cc.dd. contratti passivi, tra cui rientra quello oggetto della presente controversia) “debbono essere preceduti da gare”: siffatto obbligo (non si tratta, perciò, di una mera facoltà

ovvero del frutto di una opzione di semplice e non imposto autovincolo) legittima bensì un “giudizio discrezionale dell’amministrazione”, ma solo relativamente alla scelta delle sue concrete modalità operative (che – prospettando, in via di principio, l’alternativa tra “pubblico incanto” e “licitazione privata” – confermano, tra l’altro, la residualità ed eccezionalità della forma liminare della semplice trattativa privata). L’impostazione marcatamente contabilistica che fonda ed ispira (nella tradizionale prospettiva della salvaguardia e massimizzazione dell’interesse pubblico) tale opzione normativa non è, come è noto, venuta meno con l’affermazione dei principi costituzionali ed eurocomuni: i quali, semmai, integrano e corroborano (nella convergente prospettiva della garanzia di un accesso non disparitario e misuratamente concorrenziale alle risorse collettive) le peculiarità evidenziali dell’attività negoziale dei soggetti pubblici. Ed è appena il caso di soggiungere che l’attività che (necessariamente) precede e (positivamente) conferma, nel senso considerato, le modalità di selezione del contraente e l’affidamento del contratto esibisce, di là dal suo tratto semplificato e per più rispetti deformalizzato, i tratti pubblicistici dell’attività amministrativa (l’art. 3, comma 2 cit. ne suona mera conferma, laddove fa parola di “gare” e ne evoca, come si ripete, le modalità aperte o ristrette tra le quali l’amministrazione è abilitata a scegliere, secondo le circostanze).

A questo punto, è bensì lecito dubitare che le relative controversie (beninteso, relativamente alle “procedure di affidamento” ed agli altri profili riguardanti “attività amministrative”: arg. ex art. 30, comma 8, D.L.vo n. 50/2016, ed ora ex art. 12, comma 1, lett. a), D.L.vo n. 36/2023) rientrino nell’ambito dell’art. 133, comma 1, lett. e), n. 1 c.p.a., che prefigura una ipotesi, di stretta interpretazione, di giurisdizione esclusiva: ma – in ogni caso – è arduo sottrarre alla giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo una attività correlata all’operato di soggetti “comunque tenuti al rispetto dei principi del procedimento amministrativo” (art. 7, comma 2, c.p.a.).

Riferimenti Normativi:

- art. 97 Cost.
- art. 1, L. 7 agosto 1990, n. 241
- art. 17, D.L.vo 18 aprile 2016, n. 50
- art. 56, D.L.vo 31 marzo 2023, n. 36
- art. 133 c.p.a.