



UNIVERSITA DEGLI STUDI SI SALERNO
**DIPARTIMENTO DI DIRITTO DEI RAPPORTI CIVILI
ED ECONOMICI NEI SISTEMI GIURIDICI CONTEMPORANEI**

DOTTORATO DI RICERCA

**Comparazione e diritti della persona
IX ciclo nuova serie**

TESI DI DOTTORATO

SOPRAVVENIENZE E CONTRATTO DI APPALTO.

**Coordinatore
Ch.mo Prof. Pasquale Stanzone**

**Dottoranda
Antonella**

**Esposito
Tutor
Prof. Bruno Meoli**

Anno accademico 2009 - 2010

SOPRAVVENIENZE E CONTRATTO DI APPALTO

Introduzione ***pag. 4***

- a. Ragioni della ricerca e metodo di indagine
- b. Il duplice volto della Pubblica Amministrazione nei rapporti contrattuali
- c. Evoluzione del contratto di appalto

CAP. 1 Attività contrattuale della Pubblica Amministrazione ***pag. 18***

- 1.1. La capacità giuridica della PA
- 1.2. L'autonomia contrattuale
- 1.3. Le procedure di scelta del contraente
- 1.4. Dall'aggiudicazione alla stipula del contratto
- 1.5. Tra vecchi e nuovi divieti di contrarre con la Pa
- 1.6. La tutela ante causam

CAP. 2 Le sopravvenienze ***pag. 47***

- 2.1. L'incidenza delle sopravvenienze contrattuali.
- 2.2. L'impossibilità totale e parziale della prestazione.
- 2.3. L'eccessiva onerosità sopravvenuta e il contratto aleatorio.
- 2.4. La presupposizione.
- 2.5. La rinegoziazione dei contratti pubblici.

CAP. 3 Le vicende modificative nella gestione del contratto ***pag. 60***

- 3.1. Esecuzione e gestione del contratto di appalto
- 3.2. Le vicende modificative soggettive
 - 3.2.1. La incedibilità dei contratti pubblici
 - 3.2.2. La cessione d'azienda
 - 3.2.3. L'affitto di azienda
 - 3.2.4. Il subappalto
- 3.3. Le vicende modificative contrattuali
 - 3.3.1. Le varianti in corso d'opera

- 3.3.2. La c.d. sorpresa geologica
- 3.3.3. Il procedimento di autorizzazioni delle varianti
- 3.3.4. Le variazioni arbitrarie dell'appaltatore

CAP. 4 Lo scioglimento del contratto *pag. 93*

- 4.1. La morte dell'appaltatore
- 4.2. Il fallimento dell'appaltatore
- 4.3. Il recesso
- 4.4. La risoluzione del contratto
- 4.5. La revoca del bando e la responsabilità precontrattuale

CAP. 5 Il venir meno dell'aggiudicazione **pag.106**

- 5.1. I poteri di riesame della Pubblica amministrazione
- 5.2. La revoca dell'aggiudicazione
 - 5.2.1. La responsabilità della stazione appaltante
- 5.3. L'annullamento dell'aggiudicazione e il diritto al risarcimento
 - 5.3.1. Le teorie sulla sorte del contratto in seguito all'annullamento dell'aggiudicazione
- 5.4. Implicazioni sulla competenza giurisdizionale in seguito all'annullamento dell'aggiudicazione
- 5.5. La nuova disciplina dell'inefficacia del contratto e prime applicazioni
- 5.6. Il rapporto tra annullamento dell'aggiudicazione e contratto nell'esperienza europea
- 5.7. Le prospettive evolutive a seguito della direttiva ricorsi 2007/66/CE

Conclusioni

Bibliografia

Introduzione

a. Ragione della ricerca e metodo di indagine

Lo studio delle vicende modificative del rapporto obbligatorio e, più in generale, del contratto, ha da sempre interessato la dottrina civilistica ed amministrativa, unite nello sforzo teso alla ricostruzione delle differenti fattispecie. La disciplina dettata dal codice civile deve essere analizzata anche alla luce delle speciali disposizioni dettate in ipotesi di rapporti contrattuali instaurati tra un soggetto privato ed una pubblica amministrazione ovvero, in senso ampio, un organismo di diritto pubblico.

Il contratto, costituendo, dal punto di vista strutturale, l'espressione di un accordo intervenuto tra almeno due soggetti, da cui risulta un determinato regolamento dei rispettivi interessi, è la figura giuridica costantemente presente nell'area dello strumentario a disposizione delle pubbliche amministrazioni per il perseguimento dei loro fini istituzionale¹, cioè la cura degli interessi pubblici, a prescindere dall'esistenza, nei singoli ordinamenti, di un settore del diritto specificamente destinato a regolare l'azione delle amministrazioni stesse secondo principi e norme diversi da quelli applicati ai rapporti interprivati.

Il tema del presente lavoro è stato ispirato dalla consapevolezza che l'apparato pubblico è passato da una posizione di originaria supremazia a quella di soggetto prevalentemente a servizio della collettività, interprete e curatore esclusivo dei suoi interessi, in quanto erogatore di beni e utilità, dispensati attraverso soluzioni istituzionali e strumenti profondamente mutati rispetto al passato.

Alcuni compiti istituzionali sono stati devoluti a soggetti privati, perché l'iniziativa privata può garantire meglio, in determinati settori, la soddisfazione di interessi collettivi. In altri casi, amministrazioni e privati concorrono alla

¹ Massera Alberto, L'attività contrattuale, in Diritto amministrativo comparato, a cura di Giulio Napolitano, Giuffrè, 2007 pag. 175 e ss. sostiene che "... le istituzioni pubbliche si sono appropriate della struttura dell'accordo per rimodellare le proprie modalità di organizzazione e di azione... la flessibilità dell'elemento pattizio si è così affiancata e talvolta sostituita alla rigidità del potere autoritativo agevolando l'amministrazione pubblica nella presentazione del volto accattivante della ricerca e della collaborazione e finanche del consenso del soggetto privato".

realizzazione di obiettivi di interesse generale, attraverso il ricorso ad istituti di diritto comune e a nuove forme organizzative.

Si pensi, ad esempio, alla privatizzazione del pubblico impiego, alla radicale trasformazione delle forme organizzative dei pubblici poteri, al fenomeno della dismissione da parte della pubblica amministrazione delle principali imprese pubbliche, con conseguente apertura all'iniziativa economica privata e ruolo progressivamente recessivo per le forme tradizionali di intervento diretto.

Ancora di più si considerino i settori delle opere pubbliche, e dell'urbanistica, che hanno visto lo sviluppo di forme di azione concordata, nelle quali, pur sussistendo, sotto un profilo gestionale e organizzativo, una forte componente pubblicistica, v'è sempre di più la partecipazione degli interessati ai procedimenti di scelta e sempre più diffuso è il ricorso – nella fase di realizzazione – all'organizzazione imprenditoriale e finanziaria dei privati (pianificazione concordata e società miste; project financing; dialogo competitivo), tra l'altro fortemente auspicato dalla Comunità Europea².

L'identità stessa del diritto amministrativo ne risulta profondamente modificata, non essendo più possibile ascriverlo al diritto pubblico, infatti, da una parte si assiste a una espansione delle regole e degli istituti di diritto civile, dall'altra alla sempre più ampia portata delle prescrizioni pubblicistiche, anche di derivazione comunitaria, applicabili a soggetti formalmente privati, ma esercenti pubbliche funzioni. Basti pensare all'applicazione della disciplina di derivazione comunitaria in tema di procedure di aggiudicazione degli appalti agli organismi di diritto pubblico o in generale agli enti derivanti dalle privatizzazioni; all'applicazione anche ai soggetti privati delle norme comunitarie in tema di procedure di aggiudicazione degli appalti; ciò dipende anche dalla circostanza che la disciplina comunitaria è di per sé neutra rispetto alla qualificazione³, pubblicistica o privatistica, degli atti che scaturiscono dalla sua applicazione.

² G. Napolitano, L'attività amministrativa e il diritto privato, in *Giornale di diritto amministrativo*, 5, 2005, pag. 481 e A. Massera, I principi generali dell'azione amministrativa tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario, in *Diritto amministrativo*, 4, 2005, pag. 707.

³ Sul tema si veda M.P. Chiti, Monismo o dualismo in diritto amministrativo: vero o falso dilemma? In *Riv. Trim. di dir. Pubbl.*, 2000, pag. 301.

Si è creato, quindi, il fenomeno della progressiva attenuazione⁴ del carattere della specialità del diritto amministrativo, principalmente dovuto alla tendenza a privilegiare il ricorso agli strumenti e agli istituti tipici del diritto privato, e alla progressiva influenza del diritto comunitario, ispirandosi sempre più l'attività della pubblica amministrazione ai principi del diritto comune.

L'indagine prende le mosse dalle interferenze del diritto pubblico nella regolamentazione civilistica dello schema negoziale e successivamente sul riconoscimento di uno statuto ordinario dell'attività amministrativa indifferente all'utilizzo di strumenti privatistici o pubblicistici, perché l'amministrazione deve pur sempre agire in ossequio dei principi costituzionali e comunitari che ne regolano l'azione e che consentono il miglior perseguimento dell'interesse pubblico, pur nel rispetto delle situazioni giuridiche soggettive del privato.

In particolare, l'utilizzo da parte della pubblica amministrazione di regole e strumenti propri del diritto privato persegue diversi obiettivi ed ha consentito di dotare l'amministrazione di strumenti di governo più agili e snelli, di uniformare le regole del settore pubblico e di quello privato, rafforzando la partecipazione dei privati anche a iniziative che perseguono interessi collettivi e in definitiva di assicurare un ordinamento pienamente democratico⁵, nel quale la garanzia di parità di tutti i soggetti giuridici, sancita dall'art. 3 della Costituzione, sia effettiva e concreta. Proprio dall'intreccio delle regole civilistiche e regole pubblicistiche, ne è risultato modificato l'approccio allo studio della materia, che si è orientato all'indagine sull'elemento finalistico; pertanto quando si afferma l'orientamento secondo cui l'attività amministrativa, volta alla cura di interessi pubblici, ben può essere esercitata attraverso istituti di diritto privato, gli studi si indirizzano maggiormente sui rapporti, sempre più stretti, tra diritto privato e diritto pubblico,

⁴ Franchini C., Tendenze recenti dell'amministrazione italiana e accentuazione delle interferenze tra diritto pubblico e diritto privato, in Scritti in onore di G. Guarino, vol. II, Padova, Cedam, 1998.

⁵ Secondo: Cerulli Irelli, Diritto amministrativo e diritto comune: principi e problemi, in scritti in onore di Guarino, 554, vi è una generale tendenza alla privatizzazione dei rapporti; aree in cui è preferibile l'utilizzo di strumenti privatistici in quanto è necessario il consenso del destinatario degli effetti del provvedimento finale e l'esercizio del potere non produce effetti imperativi.

nella considerazione che l'autonomia negoziale debba necessariamente innestarsi nell'autonomia funzionale della quale l'amministrazione è portatrice.

La scelta di esaminare proprio il contratto di appalto dipende dal fatto che trattasi di fattispecie in grado di coniugare i due momenti fondamentali dell'attività della pubblica amministrazione quello del soddisfacimento dell'interesse pubblico affidato alla sua cura, attraverso l'obbligo rispetto dei canoni fondamentali di trasparenza, efficienza, parità di condizioni nell'accesso al mercato ed economicità; e quello della stipulazione di un contratto, utilizzando tutti quegli strumenti posti a disposizione dei contraenti dal diritto civile e costituenti l'autonomia contrattuale (art. 1321 c.c.), secondo cui le parti sono libere di determinare il contenuto, ovviamente nei limiti imposti dalla legge e sempre che si realizzino interessi meritevoli di tutela secondo il nostro ordinamento; strumenti che muovono dal presupposto della sostanziale parità delle parti contraenti. L'appalto, pertanto, è pubblico quando persegue finalità corrispondenti ai fini istituzionali dell'amministrazione pubblica: è pubblico, ad esempio, il contratto di appalto concluso tra un soggetto privato concessionario e un altro soggetto privato dal momento che anche in questo caso la funzione del contratto è di realizzare i fini istituzionali dell'ente concedente (e non già quelli del soggetto concessionario).

Il concetto di "funzionalizzazione"⁶ nel settore indagato indica l'effetto e, quindi, il limite che sull'autonomia negoziale produce la circostanza che si tratti di attività volta essenzialmente all'interesse pubblico, nelle sue specifiche e diverse articolazioni, e come tale assoggettata alle regole che, nel suo complesso, il fine pubblicistico impone.

Nella disciplina comune vanno trasfusi quei principi che consentono di perseguire l'interesse pubblico e tutelare al contempo interessi e aspettative dei privati, quali il buon andamento, l'efficacia, l'imparzialità, la trasparenza, la concorrenzialità tra gli operatori, la ragionevolezza e la proporzionalità.

⁶ A. Benedetti, I contratti della Pubblica Amministrazione tra specialità e diritto comune, Torino, Giappichelli, 1999, 119, ss; A. Massera, I contratti, in Trattato di diritto Amministrativo, 1547, e ss.

Il negozio giuridico stipulato tra privato e pubblica amministrazione produce gli effetti tipici del modello civilistico, anche se atti e comportamenti della pubblica amministrazione nel corso dello svolgimento del rapporto devono essere valutati anche alla luce dell'interesse pubblico perseguito e connotato dai principi di derivazione comunitaria.

La funzionalizzazione dell'attività amministrativa di diritto pubblico non può quindi presupporre il trasferimento tout court dello statuto pubblicistico sul piano dei rapporti privatistici, atteso che si tratta pur sempre di temperare l'autonomia negoziale nell'ambito dell'autonomia funzionale della pubblica amministrazione e di bilanciare comunque le diverse esigenze in gioco.

Se è vero, quindi, che il concetto di funzionalizzazione dell'attività dell'amministrazione indica l'integrale riferibilità di questa al perseguimento dell'interesse pubblico, da determinare di volta in volta, un'indagine che si proponga di identificare in modo organico i limiti all'attività contrattuale, originati da questa peculiare caratteristica, dovrà necessariamente considerarla funzione esercitata dalla pubblica amministrazione sotto un profilo unitario, superando anche la tradizionale dicotomia fase dell'evidenza pubblica – fase contrattuale, nella consapevolezza che anche quest'ultima sia strumento essenziale per il perseguimento della funzione⁷.

Si tratta di verificare se i limiti posti all'autonomia negoziale della pubblica amministrazione, rinvenienti dalle diverse fonti, costituzionali, comunitarie, di contabilità pubblica, settoriali, ecc. nel campo proprio dell'appalto di opere, siano essenzialmente strumentali alla funzione, quale valore unitario che connota l'intera attività nella specie posta in essere. Una volta che la prima verifica abbia sortito effetto positivo, occorrerà altresì accertare se la dimostrata funzionalizzazione dell'attività, e una lettura unitaria dei limiti all'autonomia negoziale della pubblica amministrazione nell'ottica del continuo intreccio e sovrapposizione tra istituti del diritto privato e del diritto pubblico, possano contribuire al superamento della tradizionale chiave di lettura, che considera

⁷ Si veda Casetta, Attività amministrativa, in Dig. disc. Pubbl., vol. I, Torino Utet, 1987 e Trimarchi Banfi, I rapporti contrattuali della pubblica amministrazione in Dir. Pubbl. 1, 1998.

nettamente distinte la fase pubblicistica, rappresentata dal procedimento di scelta del contraente sino al momento dell'aggiudicazione, dalla fase immediatamente successiva, costituita invece da tutto ciò che segue l'aggiudicazione stessa, dalla stipulazione del contratto sino alla esecuzione del rapporto, e che è generalmente ricondotta al diritto comune e qualificata come eminentemente privatistica⁸.

Vi sono regole privatistiche che pure connotano la scelta del contraente ed una perdurante disciplina pubblicistica nella fase successiva all'aggiudicazione. Di qui, l'impossibilità di descrivere compiutamente il fenomeno rappresentandolo nella rigida contrapposizione di due distinte fasi, senza tener conto degli effetti che ciascuna produce sull'altra, facendone sfumare peraltro i connotati anche in ragione della frequente possibilità di qualificare sotto il profilo privatistico le medesime fattispecie a seconda del particolare caso concreto che di volta in volta occorre affrontare e risolvere.

Molti degli atti del procedimento amministrativo in tema di pubblici appalti sono infatti suscettibili di essere riguardati sia sotto l'angolo visuale del diritto pubblico, sia sotto quello del diritto privato. Si pensi, per esempio, al bando di gara, che può essere considerato come atto amministrativo, *lex specialis* della procedura selettiva, sia come invito a offrire; e così all'aggiudicazione, che può essere vista come l'atto conclusivo del procedimento amministrativo in cui la pubblica amministrazione esprime definitivamente la propria volontà (certamente impugnabile davanti al giudice amministrativo) o come accettazione della proposta contrattuale⁹.

b. Il duplice volto della Pubblica Amministrazione nei rapporti contrattuali.

E' ormai dato acquisito che la pubblica Amministrazione, può conseguire i fini pubblici per i quali le è conferito il potere dalla legge non solo attraverso i consueti strumenti del diritto pubblico, ma anche attraverso le modalità del diritto

⁸ Per approfondire le tematiche relative ai rapporti tra procedimento amministrativo e contratto stipulato dalla pubblica amministrazione si veda Sanino M., *Procedimento amministrativo e attività contrattuale della pubblica amministrazione*, Torino, Giappichelli, 2003

⁹ G. Corso, *L'attività amministrativa*, Torino, Giappichelli, 1999, 262 e ss.

comune. L'affermazione risulta essere il prodotto di una conquista giurisprudenziale prima ancora che legislativa e trova oggi conferma nel testo del nuovo art. 1, co. 1 bis, della l. 241/90, come modificato dalla l. n. 15/2005, che stabilisce che *“la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato, salvo che la legge disponga diversamente”*.

La norma costituisce la chiave di lettura dell'intera materia dei contratti della pubblica amministrazione ed è rafforzata dalla lettera del d. lgs. 163/2006 che dispone all'art. 2, co. 3 che *“Per quanto non espressamente previsto nel presente codice, le procedure di affidamento e le altre attività amministrative in materia di contratti pubblici si espletano nel rispetto delle disposizioni sul procedimento amministrativo di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modificazioni e integrazioni”* ed al successivo co. 4. che *“Per quanto non espressamente previsto nel presente codice, l'attività contrattuale dei soggetti di cui all'articolo 1 si svolge nel rispetto, altresì, delle disposizioni stabilite dal codice civile”*.

Dalla lettura del combinato disposto delle suddette norme l'interprete è da subito avvertito del fatto che l'attività di diritto privato della pubblica amministrazione si compone di elementi di analogia e di elementi di diversità rispetto all'attività contrattuale di qualsiasi altro soggetto privato contraente.

In primo luogo, non potrà mai trattarsi di un'attività libera nel fine o nella causa, in quanto tutta l'attività di provvista di mezzi della p.a., ancorché attuata attraverso contratti di diritto privato, soggiace ai canoni di funzionalizzazione che la connotano di specialità e di carattere pubblicistico, fermo restando che lo svolgimento del rapporto contrattuale nella sua fase esecutiva è retto e disciplinato dal diritto privato.

In secondo luogo, la scelta del contraente dovrà avvenire secondo procedure di evidenza pubblica che, ai sensi dell'art 2, co. 1 d. lgs. 163/2006, dovranno garantire *“la qualità delle prestazioni e svolgersi nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza, di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, pubblicità.*

Come è noto, la maggior parte dei principi richiamati, volti principalmente alla tutela della concorrenza, è di origine comunitaria. La cogenza degli stessi è alla base di un nuovo impianto normativo dal quale discende la duplice anima della p.a.: autorità e garante imparziale del fine pubblico e del mercato concorrenziale nella fase procedurale che ha inizio con la deliberazione a contrarre e che termina con l'approvazione dell'aggiudicazione; soggetto assimilabile al privato contraente nella fase che va dalla stipulazione del contratto e che prosegue con l'esecuzione dello stesso.

Nella prima fase la pubblica amministrazione è riconosciuta titolare di un potere autoritativo a fronte del quale sono individuabili solo posizioni di interesse legittimo, con conseguente radicamento della giurisdizione del giudice amministrativo per le controversie che eventualmente insorgano. La seconda fase, viceversa, conosce la giurisdizione del giudice ordinario, in quanto non si discetta in essa del potere amministrativo, in presenza del quale soltanto, in base alla più recente giurisprudenza della Corte Costituzionale, è possibile individuare la giurisdizione, anche esclusiva, del giudice amministrativo.

Tale impostazione schematica, tuttavia, si complica se si pensa che difficilmente il diritto amministrativo (ed il diritto in genere) è rappresentabile con una figura geometrica regolare.

La stipulazione contrattuale, dunque, non è idonea a cancellare il dna di autorità della pubblica amministrazione che, pur dopo la stipula del contratto, può tornare a valutare l'interesse pubblico per il quale si è determinata a contrarre, decidendo di annullare l'aggiudicazione per motivi di legittimità (entro un termine ragionevole e tenendo conto, ai sensi dell'art. 21 *nonies*, degli interessi dei destinatari e dei controinteressati) o di revocarla, ai sensi dell'art. 21 *quinquies*, per sopravvenuti motivi di pubblico interesse ovvero nel caso di mutamento della situazione di fatto o di nuova valutazione dell'interesse pubblico originario. In ipotesi consimili, dunque, nonostante il potere amministrativo incida su un contratto che è già in corso di esecuzione, l'opinione dottrinale e giurisprudenziale prevalente ritiene configurabile la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo di cui all'art. 6 della l. 205/2000, dovendosi ritenere che la stessa

riguardi non solo le procedure di affidamento *tout court*, ma anche gli atti di autotutela (da alcuni definiti di secondo grado) che su tali procedure incidano.

c. Evoluzione del contratto di appalto

Il Codice Civile del 1865, seguendo l'impostazione del Code Napoléon, inquadrò l'appalto nello schema del contratto di locazione di derivazione romanistica; il nono titolo del libro terzo, infatti, disciplinava la locazione delle cose e delle opere¹⁰, includendo nella seconda, non solo il contratto di lavoro, ma anche altri contratti aventi in comune l'impegno di svolgere un'attività lavorativa per il compimento di un risultato dietro corrispettivo. Il Code Napoléon, sulla base della tradizione romanistica, adottava una tripartizione del contratto di locazione: *locatio conductio rei*, *operae ed operis*, a secondo che l'oggetto del contratto fossero le cose, il lavoro stesso o il risultato del lavoro.

La complessità delle origini della *locatio conductio* privata deriva dalle *vexatae questiones* circa l'unitarietà o meno della locazione; si tratta di verificare se all'unità terminologica e processuale della *locatio conductio rei*, *operae ed operis* corrisponde un'unità concettuale.

I pandettisti tedeschi escludevano tale unitarietà¹¹, avendo, peraltro, istituito¹² tale tripartizione secondo cui ogni singolo rapporto locativo era contrassegnato dallo scambio d'uso di cose nella *locatio rei*, di energie di lavoro nella *locatio operum* e di risultato nella *locatio operis*.

L'appalto, quindi, quale contratto in cui appariva rilevante il raggiungimento di un determinato risultato, veniva collocato entro lo schema della *locatio operis*, mentre secondo la tradizione romanistica rientrava in detto schema negoziale solo il contratto concluso *intuitu personae locatoris*, ovvero l'impegno di provvedere personalmente all'esecuzione dell'*opus*.

¹⁰ Guarino, *Locazione*, Milano 1964, pag. 4 e ss.

¹¹ Amirante, voce *Locazione* (*Diritto Romano*), in *Noviss. Dig. It.*, Vol. IX, Torino, 1963, pagg. 991 e ss..

¹²“La tripartizione pandettistica è estranea a Gaio e al Digesto, d'altronde è sconfessata nella stessa *locatio operis* in cui il locator dell'opera non è l'imprenditore, secondo i pandettisti, colui che loca l'uso delle energie di lavoro finalizzato ad un risultato, ma il committente, colui al quale spetta il godimento dell'*opus* posto in essere”, in Francesco Milazzo, *Appalti pubblici in epoca proto repubblicana*, in *Archivum Historicum Mothycense* n. 5, 1995, pp. 45-55.

Con il Codice civile del 1942, in linea con le legislazioni moderne, quali quella tedesca, austriaca e svizzera, e considerato il grande sviluppo che ha avuto nell'era moderna come conseguenza dell'evoluzione economica e sociale, l'appalto diviene contratto autonomo, distinto sia dalla locazione che da altri contratti aventi come oggetto prestazioni di lavoro. Una parte cospicua, per numero e valore, delle opere appaltate, è rappresentata dai lavori pubblici, in cui il committente è un ente pubblico. Secondo la dottrina¹³ prevalente la natura giuridica dell'appalto pubblico è pur sempre quella di contratto di diritto privato, perché l'amministrazione non assume la veste di Autorità, ma quella di contraente; non possiede, infatti alcun mezzo giuridico autoritativo idoneo a costruire il rapporto di appalto senza o contro la volontà dell'appaltatore. La struttura contrattuale dell'appalto, qual è descritta nel codice civile, soddisfa sia interessi privati che interessi pubblici; ed è proprio l'interesse pubblico, cui l'appalto pubblico¹⁴ è teleologicamente collegato, che giustifica la produzione di una vasta normativa speciale che ha influenzato la forma, il contenuto, la scelta del contraente, le modalità di risoluzione e di recesso. Le finalità perseguite dall'amministrazione attraverso tale contratto sono quelle tipiche del corrispondente schema civilistico seppure con le sue peculiarità: mentre il committente privato, nel procurarsi un bene o nel conseguire l'utilità di un servizio, consegue direttamente e immediatamente il fine che si riprometteva, l'ente pubblico, invece, ricorre all'appalto solo come mezzo strumentale in vista di un diverso risultato finale, rappresentato dal soddisfacimento dell'interesse pubblico, dalla realizzazione di lavori o di opere pubbliche, ad esempio un'infrastruttura viaria, un parcheggio, una struttura sanitaria, ovvero l'erogazione

¹³ Per la dottrina più datata si v. Miele, *La manifestazione della volontà del privato nel campo del diritto amministrativo*, Roma, 1931 pag. 30 e Castelli-Avolio, *Sulla natura contrattuale del contratto dell'appalto di opere pubbliche*, Padova 1940, pag. 223 e ss., per quella più recente si v., Giannatanasio, *L'appalto*, Milano 1967, pag. 16 e ss., Pittalis, voce *Appalto pubblico*, in *Dig. Disc. Pubbl*, IV, Torino, 1987, pag. 293 e ss..

¹⁴ Una chiara definizione di appalto pubblico è stata fornita dall'art. 4 del d.lgs. 19 dicembre 1991, n. 406, che ha dato attuazione alla direttiva CEE 89/440, secondo il quale è considerato appalto pubblico "il contratto a titolo oneroso concluso, in forma scritta, tra un'amministrazione aggiudicatrice e un'impresa, avente per oggetto l'esecuzione di lavori pubblici, oppure la progettazione e l'esecuzione con qualsiasi mezzo di un'opera pubblica che sia dotata di autonomia funzionale propria e che risponda ad esigenze stabilite specificatamente dall'amministrazione aggiudicatrice".

di un pubblico servizio o, infine, la fornitura di beni. Nelle tre diverse evenienze, appalto di lavori, di servizi e di fornitura, nonostante la presenza di un soggetto pubblico, il contratto di appalto resta un negozio giuridico di diritto privato, dal quale sorgono diritti e obblighi a carico di entrambi i contraenti secondo la struttura dell'art. 1655 c.c.¹⁵. Ciò nondimeno, la materia non è regolata soltanto dal codice civile ma forma oggetto di un'ampia combinazione delle discipline pubblicistica e civilistica, non senza eccezioni¹⁶, riferibili la prima alla fase di evidenza pubblica e di scelta del contraente, la seconda alla fase di esecuzione del contratto. La disciplina degli appalti è stata, nel tempo, ripetutamente modificata anche sotto il continuo flusso di atti normativi comunitari, solo di recente l'articolato normativo della materia, spezzato tra fonti comunitarie e nazionali, è stato ricondotto a "insieme" con il Codice dei contratti pubblici in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE.

Il nuovo codice degli appalti, il D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, nel rimodulare e riordinare tutte le leggi dedicate a detta materia, ha definito gli appalti pubblici, all'art. 3, sesto comma, come "i contratti titolo oneroso, stipulati da una stazione appaltante o ente aggiudicatore e uno o più operatori economici, aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti, la prestazione di servizi".

¹⁵ Gli atti con i quali l'amministrazione esercita la facoltà di recedere dal contratto o di risolverlo unilateralmente con prosecuzione d'ufficio dei lavori in danno dell'appaltatore inadempiente non hanno natura provvedimento e non debbono essere sottoposti all'esame del giudice amministrativo allorché se ne contesti la legittimità, poiché la relativa controversia investe posizioni di diritto soggettivo, avendo ad oggetto il corretto esercizio di una facoltà accordata dalla legge ad uno dei contraenti in vista dell'interesse alla sollecita esecuzione dell'opera pubblica (Cass. S.U. 7 marzo 2001, n. 95 CdS 2001, II, 922). Secondo le S.U. l'autotutela della p.a., esercitata mediante lo strumento autoritativo con effetti sulla esecuzione dei contratti di diritto privato, non costituisce un principio generale dell'ordinamento, ma si riferisce ad ipotesi tassative non estensibili in via analogica (Cass. S.U. 20 dicembre 2006 n. 27170).

¹⁶ Quanto al regime delle eccezioni, ancora oggi sopravvivono disposizioni che, anche durante l'esecuzione del contratto, riservano all'amministrazione particolari poteri "d'intervento". È il caso del recesso, dello jus variandi che consente di apportare variazioni progettuali in corso d'opera e ancora, dell'esecuzione contrattuale che può essere richiesta prima dell'approvazione del contratto. Nel rinviare al prosieguo della trattazione l'esame di tali questioni per ora soltanto accennate occorre sin d'ora rilevare che ciò che qualifica l'oggetto e delimita la funzione del contratto di appalto pubblico è la sua diretta funzionalizzazione ai fini propri dell'amministrazione pubblica. Si veda Franchini Claudio, a cura di, I contratti con la pubblica amministrazione, Utet, Milano, 2007, pag. 818 e ss.

Nei commi successivi si precisa che gli appalti pubblici di lavori hanno per oggetto “l’esecuzione o, congiuntamente, la progettazione esecutiva e l’esecuzione” di lavori o opere, intendendo per lavori le “attività di costruzione, demolizione, recupero, ristrutturazione, restauro, manutenzione di opere” e per opera “il risultato di un insieme di lavori, che di per sé espliciti una funzione economica o tecnica”; gli appalti pubblici di fornitura hanno ad oggetto l’acquisto, di prodotti; gli appalti di servizi hanno per oggetto la prestazione di servizi. Inoltre, le concessioni di lavori pubblici vengono definite come contratti a titolo oneroso, conclusi in forma scritta, che hanno per oggetti l’esecuzione ovvero la progettazione ed esecuzione di lavori pubblici aventi le medesime caratteristiche di un appalto pubblico di lavori, ad eccezione del fatto che il corrispettivo dei lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l’opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo; in via analoga, è disciplinata la concessione di un pubblico servizio.

Oltre alle diversità strettamente dipendenti dalla natura pubblica della stazione appaltante e dell’interesse tutelato, sussistono ulteriori caratteristiche distintive tra l’appalto privato e l’appalto pubblico. In primo luogo, la forma del contratto di appalto deve essere necessariamente scritta, mentre l’appalto privato non è soggetto a particolari requisiti di forma né ad *substantiam* né ad *probationem*.

In secondo luogo, l’oggetto dell’appalto pubblico è più ampio in quanto nel suo ambito ricomprende non soltanto l’esecuzione dell’opera o la prestazione di un servizio ma anche le forniture di prodotti che, da un punto di vista civilistico, andrebbero ricondotte ad altre figure contrattuali (vendita, somministrazione, locazione). Inoltre, l’art. 14, D.lgs. 163/2006, espressamente prevede la possibilità di concludere contratti misti, in tutte le varianti possibili.

In terzo luogo, la scelta del contraente non è libera, essendo vincolata alla osservanza di una fitta normativa che regola i vari modi di aggiudicazione degli appalti pubblici. Le esigenze di tutela dell’interesse pubblico comportano poi che l’esecutore del contratto sia tenuto alla prestazione di particolari garanzie di esecuzione e di coperture finanziarie.

Inoltre, durante lo svolgimento dell'appalto, la pubblica amministrazione esercita un potere di ingerenza sull'andamento dei lavori; tuttavia, tale potere non snatura lo schema contrattuale e lo assimila, piuttosto, all'appalto privato con la presenza di un direttore dei lavori designato dal committente; l'appaltatore mantiene la propria autonomia nelle modalità di esecuzione e nella più generale organizzazione economica dell'impresa¹⁷.

Per quanto riguarda il corrispettivo, trattandosi di spesa pubblica, vige la regola secondo la quale tutti gli impegni di spesa ulteriori rispetto a quelli originariamente preventivati, devono essere accertati mediante registrazione contabile ed inoltre, ogni contestazione dell'appaltatore sulla contabilizzazione dei corrispettivi effettuata dall'amministrazione, deve essere formalmente formulata mediante apposite domande (riserve) da iscrivere nei documenti contabili entro determinati termini perentori.

Ulteriori peculiarità strettamente inerenti l'appalto pubblico riguardano: il diritto della pubblica amministrazione di risolvere unilateralmente il contratto in caso di gravi inadempienze dell'appaltatore; il diritto potestativo di risolvere ad nutum il contratto; la necessaria approvazione del collaudo dell'opera perché maturi il diritto dell'appaltatore al compenso previsto.

Nonostante alcune diversità inevitabilmente giustificate dalle peculiarità soggettive ed oggettive, l'appalto pubblico non si differenzia, nei suoi tratti fondamentali, dall'appalto privato e, "una volta esaurita la procedura di affidamento, si atteggia comunque come contratto di diritto privato, dal quale sorgono diritti e obblighi a carico di entrambi i contraenti, laddove, invece, prima della approvazione da parte dell'autorità tutoria, che segna l'efficacia del vincolo negoziale, le posizioni del privato hanno natura e consistenza di meri interessi legittimi"¹⁸.

¹⁷ Cass. 20 agosto 1999 n. 8802, RCP 2000, pag. 1045.

¹⁸ Rubino, *Iudica Dell'appalto*, in *Commentario al Codice civile Scialoja-branca a cura di Galgano* sub art.1655-1657, Bologna 1992.

La riconosciuta natura privatistica dell'appalto pubblico comporta, secondo l'opinione più accreditata della dottrina cui fa eco la giurisprudenza che a tale tipo di contratto debba applicarsi la disciplina del codice civile per tutto quanto non sia regolato dalla legislazione speciale vigente¹⁹. Del resto il diritto privato quale diritto comune costituisce pur sempre la normativa di riferimento in mancanza di una regolamentazione specialistica della materia. Deve ammettersi anche la possibilità di un'applicazione analogica, all'appalto privato, delle disposizioni speciali relative all'appalto pubblico, almeno per quanto riguarda quelle norme che non sono strettamente inerenti all'aspetto pubblicistico del rapporto.

¹⁹ Si veda Giorgianni 1977, 18; Rubino-Iudica 2007, 10; e Cass. 3 giugno 1967 n.1218, FA,1967 I 533.

Capitolo 1

Attività contrattuale della Pubblica Amministrazione

1.1. La capacità giuridica della PA

Al fine di esaminare i limiti dell'autonomia privata della Pubblica Amministrazione e di comprendere il progressivo mutamento di approccio al tema dell'attività amministrativa²⁰ di diritto privato occorre tener presente l'evoluzione subita dagli studi sulla capacità giuridica osservata sotto il profilo privatistico.

Infatti l'attività amministrativa di diritto privato esprimendosi mediante istituti e norme del diritto privato riceveva un'attenzione secondaria sul presupposto che non potesse rappresentare il fulcro dell'attività amministrativa complessivamente riferibile alla pubblica amministrazione²¹.

Affrontando il problema della capacità giuridica della pubblica amministrazione in relazione ai limiti che sembrano imposti dalla funzionalizzazione dell'attività amministrativa, potrà essere definita la natura ed identificato il confine di questi. Come noto, la capacità giuridica è la possibilità per qualunque soggetto dell'ordinamento di essere titolare di ogni fattispecie prevista e disciplinata, e cioè l'attitudine alla titolarità di poteri e doveri giuridici, consistente nel riconoscimento di un soggetto quale soggetto autonomo di diritto²².

In via generale può rivelarsi che gli enti pubblici, in quanto prima di tutto persone giuridiche al pari di quelle private, siano astrattamente titolari della medesima capacità giuridica di queste ultime.

²⁰ Giannini M.S., *Diritto Amministrativo* III ed. Milano Giuffrè 1993, pag. 345 e ss. definisce "l'attività amministrativa in senso proprio cioè attiene alla cura degli interessi pubblici nel senso più preciso di interessi della collettività: solo che si svolge mediante istituti e norme di diritto privato".

²¹ Così Guarino G., *L'organizzazione pubblica*, Milano Giuffrè, 1977, pag. 118 e ss. Oggi è comunemente ammesso che l'esercizio del potere negoziale da parte dell'ente avvenga in via principale ed alternativa, non sostitutiva dei pubblici poteri, poiché l'utilizzo degli strumenti privatistici è "a soggetto differenziato".

²² Rescigno P., *Capacità giuridica in Dig. disc. Priv. Sez. civile*, vol. II, 1988, Torino Utet, 218 ss.; e P. Zatti, *Persona giuridica e soggettività: per una definizione nel concetto di persona nel rapporto con la titolarità delle situazioni soggettive*, Padova Cedam, 1975.

Quindi si può ritenere che gli enti pubblici possiedano la medesima capacità giuridica delle persone fisiche, salvi i casi derivanti dalla natura propria di questi ultimi e da espressi divieti imposti dalla legge²³.

In altre parole, la funzionalizzazione dell'attività della pubblica amministrazione non incide, o non dovrebbe, sulla capacità piena e generale della persona giuridica pubblica.

I limiti imposti dalla natura funzionale dell'attività, di tipo pubblicistico, si rinvencono nella legge, nei principi che regolano l'attività amministrativa – buon andamento, imparzialità e trasparenza – ma non si traducono in vere e proprie limitazioni della capacità giuridica dell'amministrazione sotto un profilo privatistico. Ciò che eventualmente può modificarsi a fronte di eventuali limitazioni che la disciplina di specie può imporre in ordine, o alla conclusione di particolari negozi giuridici o alla loro stessa utilizzazione, non è la capacità giuridica o di agire di natura privatistica del soggetto pubblico, quanto piuttosto la misura e i confini dell'autonomia pubblica di cui quest'ultimo è dotato.

Se si seguisse l'insegnamento della c.d. teoria funzionale, che muove dal presupposto che le persone giuridiche siano istituite esclusivamente per il perfezionamento di uno scopo che ne determina non solo l'esistenza, ma anche il limite naturale dell'attività; ragion per cui tutti gli atti esorbitanti dallo scopo resterebbero al di fuori della stessa esistenza del soggetto da cui promanano. In tal caso si parla di capacità limitata o funzionale delle persone giuridiche (sia pubbliche che private) derivante dalla teoria affermata negli ordinamenti di tipo anglosassone, che individua nel principio *nec ultra vires* il limite della capacità giuridica privata delle società commerciali.

In questo senso, poiché i limiti all'autonomia delle persone giuridiche sarebbero posti dall'ordinamento in maniera costitutiva, la capacità risulterebbe limitata al perseguimento di quegli interessi pubblici definiti dalla legge, dall'atto costitutivo o dallo statuto; in altre parole un soggetto esiste in quanto persegue determinate finalità.

²³ F. Galgano, *Diritto Civile e commerciale*, vol. I, 1999, Padova, Cedam, 198 e ss..

Le argomentazioni a sostegno della tesi realista appaiono maggiormente convincenti e più aderenti alla realtà del nostro ordinamento interno. La tesi della piena capacità di diritto degli enti pubblici trova il fondamento nel concetto di unitarietà della persona giuridica che non consente in assenza di espresse norme derogatorie distinzioni che possono fondarsi sulla diversa natura del soggetto.

Nell'impostazione seguita, le persone giuridiche anche pubbliche si configurano come realtà effettive, presenti nel nostro ordinamento al pari delle persone fisiche. La pubblica amministrazione può essere centro di imputazione di tutte le conseguenze giuridiche astrattamente ipotizzabili nell'ambito dell'autonomia privata, con le uniche differenze e limitazioni derivanti dalla particolare natura dell'attività svolta.

Da ciò consegue che le persone giuridiche pubbliche possono porre in essere qualunque tipo di contratto, al pari di un qualunque soggetto di diritto privato nel pieno esercizio della propria autonomia; ma ciò non vuol dire che la Pubblica Amministrazione sia affrancata dal doveroso perseguimento dell'interesse pubblico pur se utilizzi strumenti privatistici e che non possa essere sindacata, sotto un profilo pubblicistico, anche l'opportunità e la convenienza della scelta in concreto effettuata, oltre al rispetto delle norme di legge.

1.2. L'Autonomia contrattuale della Pubblica Amministrazione

La Pubblica Amministrazione, nell'esercizio della sua azione, finalizzata al perseguimento di interessi di carattere generale, può avvalersi non solo degli strumenti propri del diritto pubblico, ma anche dei mezzi e delle forme comuni del diritto privato. Il principio è, oramai, sancito a chiare lettere dall'art. 1, comma 1-bis, della legge 241 del 1990, riformata a seguito del rivoluzionario intervento del legislatore del 2005 con la legge n. 15.

La dottrina nell'ambito dell'attività di diritto privato della Pubblica Amministrazione era solita distinguere tra: attività c.d. strumentale, volta al reperimento delle risorse necessarie allo svolgimento delle proprie funzioni istituzionali; attività c.d. istituzionale, svolta da quelle Pubbliche Amministrazioni che operano esclusivamente a livello privatistico e per le quali il regime pubblicistico investe solo gli organi di vertice; e attività c.d. equivalente, espletata dalle amministrazioni in alternativa all'attività amministrativa pubblica²⁴.

In tutti questi casi la Pubblica Amministrazione agisce su di un piano di parità rispetto al privato cittadino e non in veste di organo titolare di poteri autoritativi. Tale assunto stava alla base della tesi tradizionale secondo cui le ipotesi in cui l'amministrazione poteva procedere all'esercizio di attività privata c.d. equivalente avevano carattere del tutto residuale e tassativo: le finalità di carattere pubblicistico dovevano perseguirsi, di regola, attraverso l'utilizzo di strumenti che costituissero estrinsecazione della posizione di supremazia che essa riveste nei confronti della generalità dei consociati. È proprio su questo rapporto regola-eccezione che il legislatore interviene con la legge n.15 del 2005: "La pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente".

Gli strumenti di carattere privatistico diventano un'alternativa di carattere generale all'esercizio del potere²⁵.

²⁴ C'è, invece, chi, efficacemente, distingue tra attività "amministrativa" di diritto privato, coincidente con quella c.d. equivalente, e attività "privata" di diritto privato, che, invece, ricomprenderebbe sia quella strumentale che quella istituzionale, e ogni atto di gestione del proprio patrimonio posto in essere dalla Pubblica Amministrazione. Si veda Monteferrante, *La disciplina privatistica degli atti di natura non autoritativa della pubblica amministrazione*, in www.giustizia-amministrativa, 05/2006.

²⁵ Sul punto si veda la sentenza del T.A.R. Lazio, sez. II-ter, 3 marzo 2006 n. 1654, che conferma l'assunto secondo cui, ad oggi, la centralità del potere imperativo della P.A. viene superata dal riconoscimento di un'alternativa tra *modus autoritativo* e *modus paritetico* dell'agere amministrativo: "l'atto autoritativo non è più il solo strumento della cura di interessi pubblici, essenziale è il fine pubblico, fungibili sono gli strumenti attraverso cui perseguirlo (il fine pubblico può essere perseguito anche attraverso la diretta negoziazione del contenuto del provvedimento finale). Il diritto privato assunto dalla sfera pubblica si rivela in sé neutro strumento organizzatorio (si pensi al fenomeno delle società miste) o modulo convenzionale o pattizio dell'agere amministrativo utilizzabile, nei casi previsti dalla legge ed entro i limiti di meritevolezza dell'art. 1322 c.c".

Le ragioni di tale generalizzazione della possibilità di ricorrere al diritto privato per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali da parte della Pubblica Amministrazione sono diverse: da un lato, gli strumenti del diritto privato, ed in particolar modo il contratto, sono espressione di una logica paritaria e dunque particolarmente garantista per il cittadino nei rapporti con l'amministrazione; dall'altro essi costituiscono un veicolo idoneo a consentire maggiore efficienza e snellezza nell'attività pubblicistica²⁶.

La Pubblica Amministrazione agisce secondo il diritto privato laddove non decida di ricorrere all'esercizio del potere autoritativo: essa non ne ha l'obbligo, ma la facoltà, laddove lo ritenga opportuno²⁷.

Ove dismetta i panni pubblicistici soggiace del tutto ai canoni del diritto comune sul piano della disciplina. In virtù di quanto disposto dalla legge n.15 del 2005, anche l'attività contrattuale della Pubblica Amministrazione costituisce uno strumento di carattere generale, utilizzabile per il perseguimento di finalità pubblicistiche, ove compatibile con gli obiettivi stabiliti dal legislatore²⁸: il contratto è lo strumento privatistico per eccellenza.

Ma l'autonomia negoziale della Pubblica Amministrazione incontra dei limiti derivanti dalla soggettività pubblica della stessa. Il potere di autonomia privata della pubblica amministrazione deve sempre esplicarsi nel rispetto dei principi costituzionali di legalità, imparzialità e tutela del terzo.

²⁶ Non mancano tuttavia le contro indicazioni: un'applicazione troppo estesa e non adeguata del diritto comune alla Pubblica Amministrazione potrebbe infatti determinare una riduzione dei controlli e degli accertamenti di legittimità, con conseguente deficit di trasparenza dell'azione amministrativa in danno non solo dell'amministrazione, ma anche del cittadino.

²⁷ E così sarebbe ora in facoltà della Pubblica Amministrazione scegliere tra la concessione di beni pubblici ed il contratto di affitto o locazione; tra la concessione di servizio pubblico e il contratto di appalto di servizi; tra la compravendita e l'espropriazione; tra la costituzione coattiva di servitù di uso pubblico.

²⁸ Ciò vale sia per i contratti tipici che per quelli atipici, come ribadito dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, che con decisione n. 6\2002 ha ritenuto che non sia rinvenibile una preclusione astratta a che l'Amministrazione stipuli contratti atipici (come il contratto di sponsorizzazione) o inserisca clausole atipiche in contratti nominati da essa stipulati.

Si tratta, pertanto, di un'autonomia negoziale "limitata", in quanto i fini dell'agire sono sempre e necessariamente predeterminati dalla legge, non sono disponibili, e devono essere perseguiti secondo canoni di doverosità e di continuità, senza discriminazioni e senza che il ricorso al negozio giuridico possa surrettiziamente limitare il diritto di azione dei terzi a tutela degli interessi legittimi.

1.3. Le procedure di scelta del contraente

L'attività dell'amministrazione nel settore dei pubblici appalti è fortemente connotata sotto un profilo pubblicistico: l'attività contrattuale si muove entro confini piuttosto angusti, "schiacciata" dai precetti costituzionali e da quelli comunitari che in tale materia ne limitano il campo di azione.

L'attività che caratterizza il diritto degli appalti è fortemente procedimentalizzata, per soddisfare le esigenze di trasparenza dell'azione amministrativa e, d'altra parte garantire il rispetto dei principi di imparzialità e buon andamento dai quali discende la scelta più efficiente, efficace ed economica, nonché quelli di par condicio competitorum e massima concorrenzialità direttamente derivati dai procedimenti comunitari.

Solo individuando tali principi, può comprendersi come vi siano sempre due aspetti da tenere in considerazione: da un lato, l'area della discrezionalità amministrativa e dei limiti derivanti dal rispetto dei canoni di natura pubblicistica; dall'altro l'area dell'autonomia negoziale nella quale l'amministrazione è obbligata al pari di tutti i soggetti del nostro ordinamento al rispetto dei principi di correttezza nelle trattative, buona fede ed affidamento nonché tutela del contraente debole. Ciò spinge in particolar modo e ancora una volta ad indagare i profili considerati con riferimento al settore degli appalti, perché in tale settore più che altrove può apprezzarsi la compresenza delle due anime, nonché la struttura funzionale dei limiti posti all'attività contrattuale della pubblica amministrazione, ragione ultima del prevalere ora dell'una, ora dell'altra.

Nella fase della scelta del contraente la Pubblica Amministrazione procede ad individuare il soggetto con cui addiverrà alla stipula del contratto all'esito del procedimento²⁹. Le procedure di scelta del contraente sono diverse e costituiscono degli autonomi iter procedurali che si inseriscono nella più ampia procedura di evidenza pubblica.

Per i contratti, già disciplinati dalla normativa nazionale di cui alla legge di contabilità di Stato del 1923 e al relativo regolamento del 1924, l'amministrazione può addivenire alla scelta del contraente attraverso:

a) asta pubblica (o pubblico incanto), si tratta di una procedura "aperta" per utilizzare una nomenclatura di matrice comunitaria. Sono ammessi a partecipare tutti coloro i quali siano in possesso dei requisiti richiesti dalla P.A. all'interno del bando. Essa costituisce la procedura di scelta del contraente di portata generale, essendo le altre ammesse nei casi e alle condizioni fissate dalla legge³⁰. Si conclude con l'aggiudicazione a seguito della valutazione delle diverse offerte. Il verbale dell'aggiudicazione definitiva per legge equivale al contratto (art. 16, 4 comma, legge n. 2440 del 1923).

b) licitazione privata, ha le medesime caratteristiche dell'asta pubblica con la differenza che in questi casi possono accedere solo i soggetti invitati a partecipare dalla P.A.: si tratta di una procedura "ristretta"³¹. Si conclude con l'aggiudicazione a seguito della valutazione delle diverse offerte. Anche in questi casi, il verbale dell'aggiudicazione definitiva equivale al contratto per espresso disposto normativo (art. 16, 4° comma, legge n. 2440 del 1923).

²⁹ Caringella, Manuale di diritto amministrativo, Giuffrè, 2006, pag. 1228 e ss.

³⁰ Questo per ciò che concerne i c.d. contratti attivi. Per i contratti passivi invece la stessa legge sulla contabilità di Stato sanciva l'alternatività tra asta pubblica e licitazione privata a scelta discrezionale della Pubblica Amministrazione, al pari del Codice dei Contratti Pubblici.

³¹ Caringella, Manuale di diritto amministrativo, Giuffrè, 2006, pag. 1232 e ss..

b-bis) appalto concorso, costituisce un'ulteriore ipotesi di procedura “ristretta”³². È ammesso solo nei casi stabiliti dalla legge, e si ha ove la Pubblica Amministrazione non sia in grado di predeterminare il contenuto del contratto all'atto dell' emissione della deliberazione a contrarre e quindi invita i soggetti in possesso dei requisiti necessari a effettuare delle offerte attraverso la presentazione di veri e propri progetti. Si conclude con l'aggiudicazione a seguito della valutazione delle diverse offerte presentate.

c) trattativa privata, in tali casi, tassativamente indicati dalla legge, la Pubblica Amministrazione intrattiene le trattative con un unico operatore da essa scelto, al pari di ciò che avviene nei rapporti tra privati. Si tratta di una procedura "negoziata", ammissibile entro limiti ben precisi prefissati dal legislatore e nei soli casi da esso stabiliti.

Per i contratti assoggettati alla disciplina di cui al Codice dei Contratti Pubblici (d.lgs. n. 163 del 2006) l'amministrazione può addivenire alla scelta del contraente attraverso³³:

- procedure “aperte”, cui possono partecipare tutti i soggetti che siano in possesso dei requisiti indicati dal bando, tra i quali verrà scelto in vincitore. Esse si contraddistinguono per la caratteristica di consentire la massima partecipazione e competitività tra gli operatori economici interessati alla stipula. Appartengono a tale tipologia procedimentale l'asta pubblica e il pubblico incanto di cui alla legge sulla contabilità di Stato del 1923;

³²Caringella, op.cit..

³³Caringella, Manuale di diritto amministrativo, Giuffrè editore, 2006, pag. 1232 e ss. Garofoli R. - Ferrari G., Manuale di diritto amministrativo, Nel Diritto editore, 2008.

- procedure “ristrette”, cui possono partecipare solo i soggetti che siano stati invitati dalla Pubblica Amministrazione aggiudicatrice. Vi rientrano la licitazione privata e l'appalto concorso di cui alla normativa nazionale che si distinguono tra loro per il fatto che: mentre nella prima (licitazione privata) la prestazione richiesta all'operatore economico è determinata in tutti i suoi elementi, nel secondo (appalto-concorso), stante la complessità tecnica dell'opera richiesta, l'amministrazione si limita a fornire un progetto generale e di massima, rimettendo all'operatore economico offerente la definizione del progetto tecnico particolareggiato dell'opera. La scelta tra procedure aperte e ristrette in sede comunitaria è rimessa alla discrezionalità della Pubblica Amministrazione procedente³⁴;

b-bis) dialogo competitivo, è un'ulteriore modalità di procedura ad evidenza pubblica introdotta in attuazione dell'art. 29 della direttiva 2004/18³⁵. Essa consente alla stazione appaltante, in caso di appalti particolarmente complessi e sussistendo i presupposti normativamente previsti, di avviare un dialogo con gli operatori economici al fine di elaborare una o più soluzioni sulla base delle quali, gli operatori selezionati saranno invitati a presentare le offerte³⁶. Il criterio utilizzabile in questa sede per la selezione delle offerte è solo quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per espresso disposto normativo;

³⁴ La scelta del legislatore comunitario non è diversa da quella fatta dal nostro legislatore già nel 1923 nell'ambito della legge sulla contabilità di Stato: anche in quella sede infatti, con riferimento ai contratti passivi, si rimetteva alla discrezionalità dell'amministrazione procedente, la scelta tra asta pubblica (o pubblico incanto) e licitazione privata, essendo ammessi nei soli casi stabiliti dalla legge l'appalto concorso e la trattativa privata.

³⁵ Il riferimento normativo è l'art. 58 del d. lgs. n. 163 del 2006.

³⁶ Rispetto all'appalto concorso di cui alla normativa nazionale presenta un'ulteriore scansione procedimentale. Nell'appalto-concorso, gli operatori economici indicano nell'ambito delle proprie offerte sia la soluzione che ritengono più opportuna, sia le condizioni alle quali intendono realizzarla. Sarà poi la stazione appaltante a scegliere l'offerta più conveniente. Nel dialogo competitivo, la collaborazione degli operatori è richiesta prima in sede di elaborazione delle diverse soluzioni da realizzare e solo in un secondo momento, individuate quelle maggiormente rispondenti agli obiettivi da perseguire, verranno formulate le relative offerte e si procederà alla conseguente valutazione comparativa da parte della Pubblica Amministrazione.

- procedure “negoziate”, consentono alla stazione appaltante di addivenire alla stipula del contratto attraverso l'instaurazione di trattative vere e proprie con un singolo operatore da essa prescelto, con quel grado di libertà che caratterizza l'agire dei soggetti privati. Esse costituiscono però una variante delle procedure c.d. ristrette: devono comunque rispettarsi i principi dell'evidenza pubblica comunitaria³⁷, anche se il modello procedimentale in questione presenta una maggiore flessibilità e un minore rigore formale³⁸. Alla procedura negoziata è possibile accedere nei soli casi previsti dalla legge.

L'aggiudicazione costituisce il momento conclusivo della fase diretta alla individuazione del soggetto con cui si ad diverrà alla stipula del contratto. La Pubblica Amministrazione, a seguito della valutazione delle diverse offerte presentate, sceglie quella che ritiene maggiormente idonea al conseguimento dei propri obiettivi e lo dichiara in un apposito atto a rilevanza meramente interna (aggiudicazione provvisoria)³⁹, seguito della verifica da parte dell'organo a ciò preposto, l'atto assumerà rilevanza esterna divenendo definitivo (aggiudicazione c.d. definitiva).

Da sempre dibattuta è la natura giuridica dell'aggiudicazione. Secondo una prima tesi⁴⁰, di stampo pubblicistico, all'aggiudicazione va riconosciuta natura provvedimento, con la stessa l'amministrazione aggiudicatrice limitandosi a selezionare l'impresa con la quale stipulerà, in seguito il contratto d'appalto, senza per ciò manifestare alcuna volontà negoziale.

³⁷Sfugge all'applicazione dei principi comunitari dell'evidenza pubblica la sola ipotesi della c.d. trattativa privata diretta, in cui l'affidamento dell'appalto ha luogo in favore di un esecutore determinato.

³⁸Non a caso la giurisprudenza del Consiglio di Stato è oramai concorde nel riconoscere in capo al soggetto titolare di un'attività imprenditoriale nel medesimo settore cui afferisce il contratto affidato a trattativa privata o a procedura negoziata, una situazione giuridica soggettiva avente natura e consistenza di interesse legittimo, tale da consentirgli l'impugnazione sia della determinazione dell'amministrazione di procedere a trattativa privata, sia a dell'affidamento disposto nei confronti di altro soggetto.

³⁹In virtù della sua natura meramente interna l'aggiudicazione provvisoria non dovrebbe essere considerata alla stregua di idoneo oggetto di ricorso per l'annullamento, dovendo questo dirigere di regola nei riguardi dei soli atti conclusivi dei procedimenti amministrativi, e dunque, nel caso, nei soli confronti dell'aggiudicazione definitiva.

⁴⁰C.g.a. 20 luglio 1999, n. 365; Cons. St., sez. V, 25 maggio 1998, n. 677; T.A.R. Sicilia, Catania, 10 settembre 1996, n. 1603.

Per differente approccio, invece, l'aggiudicazione ha natura anche negoziale ⁴¹; più precisamente la stessa presenterebbe una duplice veste, amministrativa e negoziale, al contempo atteggiandosi non soltanto a provvedimento conclusivo della procedura di selezione del contraente privato, ma anche ad atto giuridico con il quale l'amministrazione formalizza la volontà di contrarre con l'impresa scelta ed alle condizioni da essa offerte.

Anche in tale sede occorre sottolineare le distanze intercorrenti tra disciplina nazionale e disciplina comunitaria: mentre il legislatore nazionale non crea alcuna norma specifica ad hoc per la predeterminazione dei criteri in base ai quali l'amministrazione dovrà procedere a valutare le offerte presentate, in ambito comunitario la disciplina è molto più specifica e dettagliata.

L'art. 81 del Codice degli Appalti Pubblici chiarisce come la migliore offerta debba essere selezionata o con il criterio del prezzo più basso o con quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Le stazioni appaltanti scelgono tra tali criteri quello che ritengono più adeguato in relazione alle caratteristiche dell'oggetto del contratto e indicano nel bando di gara quale dei due criteri sarà applicato per selezionare la migliore offerta ⁴².

⁴¹ Cons. St., sez. IV, 7 settembre 2000, n. 4722; Id., sez. IV, 14 gennaio 2000, n. 244; Id., sez. V, 19 maggio 1998, n. 633; Id., sez. IV, 21 maggio 2004, n. 3355; c.g.a. 8 marzo 2005, n. 104.

⁴² La normativa in materia è particolarmente complessa. Può dirsi però che mentre il criterio del prezzo più basso comporta una valutazione comparativa da parte della stazione appaltante fondata per lo più su dati di natura economica (art. 82, Codice degli Appalti), quello dell'offerta economicamente più conveniente consente di tener conto di tutta un'altra serie di dati ulteriori come la qualità, il pregio tecnico, le caratteristiche estetiche e funzionali (art. 83, Codice degli Appalti).

1.4. Dall'aggiudicazione alla stipula del contratto

“Al termine della procedura è dichiarata l'aggiudicazione provvisoria⁴³ a favore del miglior offerente”, recita l'art. 11, comma 4 del Codice. Dall'aggiudicazione provvisoria non sorge in capo all'impresa aggiudicataria un diritto pieno alla formazione del contratto bensì un interesse legittimo, ovvero una mera aspettativa alla conclusione del procedimento, sebbene da parte della dottrina e della giurisprudenza si sia ritenuto che la nascita del contratto è conseguenza dell'intervenuta aggiudicazione, riducendosi la successiva stipulazione formale ad una semplice dichiarazione di volontà dei soggetti contraenti o anche ad una “ripetizione del negozio giuridico”⁴⁴.

Secondo la giurisprudenza prevalente, tuttavia, l'aggiudicazione provvisoria ha la natura giuridica di un atto endoprocedimentale, inserendosi nell'ambito della procedura di scelta del contraente come un momento necessario ma non decisivo⁴⁵.

È prevista, in generale, un'ulteriore attività di verifica da parte dell'amministrazione non solo in merito alla regolarità della procedura, ma estesa anche all'opportunità e alla convenienza di questa. Solo in caso di esito positivo l'amministrazione perviene all'aggiudicazione definitiva, seguendo in caso contrario un annullamento della gara.

⁴³ Sul tema Claudio Franchini, a cura di, *I contratti con la pubblica amministrazione*, Utet, 2007, pag 853; Santoro, *Il ritorno all'aggiudicazione provvisoria (atto secondo)*. Brevi considerazioni, in *Riv. Trim. appalti* 2006, 841.

⁴⁴ Si veda la sentenza della Cass. Civ., SS.UU., del 1.6.98, n. 5807, in *GCM* 1998, 1286, in cui “Il verbale di aggiudicazione definitiva a seguito di incanto pubblico o licitazione privata non necessariamente equivale ad ogni effetto di legge al contratto perché l'art. 16 4° r.d.2440/1923 ha natura dispositiva – com'è confermato dall'art. 89 r.d. 827/1923 che prevede l'invio agli interessati prima dell'aggiudicazione di uno schema negoziale contenente le condizioni generali e speciali non escluse quelle relative al bando. La p.a. alla quale spetta di valutare discrezionalmente l'interesse pubblico può rinviare anche implicitamente la costituzione del vincolo al momento della stipulazione del contratto, fino alla firma del quale non sussiste pertanto un diritto soggettivo dell'aggiudicatario all'esecuzione di esso”.

⁴⁵ Per tale ragione non sussisterebbe neanche l'obbligo dell'amministrazione, che intenda annullare in autotutela l'aggiudicazione, di dare comunicazione dell'avvio del relativo procedimento, così il Consiglio di Stato, sez. IV, 31 ottobre 2006, n. 6456.

L'approvazione, che può essere esplicita o anche implicita, proviene da un soggetto diverso rispetto alle parti contraenti. Per tale ragione è ricostruita come una *condicio iuris*⁴⁶. Di regola l'aggiudicazione è soggetta ad approvazione espressa da parte dell'organo competente, nei termini previsti dai singoli ordinamenti ovvero se non previsti, entro trenta giorni⁴⁷.

L'approvazione, viceversa, è implicita se, decorsi inutilmente i termini, l'autorità non provveda. In questo caso l'aggiudicazione si intende approvata. Mentre l'approvazione è un fatto costitutivo dell'efficacia, la disapprovazione è un fatto impeditivo della stessa.

A seguito dell'approvazione dell'aggiudicazione provvisoria, l'amministrazione provvede all'aggiudicazione definitiva.

Non si tratta di un atto meramente confermativo dell'aggiudicazione provvisoria, in quanto si differenzia da questa per soggetto competente, forma e contenuto, e "presupponendo una nuova valutazione dei fatti, delle norme e delle circostanze inerenti al procedimento di gara"⁴⁸.

La netta autonomia tra le due forme di aggiudicazione, provvisoria e definitiva, ha indotto la giurisprudenza a considerare ammissibile il ricorso contro l'aggiudicazione definitiva pur in mancanza di impugnazione dell'aggiudicazione provvisoria⁴⁹ e, per converso, a ritenere, esistente un onere di impugnativa della prima, da parte del soggetto che ha impugnato immediatamente e in via autonoma il provvedimento di aggiudicazione provvisoria, pena l'improcedibilità del primo ricorso.

⁴⁶ "L'approvazione di un contratto è intesa a verificare la conformità sostanziale del negozio concluso alla deliberazione a contrarre, la conformità di esso alle norme, alle clausole dei capitolati o del bando e del procedimento seguito nonché l'opportunità stessa del contratto concluso. Tali scopi verrebbero ad essere frustrati se il potere di approvazione si confondesse nella persona che ha proceduto alla conclusione.", così in una sentenza della Corte dei Conti, sez. contr., del 3.12.1994, n.136 in CS 1995, II,729.

⁴⁷ Tale termine può essere interrotto in seguito alla richiesta di chiarimenti o documenti, in tali ipotesi inizia nuovamente a decorrere dopo la presentazione di siffatti chiarimenti o documenti all'organo competente.

⁴⁸ Così Consiglio di Stato, sezione V, sen 2 settembre 2005, n. 4464.

⁴⁹ Il tema dell'annullamento dell'aggiudicazione e degli effetti sul contratto conto un numero assai ampio ai quali si rinvia al capitolo successivo.

Dunque, la definitiva individuazione del contraente risulta consacrata soltanto con l'aggiudicazione definitiva che, secondo un orientamento consolidato, è il vero atto terminale e conclusivo del procedimento di scelta del contraente, che segna l'incontro della volontà della pubblica amministrazione di concludere il contratto e della volontà del privato espressa in sede di offerta, con la conseguenza che da tale momento sorge un vero e proprio diritto soggettivo dell'aggiudicatario alla stipula, nei confronti della stessa pubblica amministrazione. Peraltro, mentre l'aggiudicazione definitiva non ha valore di accettazione dell'offerta che rimane irrevocabile fino al termine stabilito per la stipulazione del contratto, che di norma è di sessanta giorni dal momento in cui diventa efficace l'aggiudicazione definitiva. In sostanza, mentre l'aggiudicatario resta impegnata verso la stazione appaltante sin dall'aggiudicazione e, cioè, dalla proclamazione del risultato, costituendo la presentazione dell'offerta fonte di un vincolo per l'impresa concorrente, viceversa, il semplice verbale di gara non impegna l'amministrazione alla conclusione del contratto. Anche in presenza di un provvedimento di aggiudicazione definitivo, secondo la giurisprudenza non è precluso all'amministrazione procedere, con atto successivo adeguatamente motivato, alla revoca d'ufficio ovvero all'annullamento finanche del provvedimento di aggiudicazione definitiva. In quest'ultimo caso è necessaria la previa comunicazione di avvio del procedimento, finalizzata a consentire all'aggiudicatario, titolare di una posizione giuridica qualificata, di interloquire con l'amministrazione⁵⁰.

Fatte salve tali evenienze, l'aggiudicazione definitiva diventa efficace dopo la conclusione del sub-procedimento di verifica del possesso dei requisiti in capo all'impresa aggiudicatario.

In questa fase la stazione appaltante procede materialmente alla conclusione del contratto con il soggetto risultato vincitore della gara. Tuttavia, a seconda che si tratti di contratti attivi o passivi cambia la normativa di riferimento e quindi anche le modalità dell'agere della Pubblica Amministrazione.

⁵⁰ Consiglio di Stato, sez. IV, 31 ottobre 2006, n. 6456.

Per i contratti attivi, assoggettati alla disciplina di cui alla L. n. 2440 del 1923 e relativo regolamento, la stipula del contratto rappresenta un mero adempimento di carattere formale poiché per espressa previsione normativa (art. 16, 4° comma) il verbale di aggiudicazione definitiva "equivale per ogni legale effetto al contratto". Per tali contratti, quindi, l'aggiudicazione rappresenta il momento conclusivo non solo della fase della scelta del contraente, ma dell'intera fase pubblicistica, poiché da questo momento in poi tra l'amministrazione procedente e l'aggiudicatario, può dirsi sorto un vero e proprio rapporto giuridico di natura contrattuale, connotato dalla presenza di diritti e obblighi a carico delle parti, e dalla posizione paritetica dei soggetti coinvolti. Nelle sole ipotesi di appalto concorso e trattativa privata l'aggiudicazione definitiva non equivale al contratto (art. 16, 5° comma).

Una volta stipulato, il contratto è sottoposto all'approvazione dell'organo a ciò preposto.

Solo dopo l'esito positivo di tale verifica sarà efficace per entrambe le parti sin dal momento della sua stipulazione (o dell'aggiudicazione definitiva che ad esso equivale).

Con riferimento ai contratti passivi, il dettato normativo si pone in aperta antitesi con la disciplina contenuta nella legge sulla contabilità di Stato.

L'art. 11, comma 7, del Codice degli Appalti Pubblici infatti chiarisce che: "l'aggiudicazione definitiva non equivale a accettazione dell'offerta". Essa è vincolante per il solo aggiudicatario, il quale non potrà sciogliersi dal vincolo prima che siano decorsi 60gg dall'acquisto di efficacia dell'aggiudicazione stessa. Tale termine è quello entro cui dovrà procedersi alla stipula del contratto, che in ogni caso non potrà avere luogo prima che siano trascorsi 30gg dalla comunicazione ai controinteressati del provvedimento di aggiudicazione. Tale ultima disposizione è dettata a tutela degli interessi dei soggetti partecipanti alla gara che siano stati da essa esclusi o che abbiano visto aggiudicare l'appalto ad altri⁵¹.

⁵¹ E' evidente la preoccupazione del legislatore comunitario di garantire anche sotto il profilo temporale un'affettiva tutela ai soggetti che dalla gara siano stati esclusi o che comunque abbiano visto aggiudicare ad altri l'appalto: il termine di 30 gg è infatti uno strumento idoneo ad assicurare proprio a tali soggetti la possibilità di far valere le proprie posizioni di interesse legittimo nei

Dalla disciplina normativa emerge chiaramente l'intenzione del legislatore di non considerare sorto alcun rapporto di carattere contrattuale tra la stazione appaltante e l'aggiudicatario al momento dell'aggiudicazione definitiva: la fase pubblicistica è ancora in atto e l'amministrazione non ha ancora dimesso i panni dell'autorità.

Solo in un secondo momento, intervenuta la stipulazione, il contratto sarà sottoposto ad approvazione e diverrà efficace e vincolante per entrambe le parti sin dalla conclusione.

L'approvazione costituisce l'ultimo passaggio dell'intera procedura di evidenza pubblica: il contratto deve essere sottoposto all'approvazione dell'organo competente secondo l'ordinamento delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori, ovvero degli altri soggetti aggiudicatori, nel rispetto dei termini previsti dai singoli ordinamenti, decorrenti dal ricevimento del contratto da parte dell'organo competente⁵².

Il riferimento normativo è l'art. 12 del decreto legislativo n. 163 del 2006, rubricato: "controlli sugli atti delle procedure di affidamento". Il comma secondo di tale norma si occupa espressamente dei controlli sui contratti stipulati, fissando le principali regole in materia. Il contratto deve essere sottoposto all'approvazione dell'organo competente secondo l'ordinamento delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori, ovvero degli altri soggetti aggiudicatori, nel rispetto dei termini previsti dai singoli ordinamenti, decorrenti dal ricevimento del contratto da parte dell'organo competente.

In mancanza il termine è di 30 giorni. Il termine è interrotto dalla richiesta di chiarimenti o documenti e inizia nuovamente a decorrere quando i documenti o chiarimenti pervengono all'organo richiedente.

confronti della Pubblica Amministrazione prima che, stipulando il contratto, la fase ad evidenza pubblica si concluda e possa dirsi un vero e proprio rapporto giuridico obbligatorio tra stazione appaltante e soggetto aggiudicatario, Caringella, Corso di diritto amministrativo.

⁵² Caringella, Corso di diritto amministrativo, Giuffrè; e Garofoli, Ferrari, Manuale di diritto amministrativo, Nel diritto editore, 2008.

Decorsi i termini previsti dai singoli ordinamenti o, in mancanza, quello di 30 giorni, il contratto si intende approvato⁵³. Il contratto è sottoposto alla condizione sospensiva dell' esito positivo dell' eventuale approvazione e degli altri controlli previsti dalle norme proprie delle stazioni appaltanti o degli enti aggiudicatori⁵⁴.

Quindi è solo a seguito dell'approvazione (e dell'eventuale controllo dell'approvazione stessa) che il contratto diverrà efficace e vincolante per entrambe le parti a decorrere dal momento della sua stipulazione: è quindi dal momento della stipula che potrà dirsi instaurato tra Pubblica Amministrazione e aggiudicatario un rapporto di natura paritetica, connotato dalla compresenza di posizioni di diritti e di obblighi a carico dei soggetti tra cui intercorre.

L'amministrazione procedente da quel momento in poi avrà dismesso i panni dell'autorità, divenendo "parte" del contratto.

Queste osservazioni non possono riferirsi tout court ai contratti c.d. attivi, assoggettati alla disciplina di cui alla legge n. 2440 del 1923 e relativo regolamento del 1924.

Al di là delle peculiarità che in questi casi assume il procedimento di approvazione, occorre sottolineare come con riguardo a tali contratti, la fase della stipulazione al di là delle ipotesi espressamente previste dalla legge, ha una rilevanza di gran lunga minore sia per la conclusione della c.d. evidenza pubblica, sia per la classificazione dei rapporti intercorrenti tra Pubblica Amministrazione e privato aggiudicatario.

Per espresso disposto normativo⁵⁵ infatti, in questi casi l'aggiudicazione definitiva equivale ad ogni effetto legale al contratto, ed è il quel momento che può dirsi realmente chiusa la fase pubblicistica, con la conseguente nascita di un rapporto di natura paritetica tra amministrazione procedente e privato.

Tuttavia anche ai sensi della normativa in materia di contabilità pubblica, l'aggiudicazione definitiva (o il contratto) non potrà dirsi efficace fino a che non sia intervenuta l' approvazione da parte dell' organo competente.

⁵³ Vedi art.12 rubricato "controlli sugli atti delle procedure di affidamento", comma 2°, del D.lgs. 163/2006.

⁵⁴ Art. 11, comma 11, del D.lgs. 163/2006.

⁵⁵ Art. 16, comma 4, L. 2440/1923.

L'esito positivo del controllo avrà comunque efficacia ex tunc, facendo decorrere l'operatività del vincolo contrattuale sin dal momento della sua stipulazione (o dal momento dell'aggiudicazione definitiva ove contratto non ci sia).

I procedimenti di approvazione dei contratti di diritto privato stipulati dalla Pubblica Amministrazione afferiscono alla c.d. fase integrativa dell'efficacia, ed essi possono intervenire tanto a seguito dell'aggiudicazione che successivamente alla stipulazione del contratto. Con particolare riferimento a quest'ultimo caso si pone la questione dall'Autorità giurisdizionale competente a conoscere la controversia.

1.5. Tra vecchi e nuovi divieti di contrarre con la P.A.

Le disposizioni riguardanti i requisiti di ordine generale si configurano come norme a fattispecie tassativamente individuate dal legislatore quel punto di equilibrio tra le esigenze dell'amministrazione committente e le aspettative economiche delle imprese⁵⁶. L'art. 38 del Codice contratti, come novellato dal d.lgs. n. 113/2007, ripropone sostanzialmente la normativa tradizionale, pur introducendo alcune novità in tema di illeciti penali, laddove sono individuati più dettagliatamente i soggetti nei cui confronti rilevano le condanne o le cause ostative⁵⁷, la regolarità contributiva e fiscale⁵⁸, e l'accertamento, ad opera della

⁵⁶ Lombardi L., la disciplina dei requisiti di ordine generale nel Codice De Lise, in Urb. e app., 2007, 23 e Paolo Patrito, L'art. 38 del Codice dei contratti pubblici nuovamente al vaglio della giurisprudenza, in Urb. e app., 2009 pag. 858 e ss.

⁵⁷ L'incapacità a contrattare con la pubblica amministrazione si verifica anche nel caso di decisione definitiva o, ancorché non definitiva, confermata in grado di appello, per delitti consumati o tentati di associazioni a delinquere di stampo mafioso e sequestro di persona a scopo di estorsione, per i delitti commessi al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste, nonché per i delitti di associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti.

⁵⁸ Il Codice ha recepito la numerosa giurisprudenza in materia, ad esempio la sentenza del TAR Sardegna, sez. I, 2 marzo 2006, n. 271, sull'illegittimità di un'aggiudicazione disposta in favore di un'impresa priva di requisito della regolarità contributiva, rientrando sotto l'unico profilo della violazione degli obblighi contributivi e fiscali. In particolare si veda F. Leggiadro, il concetto di irregolarità contributiva o fiscale. Il TAR Lazio investe la Corte di Giustizia, commento a TAR Lazio, 28 aprile 2004, n. 3606 in Urb. e app. 2004, pag. 1090 e ss. In cui la corte di giustizia pone in luce la necessaria elasticità dell'interpretazione della norma comunitaria rispetto a quella degli stati membri i quali potranno prevedere all'interno dell'attività amministrativa tre ipotesi di sanatorie: a) misure di condono fiscale; b) concordato al fine di rateizzare o di ridurre i debiti; c) mediante ricorso giurisdizionale.

stazione appaltante, del possesso dei requisiti generali⁵⁹. Il carattere di tassatività evidenziato fa sì che l'esclusione possa essere disposta dalle amministrazioni senza poteri di valutazioni. Infatti nell'art. 38 il legislatore non ha riproposto la distinzione tra cause obbligatorie di esclusione e facoltative, operata invece dal legislatore comunitario (art. 45 della direttiva 2004/18); ne consegue che tutte le ipotesi contemplate dall'art. 38 comma 1 costituiscono ipotesi obbligatorie di esclusione e comportano l'impossibilità di stipulare il relativo contratto⁶⁰.

L'art. 38 cit. consta di due distinte proposizioni. La prima contiene una vera e propria Generalklausel - reati gravi "che incidono sulla moralità professionale" - la quale necessita, in quanto tale, "più che di una interpretazione, di una concretizzazione"⁶¹ da parte della giurisprudenza: ad essa è demandato il compito di valutare, alla luce del canone della ragionevolezza⁶², la legittimità dell'operato della stazione appaltante in ordine alla ritenuta sussistenza del rilievo del

⁵⁹ Cons. di stato sez V 15 marzo 2006 n. 1387 in Lombardi op cit 23, l'autore pone in luce il fatto che il consiglio di stato in una decisione in tema di possesso dei requisiti minimi di partecipazione ad una gara li ha considerati tali indipendentemente dal valore di una concreta procedura concorsuale, dalle qualità morali dalle capacità tecniche organizzative e finanziarie di cui l'aggiudicatario deve essere effettivamente in possesso per poter espletare in modo completo ed esauriente il servizio oggetto di appalto.

⁶⁰ Sanino M., Commento al Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi forniture D.lg. 12 aprile 2006 n. 163 Torino 2006, 197. per tale autore, nel caso in cui la causa di esclusione si verifichi quando il contratto è già in esecuzione, il contratto medesimo dovrà considerarsi nullo per sopravvenuta violazione di una norma imperativa. Al riguardo si segnala tuttavia una certa incongruenza con il disposto con l'art. 135 del codice che, in caso di sopravvenuta condanna definitiva per frode o per violazione degli obblighi attinenti alla sicurezza sul lavoro o di sopravvenuta applicazione definitiva di una misura di prevenzione di cui alla legge 27 dicembre 1956 n. 1423, prevede che la stazione appaltante ha la facoltà di risolvere il contratto. Tale incongruenza non trova una spiegazione attendibile, l'unica ragione formale potrebbe ravvisarsi nella natura della norma la quale è imperativa se ci si riferisce ai casi di esclusione di cui all'art. 38, mentre con riferimento al menzionato art. 135 del codice si ravvisa una natura semplicemente dispositiva della norma de qua.

⁶¹ L. Kunz, Percorsi verso la concretizzazione delle clausole generali. Quale contributo della scienza giuridica tedesca del Diritto privato europeo? (Giornata di studi, 29 aprile), in Die Generalklausel im Europäischen Privatrecht, a cura di C. Baldus, P.C. Muller-Graff, München, 2006, 162, la quale ricorda come il legislatore «può optare per una regolamentazione di carattere dettagliato, al fine di garantire la certezza del diritto; ma può anche dettare una norma indeterminata sul piano linguistico, al fine di rendere possibile, attraverso formulazioni aperte alla recezione di valori, la giustizia del caso concreto».

⁶² La giurisprudenza costante afferma che grava sulla stazione appaltante l'obbligo «di valutare la condotta dell'offerente, tenendo conto di molteplici aspetti quali quelli soggettivi, temporali e relazionali per verificare la sua professionalità per come nel tempo si è manifestata. Profili questi che, evidentemente, la p.a. deve valutare caso per caso e delle cui risultanze deve dare specifico conto nella motivazione dell'eventuale provvedimento di esclusione»: così, Cons. Stato, sez. VI, 13 maggio 2009, n. 2964, in www.lexitalia.it.

commesso reato sul “vincolo fiduciario da instaurare attraverso il contratto”. La seconda contiene un elenco di reati il cui accertamento definitivo comporta l’automatica esclusione dell’offerente⁶³.

L’autocertificazione, istituto che assolve “alla funzione probatoria e conoscitiva propria degli atti sostituiti”, presuppone l’impegno del dichiarante a “dire il vero” riguardo a determinate circostanze, impegno la cui violazione, al fine di non svuotare di significato l’istituto in parola, è oggetto di sanzioni penali e determina, ai sensi dell’art. 75, D.P.R. n. 445/2000, la decadenza dai benefici ottenuti in forza di provvedimento emesso sulla base di dichiarazione non veritiera⁶⁴.

L’Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, nella Determinazione 1/2010, ha difatti sancito il recente orientamento giurisprudenziale in forza del quale la valutazione di inconferenza della notizia o dell’inesistenza in punto di fatto dei presupposti per l’annotazione implicita, da parte dell’Autorità, un apprezzamento circa i fatti oggetto della dichiarazione mendace⁶⁵.

La verifica da parte dell’amministrazione della documentazione attestante la non ricorrenza delle cause impeditive ed ostative risulta essenziale al fine di escludere

⁶³ Si tratta dei “reati di partecipazione a un’organizzazione criminale, corruzione, frode, riciclaggio, quali definiti dagli atti comunitari citati all’art. 45, par. 1, direttiva CE 2004/18”. L’art. 45 della direttiva 2004/18/ CE, a sua volta, delinea il seguente elenco: “a) partecipazione a un’organizzazione criminale; b) corruzione; c) frode ai sensi dell’articolo 1 della convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee; d) riciclaggio dei proventi di attività illecite”. Contra T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 20 aprile 2009, n. 3984 in Urbanistica e appalti n. 7/2009, in cui è proposta un’innovativa lettura, comunitariamente orientata, dell’art. 38, D.Lgs. n. 163/2006, annulla l’esclusione da una gara d’appalto comminata ad un’impresa che non aveva dichiarato la sussistenza di una sentenza ex art. 444 c.p.p. per il reato di omicidio colposo a seguito di sinistro automobilistico. Afferma infatti il TAR che, in tali circostanze, l’omessa dichiarazione in sé non può comportare automaticamente la grave sanzione dell’esclusione, senza che la stazione appaltante dia congrua e adeguata motivazione in ordine all’incidenza del precedente taciuto sulla moralità professionale dell’offerente.

⁶⁴ Al riguardo, si segnala che di recente il Consiglio di Stato ha precisato che è legittima l’ammissione a una gara d’appalto della ditta il cui legale rappresentante abbia reso una dichiarazione non veritiera in relazione al possesso dei requisiti di ordine generale qualora la falsità riguardi circostanze che non sono tali da «influenzare il dipanarsi della procedura competitiva», trattandosi “per mutare categorie penalistiche, di un falso innocuo, privo di qualsivoglia offensività rispetto agli interessi presidiati dalle regole che governano la procedura di evidenza pubblica, come tale non stigmatizzabile con la sanzione dell’esclusione”: così Cons. Stato, sez. V, 13 febbraio 2009, n. 829, in www.lexitalia.it. Nel caso deciso dalla pronuncia da ultimo citata, il legale rappresentante aveva, sì, falsamente dichiarato che non vi erano soggetti cessati dalla carica nel triennio antecedente, ma su nessuno di costoro gravavano pregiudizi penali di sorta.

⁶⁵ Si veda TAR Lazio, sez. III, 11 novembre 2009 n. 11090 e 11091 su www.giustizia-amministrativa.it.

la penetrazione delle cosche mafiose nel mondo degli appalti, in questo ambito un ruolo centrale riveste l'acquisizione della cd. certificazione antimafia⁶⁶.

L'istituto della certificazione è stato nel tempo sostituito con il sistema delle cd. "cautele antimafia", caratterizzato dall'eliminazione del certificato antimafia su richiesta del privato.

La disciplina delle comunicazioni e delle informative antimafia è stata poi significativamente razionalizzata dal d.p.r. 3 giugno 1998, n. 252, che ha accorpato in un testo unico le disposizioni in subiecta materia contenute in diversi testi normativi, tra cui in particolare il d.lgs. 8 agosto 1994, n. 490.

La novità assoluta che si presentava consisteva nel fatto che non doveva più essere l'impresa interessata a produrre la "certificazione antimafia", ma era compito della pubblica amministrazione acquisirla, prima di stipulare, approvare o autorizzare i contratti o subcontratti, ovvero prima di rilasciare o consentire concessioni, autorizzazioni, licenze o altro, presentando apposita richiesta alla Prefettura⁶⁷. Il d.p.r. n. 252 del 3 giugno 1998 – entrato in vigore il 29 settembre 1998 – ha ulteriormente semplificato, in modo massiccio, i procedimenti oggi

⁶⁶ Si veda Mezzotero Alfonso, *Le informative prefettizie antimafia: natura, tipologie ed effetti interdittivi*, in *Giur. Merito* 2009, 4, 1073. L'originaria connotazione dell'istituto, di cui all'art. 10 sexies della legge n. 575 del 1965, come introdotto dalla legge n. 55/1990, subordinava il rilascio di provvedimenti ampliativi e la stipulazione dei contratti da parte della pubblica amministrazione alla presentazione ad opera dell'istante o del richiedente della cd. certificazione antimafia, ossia di certificazione rilasciata dalla prefettura, attestante la pendenza di procedimenti per l'applicazione della misura di prevenzione nonché la sussistenza di provvedimenti irrogativi di divieti, sospensioni e decadenze di cui all'art. 10 della legge n. 575/1965. L'originaria connotazione dell'istituto contemplante la possibilità di rilascio del certificato su istanza del diretto interessato, è stata modificata in profondità con il decreto legislativo 8 agosto 1994, n. 490, emanato in attuazione della legge delega n. 47 del 17 gennaio 1994.

⁶⁷ I punti salienti della nuova disciplina in materia sono stati individuati nell'attivazione del collegamento informatico o telematico fra il sistema informativo delle Camere di Commercio e quello di servizio di una o più Prefetture, in modo da attestare con strumenti automatizzati e in base ai dati relativi alle iscrizioni nei registri delle predette camere di commercio e nel registro delle imprese l'inesistenza delle cause di divieto o di sospensione; l'equiparazione delle attestazioni delle Camere di Commercio recanti l'apposita dicitura alle comunicazioni della Prefettura inerenti la inesistenza delle predette cause di divieto o di sospensione; l'accessibilità alle Prefetture competenti delle segnalazioni relative al rilascio delle attestazioni. È stata, inoltre, introdotta la possibilità per gli imprenditori iscritti al Registro delle imprese, attraverso un collegamento informatico o telematico fra il sistema informativo delle Camere di Commercio e quello del Ministero dell'Interno, di acquisire una specifica attestazione, rilasciata dalla Camera di Commercio attestante l'inesistenza delle cause di divieto, di decadenza o di sospensione.

necessari per il rilascio delle comunicazioni⁶⁸ e delle informazioni antimafia riducendo in misura significativa il campo di applicazione della normativa antimafia⁶⁹.

La materia delle misure di prevenzione antimafia, è stata recentemente modificata dal pacchetto sicurezza⁷⁰. La lettera *m-ter*) dell'art. 38 del Codice introdotta dalla legge 94/2009 prevede l'esclusione dalle procedure di aggiudicazione di appalti per coloro che, vittime del reato di concussione ovvero quello di estorsione, aggravati dalla finalità di favorire associazioni di natura criminale e di stampo mafioso, non risultino aver denunciato i fatti all'autorità giudiziaria. La causa di cui alla lettera *m-ter*)⁷¹ non opera se la mancata denuncia sia riconducibile allo

⁶⁸ Le novità più importanti introdotte dal d.p.r. n. 252/1998 possono essere così sintetizzate: le comunicazioni e le dichiarazioni sostitutive di cui agli articoli 2 e 3 del D. Lgs. n. 490/94 (ora entrambi abrogati) non saranno più richieste: a) per i rapporti fra le pubbliche amministrazioni, gli enti pubblici, enti e aziende vigilati dallo Stato, altri enti pubblici e società o imprese comunque controllate dallo Stato; b) per i rapporti fra i soggetti pubblici di cui alla lettera a) e altri soggetti, anche privati, i cui organi rappresentativi e quelli aventi funzioni di amministrazione e di controllo sono sottoposti, per disposizione di legge, alla verifica di particolari requisiti di onorabilità tali da escludere la sussistenza di una delle cause di sospensione, di decadenza o di divieto previste dall'art. 10 della L. n. 575/65; c) per il rilascio e il rinnovo delle autorizzazioni o licenze di polizia di competenza delle autorità di P.S.; d) per la stipulazione e approvazione di contratti e per la concessione di erogazioni a favore di chi esercita attività agricole, artigiane o professionali, non organizzate in forma di impresa, nonché a favore di chi esercita attività artigiana in forma di impresa individuale; e) per i provvedimenti, gli atti, i contratti e le erogazioni il cui valore complessivo non superi i 300 milioni di vecchie lire.

⁶⁹ Da ultimo è stato pubblicato in G.U. n. 212 del 10.09.2010 il DPR 2/8/2010 nr. 150, recante il "Regolamento recante norme relative al rilascio delle informazioni antimafia a seguito degli accessi e accertamenti nei cantieri delle imprese interessate all'esecuzione di lavori pubblici". Il provvedimento, in vigore dal 25 settembre 2010, definisce la disciplina di accessi ed accertamenti presso i cantieri per contrastare le infiltrazioni mafiose. I disposti del decreto trovano applicazione a tutti i soggetti che intervengono a qualunque titolo nel ciclo di realizzazione dell'opera, anche con appalti di modesta entità (noli e forniture di beni e prestazioni di servizi, ivi compresi quelli di natura intellettuale, qualunque sia l'importo dei relativi contratti o dei subcontratti).

⁷⁰ Come è noto, il nostro ordinamento, accanto alle misure cautelari e di sicurezza, previste, rispettivamente, dagli artt. 13 e 25 Cost., prevede e disciplina le misure di prevenzione. Queste ultime si caratterizzano per il fatto di trovare applicazione indipendentemente dalla commissione di un precedente reato. Esse costituiscono espressione del principio di "prevenzione e sicurezza sociale, per il quale l'ordinato e pacifico svolgimento dei rapporti fra i cittadini deve essere garantito, oltre che dal sistema di norme repressive dei fatti illeciti, anche da un parallelo sistema di adeguate misure preventive contro il pericolo del loro verificarsi nell'avvenire". Le misure di prevenzione possono avere natura personale o patrimoniale. La legge n. 575/1965 ha esteso le misure di prevenzione di natura personale di cui alla legge n. 1423/1956 agli indiziati di appartenere ad associazioni mafiose, camorristiche e assimilabili e ha previsto (artt. 2-*bis* e ss., aggiunti dalla legge 13 settembre 1982, n. 629) la possibilità di disporre nei confronti dei suddetti soggetti misure preventive di carattere patrimoniale (quali il sequestro e la confisca).

⁷¹ L'articolo dispone che sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti,

stato di necessità nella quale si trovava la vittima del reato, ovvero la necessità di salvare sé o altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona.

A tale novella ne è poi seguita una seconda ad opera della l. n. 166/2009, che ha inserito la lett. m-quater), che prevede l'esclusione per i soggetti che si trovino, rispetto ad un altro partecipante alla medesima procedura di affidamento, in una situazione di controllo di cui all'art. 2359 c.c. o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, se la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale.

Con la recente legge 13 agosto 2010, n. 136, in materia di normativa antimafia, si è introdotto un sistema di tracciabilità dei flussi finanziari⁷² di chi partecipa alle gare di appalto e quelli di chi beneficia di finanziamenti pubblici attraverso conti correnti dedicati. Una delle maggiori novità è quella recata dal suo art. 10, il quale prevede il nuovo reato di "turbata libertà del procedimento di scelta del contraente"⁷³. Il nuovo reato quindi riguarda la fase di indizione della gara e, segnatamente, quella di approvazione del bando, al fine di scoraggiare il

e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti: *"di cui alla precedente lettera b) che, anche in assenza nei loro confronti di un procedimento per l'applicazione di una misura di prevenzione o di una causa ostativa ivi previste, pur essendo stati vittime di reati previsti e puniti dagli articoli 317 e 629 del codice penale aggravati ai sensi dell'articolo 7 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, non risultino aver denunciato i fatti alla autorità giudiziaria, salvo che ricorrano i casi previsti dall'articolo 4, primo comma, della legge 24 novembre 1981, n. 689. La circostanza di cui al primo periodo deve emergere dagli indizi a base della richiesta di rinvio a giudizio formulata nei confronti dell'imputato nei tre anni antecedenti alla pubblicazione del bando e deve essere comunicata, unitamente alle generalità del soggetto che ha ommesso la predetta denuncia, dal procuratore della repubblica procedente all'Autorità di cui all'articolo 6, la quale cura la pubblicazione della comunicazione sul sito dell'Osservatorio"*.

⁷² L'art. 3 della legge n. 136/2010 prevede che per assicurare la tracciabilità dei flussi finanziari finalizzata a prevenire infiltrazioni criminali, gli appaltatori, i subappaltatori e i subcontraenti della filiera delle imprese nonché i concessionari di finanziamenti pubblici anche europei a qualsiasi titolo interessati ai lavori, ai servizi e alle forniture pubblici devono utilizzare uno o più conti correnti bancari o postali, accesi presso banche o presso la società Poste italiane Spa, dedicati, anche non in via esclusiva, fermo restando quanto previsto dal comma 5, alle commesse pubbliche. La disposizione è entrata in vigore il 7 settembre 2010. Il comma 5 stabilisce anzitutto che ai fini della tracciabilità dei flussi finanziari, il bonifico bancario o postale deve riportare, in relazione a ciascuna transazione posta in essere dai soggetti di cui al comma 1, il codice unico di progetto (CUP) relativo all'investimento pubblico sottostante. Il CUP, ove non noto, deve essere richiesto alla stazione appaltante.

⁷³ Il reato di "turbata libertà del procedimento di scelta del contraente" ricorre nella condotta di chi, con violenza o minaccia, o con doni, promesse, collusioni o altri mezzi fraudolenti, turba il procedimento amministrativo diretto a stabilire il contenuto del bando o di altro atto equipollente al fine di condizionare le modalità di scelta del contraente da parte della amministrazione. Il reato viene punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni e la multa da euro 130 a 1.032 euro.

comportamento di coloro che, con la collusione della stazione appaltante, cercano di far redigere i c.d. “bandi-fotografia” e cioè quei bandi di gara che contengono requisiti talmente stringenti da determinare *ex ante* la platea dei potenziali concorrenti.

“Mentre il vecchio reato di turbata libertà degli incanti fa riferimento generico a colui che *“impedisce o turba la gara nei pubblici incanti o nelle licitazioni private per conto di pubbliche amministrazioni”*, il “nuovo” reato di turbata libertà del procedimento di scelta del contraente, fa riferimento invece a colui che *“turba il procedimento amministrativo diretto a stabilire il contenuto del bando o di altro atto equipollente al fine di condizionare le modalità di scelta del contraente da parte della pubblica amministrazione”*. La differenza è tuttavia più apparente che reale, dato che già il vecchio reato, riferendosi genericamente alle turbative di gara, finiva per ricomprendere anche la fase iniziale di indizione della gara vera e propria e cioè quella di approvazione del bando. Per cui in pratica il nuovo reato, non solo non aggiunge nulla di particolarmente nuovo rispetto a quanto già previsto (sia pure genericamente) dall’art. 353 c.p., ma si traduce in una irragionevole diminuzione della tutela penale”⁷⁴.

1.6. La tutela ante causam

La parte IV del d.lgs. n.163 del 2006 si occupa di alcuni delicatissimi profili relativi alla tutela giurisdizionale. Il Codice degli appalti, agli artt. 244-246⁷⁵, dopo aver ricostruito il sistema normativo degli strumenti di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia i contratti pubblici (transazione, accordo bonario, arbitrali), affronta i temi del riparto di giurisdizione e degli strumenti di tutela giudiziale che, anche alla stregua dei più recenti orientamenti dei giudici comunitari, devono essere assicurati ai potenziali contraenti.

⁷⁴ Giovanni Virga, La “nuova” tutela penale del procedimento di scelta del contraente, 25 agosto 2010, www.lexitalia.it

⁷⁵ Il comma primo dell’art. 245 delinea l’ambito di applicazione delle nuove disposizioni, circoscritto alle liti di tipo impugnatorio concernenti “gli atti delle procedure di affidamento, nonché degli incarichi e dei concorsi di progettazione, relativi a lavori, servizi e forniture previsti dal presente codice, nonché i provvedimenti dell’Autorità” disciplinata dall’art. 6 del Codice.

La normativa dettata dal Codice costituisce il frutto della ricerca di un'equilibrata composizione tra tutela degli interessi sostanziali sottesi alla contrattazione pubblicistica, rispetto della disciplina vigente (anche in relazione ai limiti imposti dalla legge delega) ed esigenza di celerità nelle definizioni delle liti. Le nuove disposizioni hanno contenuto fortemente innovativo e sono state introdotte al fine di risolvere incertezze pregresse o aspetti patologici, ritenuti non idonei ad assicurare una tutela realmente effettiva.

Il profilo di maggiore interesse è indubbiamente rappresentato dall'introduzione nel processo amministrativo relativo ai contratti pubblici della tutela cautelare *ante causam*⁷⁶, per la prima volta indipendente dalla previa introduzione di un giudizio di merito.

Il sistema processualistico prevede una tutela cautelare connotata dai caratteri della tipicità (art. 700 c.p.c.) della strumentalità e, almeno sino alle più recenti riforme del 2005, della non autosufficienza; le misure cautelari possono inoltre essere concesse a prescindere dalla previa instaurazione di un giudizio di merito (art. 669 ter) ed anche inaudita altera parte (art. 669 sexies), ossia anche in eventuale assenza, almeno in una prima fase, di regolare instaurazione del contraddittorio.

Diversamente, nel processo amministrativo la legge n. 205/2000 ha aperto la tutela cautelare alla atipicità, confermando peraltro la necessità della previa instaurazione del giudizio di merito attraverso la notifica ed il deposito del ricorso, se pure temperata dalla previsione dei decreti presidenziali provvisori⁷⁷. Con decisione 29 aprile 2004⁷⁸, la Corte di Giustizia ha confermato, anche in riferimento al sistema italiano, la posizione già assunta nel 2003 nei confronti

⁷⁶ Con la locuzione 'tutela cautelare *ante causam*', o 'preventiva', o 'pura', si individua l'ipotesi in cui la misura cautelare sia richiesta dall'interessato in un momento antecedente alla proposizione del ricorso di merito. L'istanza cautelare, più precisamente, non accede al ricorso introduttivo né è avanzata con atto separato e successivo, ma è destinata ad essere deliberata dal giudice nell'ambito di un processo incentrato specificamente sulla sussistenza o insussistenza dei presupposti per la concessione della misura. La tutela cautelare, quindi, è *ante causam* quando la trattazione della relativa domanda dà luogo ad un processo a sé stante, e non ad una questione incidentale del processo di merito.

⁷⁷ Con l'introduzione dell'art. 21 comma 9 l. n. 1034 del 1971.

⁷⁸ Corte di Giust. C.E., ord. 29 aprile 2004, in causa C-202/03, in *Foro amm. - C.d.S.*, 2004, 1000, nonché in www.giustamm.it, con il commento di S. TARULLO, *La Corte di giustizia e la tutela cautelare ante causam nel processo amministrativo: un nodo da sciogliere*.

della Spagna⁷⁹: un sistema di giustizia amministrativa che non consente nel settore degli appalti pubblici, una tutela cautelare d'urgenza piena ed autonoma dalla proposizione di un'azione di merito contrasta con i principi del diritto comunitario in tema di effettività della tutela e, in particolare con l'art. 2, comma 1, lett. a della Direttiva ricorsi.

Il Codice dei contratti pubblici prevede rispettivamente l'obbligo della previa notifica ai sensi dell'art. 21, comma 1, l. TAR, all'autore del provvedimento contro il quale si agisce ed almeno uno dei controinteressati, che dove possibile, devono essere sentiti, e la provvisorietà della misura concessa, la quale "perde comunque effetto con il decorso di sessanta giorni dalla sua prima emissione".

La misura cautelare *ante causam*, contraddistinta dal massimo grado di interinalità e provvisorietà, può essere disposta solo se indispensabile "durante il tempo occorrente per la proposizione del ricorso di merito e della domanda cautelare di cui ai commi 8 e 9 del citato articolo 21": così si esprime, testualmente, l'art. 245, comma 3, del Codice.

Quindi, se sul piano funzionale la tutela cautelare *post causam* serve a mantenere la *res adhuc integra* (ammesso e non concesso che il principio di atipicità possa consentire ancora, in via generale, una simile affermazione)⁸⁰ fino al momento di definizione della causa, il provvedimento *ante causam* presenta una sua specificità: esso vale ad evitare che nel tempo occorrente per pervenire alla misura *post causam* (monocratica o collegiale) la situazione di fatto dedotta in giudizio (*res in iudicio deducta*) subisca mutamenti tali da rendere inutile (*inutiliter data*) la successiva pronuncia incidentale.

Il nuovo istituto si presenta, sotto questo aspetto, assai innovativo rispetto allo stesso schema offerto dall'art. 700 c.p.c., in quanto infrange definitivamente il collegamento con la decisione di merito che pure è connotato qualificante dell'archetipo processualcivilistico⁸¹.

⁷⁹ Corte Gius. CE Sez. IV, 15 maggio 2003 n. 214, in Riv. It. Dir. Pubbl. comunitario, 2003, 1265.

⁸⁰ Follieri, La fase cautelare, in F.G. Scoca (a cura di), La giustizia amministrativa, torino 2006, 281.

⁸¹ E. Picozza, *La tipologia e gli effetti del processo cautelare*, cit., 260

Se, infatti, l'art. 700 c.p.c. legittima all'istanza cautelare chi tema che un pregiudizio "imminente e irreparabile" possa verificarsi "durante il tempo occorrente per far valere il suo diritto in via ordinaria" (cioè, durante il tempo occorrente per conseguire una sentenza favorevole), precisando che il provvedimento d'urgenza deve essere idoneo "ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito", il rapporto di strumentalità (e quindi di continenza effettuale) sotteso alla nuova previsione del 2006 appare diversamente conformato: esso si appunta non già sulla futura sentenza, ma sulla futura misura cautelare *post causam*.

Appare perciò appropriata, per il nuovo rimedio, la denominazione di misura 'precautelare', proprio in quanto esso risulta funzionale a preservare le condizioni di operatività e di efficacia non della decisione di merito, ma di un'ipotetica misura cautelare incidentale, che il giudice – mediante una proiezione mentale – è chiamato ad assumere a riferimento per verificare il grado di indifferibilità della cautela richiesta.

Il procedimento cautelare nell'ambito del giudizio amministrativo ha trovato un'organica sistemazione e collocazione nell'ambito del codice del processo amministrativo all'interno del libro secondo che tratta il procedimento amministrativo di primo grado. I tipi di procedimento cautelare previsti dagli artt. 55 e ss del codice sono tre; l'art. 55 disciplina la tutela cautelare collegiale⁸² nell'ambito del procedimento di merito ordinario, l'art. 56 disciplina la tutela

⁸² Passando ad esaminare, sotto il profilo della procedura, i diversi procedimenti cautelari e prendendo le mosse da quello generale previsto dall'art. 55 del codice, l'istanza cautelare può essere promossa congiuntamente al ricorso e viene notificata unitamente ad esso. La trattazione dell'istanza cautelare viene fissata nella prima camera di consiglio successiva al termine di venti giorni dal perfezionamento dell'ultima delle notifiche e, comunque, successiva al termine di dieci giorni dal deposito del ricorso. La trattazione dell'istanza cautelare è subordinata alla presentazione dell'istanza di discussione della causa di merito. E' consentita la presentazione di memorie e documenti sino a due giorni prima della camera di consiglio e, in casi di ravvisata necessità ed urgenza, anche alla data dell'udienza. Il collegio assicura, su istanza di parte, l'integrità del contraddittorio e la completezza dell'istruttoria e i difensori che ne facciano richiesta possono essere sentiti nella camera di consiglio. E' anche possibile che, apprezzata favorevolmente l'istanza cautelare, il Collegio si determini per la sollecita fissazione dell'udienza per il merito. Con l'accoglimento dell'istanza cautelare il collegio deve fissare l'udienza di merito e, in difetto, l'ordinanza sarà appellabile e, sul punto, riformata dal Consiglio di Stato che ne ordinerà la fissazione con priorità. All'esito della camera di consiglio il collegio dovrà in ogni caso pronunciarsi sulle spese.

cautelare monocratica⁸³ sempre nel contesto del procedimento di merito e l'art. 61 disciplina la nuova tutela cautelare ante causam⁸⁴ che ripropone, in via generalizzata, il modello di cui all'art. 245 del D.Lgs. n 163 del 2006 introdotto nel codice dei contratti pubblici nell'ambito degli appalti.

Il comma 5 dell'art. 245 si occupa del provvedimento negativo (che, cioè, rigetta l'istanza cautelare). Esso non è impugnabile, ma la domanda cautelare può essere riproposta dopo l'inizio del giudizio di merito ai sensi dell'articolo 21, commi 8 e 9, della legge 1034/71, ossia come richiesta di tutela monocratica o collegiale, sussistendo i rispettivi presupposti.

Più ampia e ricca di spunti è la formulazione del comma 6 dell'art. 245, incentrata sul provvedimento di accoglimento dell'istanza cautelare.

⁸³ L'art. 56 del codice del processo amministrativo disciplina il procedimento cautelare monocratico in casi di particolare gravità ed urgenza che non consentano di attendere sino alla data della prima camera di consiglio prevista per la trattazione collegiale della domanda cautelare. In tali casi, la parte nell'ambito della domanda cautelare unita al ricorso o con separato ricorso può formulare istanza al Presidente del Tribunale o a quello della Sezione cui il ricorso sia stato assegnato per l'adozione dei provvedimenti cautelari necessari. Il Presidente non potrà pronunciarsi sull'istanza cautelare se non previa verifica del perfezionamento della notifica (che potrà avvenire, a cura del difensore, anche a mezzo fax), della presentazione dell'istanza di fissazione d'udienza di merito e della sussistenza della competenza a decidere sull'istanza. Il Presidente potrà, peraltro, prescindere dalla verifica del perfezionamento delle notifiche (salvo successivamente revocare il provvedimento interinale) e, senza formalità, potrà sentire le parti, che si siano rese disponibili, ai fini della decisione. Con il decreto che abbia concesso la tutela cautelare richiesta dovrà essere necessariamente fissata la data della camera di consiglio dove la misura stessa dovrà necessariamente essere confermata dal collegio pena la sua perdita di efficacia.

⁸⁴ L'art. 61 del codice del processo amministrativo prevede, come detto, la tutela cautelare ante causam, somministrata dal Presidente del tribunale competente. La domanda cautelare ante causam va promossa con ricorso al Presidente del Tribunale Amministrativo competente (in caso di accertata incompetenza il Presidente non potrà pronunciarsi sull'istanza), previamente notificato alla parte pubblica e ad almeno uno dei controinteressati. Il Presidente, verificato il perfezionamento delle notifiche, deciderà sull'istanza con una misura cautelare atipica e necessariamente provvisoria in quanto destinata a perdere efficacia: 1) se il provvedimento concessivo non sia stato notificato entro il termine fissato dal giudice o, in difetto, entro quello di cinque giorni; 2) se il ricorso di merito non sia stato notificato nei quindici giorni successivi all'emissione del provvedimento interinale e se non sia stato iscritto con istanza di fissazione d'udienza nei cinque giorni successivi; 3) in ogni caso se, nel termine di sessanta giorni, la suddetta misura non sia stata confermata dal collegio nella camera di consiglio fissata per la trattazione della fase cautelare nell'ambito dell'ordinario procedimento di merito. Il provvedimento di rigetto sull'istanza cautelare ante causam non è impugnabile; è sempre revocabile invece il provvedimento d'accoglimento che in ogni caso non è soggetto ad appello (la limitazione dei mezzi di gravame dei provvedimenti adottati ante causam si giustifica ove si consideri al loro strutturale limitazione temporale).

Quanto la cauzione acceda ad un provvedimento di rigetto della misura cautelare, l'amministrazione non potrà proseguire nella propria azione (ad esempio, nella procedura di appalto) se non previa prestazione della stessa⁸⁵.

Si noti, ancora, che il comma sesto qui in esame prevede quale presupposto per l'imposizione della cauzione il possibile prodursi di 'danni' (alle parti o ai terzi) non meglio qualificati, mentre nel regime della cautela collegiale è contemplato il "caso in cui dall'esecuzione del provvedimento cautelare derivino effetti irreversibili". Forse la locuzione 'danni' intende confinare il presupposto all'ipotesi di pregiudizio di natura eminentemente economica (perdita di utilità patrimoniali), per definizione non irreversibile in quanto ristorabile per equivalente⁸⁶.

⁸⁵ E. Follieri, *Il nuovo giudizio cautelare*, cit., pag. 489.

⁸⁶ M. Sanino, *Il processo cautelare*, cit., 256-257, il quale rileva come l'espressione "danno" si rinvenga in materia di obbligazioni, mentre in tema di diritti della personalità si incontra il diverso termine "pregiudizio" (cfr. artt. 7 e 10 cod. civile). Secondo E. FOLLIERI, *La fase cautelare*, cit., 289, "il pregiudizio pare rappresentare qualcosa di meno rilevante rispetto al danno che, richiede, comunque, una quantificazione economica".

Capitolo 2

Le sopravvenienze

2.1. L'incidenza delle sopravvenienze contrattuali.

Il tipo contrattuale che probabilmente meglio d'ogni altro raffigura lo scambio in divenire è l'appalto che offre il banco di prova più idoneo per l'esame delle regole che l'ordinamento predispone in vista della modificazione dei contratti in corso di esecuzione.

Le disposizioni dettate dal codice civile⁸⁷ agli artt. 1659 (Variazioni concordate del progetto), 1660 (Variazioni necessarie del progetto), 1661 (Variazioni ordinate dal committente), insieme con la norma dell'art. 1664 (Onerosità o difficoltà dell'esecuzione) sembrano delineare un quadro sufficientemente omogeneo. Nella medesima ideale cornice normativa, per rispetto alla sistematica del codice, potrebbero iscriversi anche altre due disposizioni, gli artt. 1662 e 1663 (concernenti, rispettivamente, la verifica nel corso dell'esecuzione dell'opera e la denuncia dei difetti della materia), nel senso che queste ultime completerebbero l'insieme delle regole che, in materia di appalto, permettono al contratto di svolgere la sua funzione nel rispetto del sinallagma originario. A tal fine, viene disciplinato il diritto dei contraenti (volta per volta, del committente o dell'appaltatore) di ottenere, alle condizioni stabilite dal legislatore, la modificazione delle condizioni del regolamento di interessi sul quale era stato raggiunto l'accordo.

Nella disciplina dell'appalto, l'interesse prioritario dei contraenti alla realizzazione di un determinato risultato dedotto in contratto (alternativamente, il compimento dell'opera o del servizio oggetto dell'appalto) non esclude infatti la rilevanza delle vicende che intercorrono fra la conclusione del contratto e la realizzazione del risultato stesso. La tutela di tale interesse è assicurata da diverse regole che, al contempo, tendono a garantire al rapporto la flessibilità funzionale

⁸⁷ Si veda sull'argomento Rubino, *Iudica Dell'appalto*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca* a cura di Galgano sub art. 1655-1677, Bologna 1992 pag. 309 ss.

all'attuazione del programma concordato e consentono ai contraenti il controllo del sinallagma durante l'esecuzione.

È possibile che, posteriormente al momento della conclusione del contratto, si verifichino alcuni mutamenti della realtà circostante che non giustificano più (in tutto o in parte) la permanenza del vincolo sinallagmatico per come esso è stato concordemente determinato dalle parti interessate. È cioè astrattamente possibile che, in virtù di determinati accadimenti (giuridici o naturalistici), non possa più pretendersi, in capo all'uno o all'altro dei contraenti, la permanenza di un vincolo giuridico che ha trovato suffragio in circostanze e referenti assolutamente diversi da quelli successivamente registratisi. Bisogna allora chiedersi quale sia la disciplina positiva applicabile laddove ciò avesse a prospettarsi, nonché come il contraente possa far valere *ex lege* la propria posizione contrattuale nei confronti dell'opposto stipulante.

La prassi, riflessa talvolta in una giurisprudenza non sempre pienamente attenta all'incidenza delle variabili economiche della contrattazione sull'assetto negoziale concordato, insegna che quanto più ampio è il periodo di tempo intercorrente fra la conclusione del contratto e la sua completa esecuzione, tanto più consistente è l'impegno dei contraenti nel predisporre la disciplina convenzionale delle modificazioni del contratto. Ciò al fine di realizzare l'obiettivo della stabilità del rapporto.

L'interesse del committente e dell'appaltatore a disciplinare convenzionalmente a priori la modificazione del contratto e a conservare in vita il rapporto contrattuale adeguandone il contenuto alla mutata situazione di fatto viene dunque evidenziato dall'organizzazione degli operatori commerciali che, soprattutto in presenza di scambi transnazionali, tendono ad evitare il pericolo che le regole sul rischio contrattuale vigenti nei diversi ordinamenti - di solito, prescrizioni dispositive, operanti perciò soltanto in assenza di regolamentazione pattizia - producano risultati inattesi e potenzialmente pregiudizievoli degli interessi dei contraenti consacrati nell'originario regolamento d'interessi⁸⁸.

⁸⁸ Per una panoramica rapida, ma sufficientemente documentata, del regime legale delle sopravvenienze nelle diverse esperienze giuridiche, v. per tutti Zweigert e Kotz, *Introduzione al*

Così, mentre le regole in tema di adeguamento relative ai singoli contratti tipici – e quelle dettate per l'appalto svolgono nel sistema un ruolo certamente preponderante – finiscono per essere relegate ad un ruolo residuale, sembra accrescersi, di pari passo con lo sviluppo della prassi, lo spazio di operatività dei principi generali del diritto delle obbligazioni e dei contratti e, primo fra tutti, il principio di buona fede nell'adempimento dell'obbligazione e nell'esecuzione del contratto che, nel nostro ordinamento, trova negli artt. 1175 e 1375 c.c. la sua espressione in termini assoluti⁸⁹. E se la cosiddetta *lex mercatoria* ha accolto formalmente, fra le sue regole essenziali (assunte al rango di “Principi” regolatori della contrattazione internazionale ed espresse in una sorta di ‘codificazione’ di cui gli operatori possono avvalersi), il principio della modificabilità del contratto ovvero del diritto della parte ad ottenere la modificazione del contratto quando ciò sia necessario a consentire la prosecuzione del rapporto, non si può dire che il legislatore sia insensibile all'interesse a mantenere in vita il contratto mediante la modificazione delle sue condizioni. L'ordinamento mostra in tal senso un'apertura di carattere generale, che certamente supera i confini del contratto di appalto e si esprime, sia in prescrizioni sui contratti in generale, sia in norme specifiche dei contratti tipici, sia infine in disposizioni contenute in leggi speciali.

Il contratto di appalto sembra costituire, in realtà, l'esempio manualistico del rapporto contrattuale soggetto a modificazioni. Breve o lungo che sia il periodo di tempo per il quale è previsto che duri la realizzazione dell'opera o la prestazione

diritto comparato, II, Milano, 1995, 230 ss.; in termini più analitici, Gallo, *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano, 1992. Da ultimo, con particolare riferimento al sistema di *common law*, cfr. Giampieri, *Rischio contrattuale in common law*, in *Contr. impr.*, 1996, 590, cui si rinvia per ulteriori riferimenti e per il raffronto anche con l'esperienza tedesca. Infine, per ulteriori spunti di riflessione sulla predisposizione dei diversi ordinamenti (in particolare, quello francese, tedesco, inglese e statunitense) nei confronti del generale problema della gestione (legale e convenzionale) del rischio contrattuale, soprattutto nella prospettiva del salvataggio del contratto, si può rinviare al già menzionato lavoro, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., spec. cap. IV, 223 ss.

⁸⁹ È proprio il valore universale della *bona fides*, ineludibile regola di comportamento delle parti legate da un vincolo contrattuale, che ha condotto la prassi mercantile a 'codificare', all'interno dei «Principi dei contratti commerciali internazionali» di recente elaborazione in sede UNIDROIT, il principio che impone la rinegoziazione quale mezzo giuridico generale per risolvere le controversie provocate dall'insostenibile difficoltà/onerosità sopravvenuta della prestazione ed afferma la coercibilità dell'obbligo di rinegoziare in sede giurisdizionale (art. 6.2.3. “Effetti dell'*hardship*”).

del servizio, rileva dunque l'interesse dei contraenti alla modificazione del contratto. Peraltro, è evidente che il prolungarsi del rapporto contrattuale in un lungo lasso di tempo accentua, si potrebbe dire in misura direttamente proporzionale alla durata dell'esecuzione, l'importanza delle regole sull'adeguamento del contratto e sulla rinegoziazione quali strumenti giuridici atti a garantire la corretta esecuzione degli obblighi assunti.

Gli studiosi occupatisi *ex professo* delle tematiche inerenti alla risoluzione del contratto hanno sottolineato la profonda differenza intercorrente tra le fattispecie dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione e dell'eccessiva onerosità sopravvenuta.

2.2. L'impossibilità totale e parziale della prestazione.

Nel nostro sistema, quali circostanze sopravvenute in grado di alterare i termini dell'accordo e del programma economico inizialmente fissati dai contraenti, rileva l'impossibilità sopravvenuta della prestazione e, nonostante il ruolo residuale assegnato dalla dottrina, la c.d. presupposizione: la prima scompagina il rapporto rendendolo "impraticabile" mentre la seconda sconvolge il senso del contratto determinando il venir meno della funzione fisiologica quale sintesi di interessi contrapposti⁹⁰.

L'impossibilità sopravvenuta della prestazione, a detta dell'art. 1256 c.c., estingue l'obbligazione quando essa sia totale, permanente e non dipenda dalla volontà o dal comportamento dell'obbligato: con riferimento all'appalto si pensi alla costruzione di un edificio la cui struttura e volumetria diventino incompatibili con l'area indicata nel progetto, e dal punto di vista giuridico alla costruzione di un edificio su un'area divenuta inedificabile in corso d'opera.

L'impossibilità di eseguire la prestazione, per essere rilevante in sede di risoluzione contrattuale, deve possedere i seguenti requisiti: - deve essere sopravvenuta al contratto (dacché se fosse originaria si configurerebbe un'ipotesi di nullità per inesistenza dell'oggetto); - deve essere totale (perché se è parziale il

⁹⁰ Così Barbera, La presupposizione nel sistema dei rimedi contrattuali, in *Sopravvenienze e dinamiche di equilibrio tra controllo e gestione del rapporto contrattuale*, a cura di Raffaele Tommasini, Giappichelli, pag. 430.

contratto deve essere eseguito per il rimanente, con conseguente riduzione della prestazione per l'altra parte e con possibilità aggiuntiva per essa di recedere dal contratto qualora non vi sia un apprezzabile interesse creditorio alla sua esecuzione parziale); - deve essere permanente (visto che l'impossibilità momentanea, temporale o transeunte farebbe rimanere il contratto in stato di quiescenza, ma non sarebbe in condizione di detronizzare gli effetti scaturenti dall'intercorsa stipula); - non deve essere imputabile alla parte per la quale si è verificata l'impossibilità (altrimenti gli obblighi negoziali permarranno, per quella parte, in tutta la loro efficacia e validità).

L'impossibilità sopravvenuta della prestazione si presenta sotto due profili: dell'inesecuzione, totale o parziale, dell'opera per causa non imputabile all'appaltatore; del perimento o deterioramento, per causa non imputabile ad alcuna delle parti, dell'opera prima che essa sia accettata dal committente o prima che il committente sia in mora per verificarla. La prima ipotesi – impossibilità dell'esecuzione – costituisce una specificazione e un adattamento della disciplina generale⁹¹. Quando si verifica l'impossibilità di eseguire l'opera, per causa non ascrivibile al committente o all'appaltatore, si configura un'ulteriore ipotesi di impossibilità sopravvenuta, che è successiva alla conclusione del contratto, ma antecedente l'inizio dei lavori, o successiva al termine dei lavori, ma anteriore all'accettazione⁹². Il contratto si scioglie, ma sull'appaltante grava l'obbligazione di pagare la parte dell'opera già compiuta, nei limiti in cui è per lui utile⁹³, in relazione al prezzo pattuito per l'opera intera; se la parte eseguita non offre al committente alcuna utilità, nulla spetta all'appaltatore.

⁹¹ Cagnasso e Cottino, *Contratti Commerciali in Trattato di diritto commerciale*, Cedam, 2009, Vol. IX, pag. 593 e ss.

⁹² In tale ultima fattispecie, l'impossibilità concerne l'obbligazione di consegnare l'opera si veda Rubino – Iudica in "Dell'appalto Commentario Scialoja Branca, cit. 480.

⁹³ L'opera potrà dirsi utile qualora se pur in misura minore possa essere impiegata nei modi e nel senso previsti dal contratto si veda Rubino- Iudica op. cit. 481.

Il perimento o il deterioramento dell'opera appaltata che si verifichi prima dell'accettazione da parte del committente, è a carico dell'appaltatore, ex art 1673 c.c., se questi ha provveduto alla fornitura dei materiali.

La morte dell'appaltatore non è causa di scioglimento del contratto d'appalto se la considerazione della sua persona non è stata determinante per la conclusione del negozio, ma il committente ha, comunque il diritto potestativo di recesso, qualora gli eredi non siano affidabili per la buona riuscita dell'opera⁹⁴.

2.3. L'eccessiva onerosità sopravvenuta e il contratto aleatorio

L'art. 1664 c.c., che prevede la possibilità che l'appaltatore possa chiedere la revisione del prezzo qualora eventi imprevedibili⁹⁵ determinino il prodursi di aumenti o diminuzioni del prezzo dei materiali o anche in caso di difficoltà di esecuzione, è stato letto come un'eccezione all'art. 1467 che accorda invece la possibilità di chiedere la risoluzione del contratto alla parte contrattuale la cui prestazione, da misurarsi in relazione alla controprestazione stabilita dal negozio giuridico venutosi a formare, sia divenuta, per motivi straordinari e imprevedibili, eccessivamente onerosa. L'art. 1467 c.c. predispose il rimedio della risoluzione evitabile mediante offerta di riconduzione ad equità e quindi prevede la possibilità di mantenere in vita il contratto modificato. Attraverso la previsione di un obbligo di adeguamento del contratto, invece, il legislatore individua un diverso punto di equilibrio tra l'interesse alla completa esecuzione del rapporto e l'esigenza di non dover eseguire prestazioni più gravose di quelle originariamente programmate.

⁹⁴ Rientrando l'appalto nello schema generale della locatio operis è normalmente stipulato intuitus personae e quindi la modificazione dell'obbligazione per quanto riguarda il soggetto passivo non è affatto indifferente Cass. 14 aprile 1942 n. 963 in Mass. foro it. 1942

⁹⁵ Soffermandosi sul requisito soggettivo dell'imprevedibilità della prestazione, ascrivibile agli accadimenti rientranti nell'alea normale del contratto, la Corte di cassazione esclude la risoluzione del contratto per eccessiva onerosità se l'imprevedibilità di tale prestazione è ascrivibile ai normali accadimenti rientranti nell'alea del contratto, in Cass. civile, Sez. III, 19 ottobre 2006, n. 22396, in i contratti 6/2007.

La soluzione⁹⁶ si giustifica in ragione delle peculiari caratteristiche del contratto di appalto e in particolare sulla base dell'esigenza di limitare la dispersione degli investimenti e delle energie profuse dall'appaltatore nell'organizzazione e nell'esecuzione del contratto. In effetti la previsione di un obbligo di adeguamento del contratto in luogo del generale rimedio della risoluzione⁹⁷ evitabile mediante offerta di riconduzione ad equità conduce nella maggior parte dei casi a soluzioni appaganti sia per l'appaltatore – il quale, in ragione degli investimenti affrontati e dell'organizzazione predisposta in funzione dell'esecuzione, ha in genere un forte interesse a mantenere in vita il contratto adeguatamente modificato evitandone la risoluzione – sia per il committente, che in caso di risoluzione, si vedrebbe costretto a ricercare un nuovo appaltatore per portare a termine l'opera desiderata e quindi a dover comunque affrontare uno sforzo economico che, in considerazione dell'aumento dei costi di esecuzione, risulterebbe con ogni probabilità superiore rispetto a quello originariamente programmato. È anche possibile, tuttavia che in alcune ipotesi tanto per l'appaltatore quanto per il committente possa risultare più opportuno fare ricorso al rimedio generale della risoluzione evitabile mediante offerta di riconduzione ad equità in luogo di quello speciale dell'adeguamento automatico. Lo sbilanciamento registratosi – precisa la normativa – vale in riferimento ai soli contratti a esecuzione periodica o continuata (tipico esempio: il contratto di somministrazione) ovvero a esecuzione differita (es. l'appalto), applicandosi, per i contratti commutativi (il principio dei quali è il contratto di compravendita) la disciplina positiva generale, che prevede l'integrale addossamento degli oneri derivanti dall'impossibilità sopravvenuta della prestazione - pur se discendente da

⁹⁶ In effetti, la circostanza che l'alea normale in materia d'appalto sia quantificata legislativamente nella misura del dieci per cento “è dato meramente accidentale, riferito verosimilmente ai presunti utili d'impresa, e non generalizzabile”. Cagnasso, Appalto e sopravvenienza contrattuale. Contributo a una revisione della dottrina della eccessiva onerosità, Giuffrè, Milano 1979.

⁹⁷ D'altronde la giurisprudenza, (Cass. civile, Sez. III, 19 ottobre 2006, n. 22396 cit.) esclude la risoluzione per eccessiva onerosità, se le parti hanno contrattualmente inserito una clausola in base alla quale si riconosceva un margine di rischio sul possibile verificarsi di un determinato evento, obbligandosi ugualmente ad eseguire la prestazione.

L'inserimento di un elemento di incertezza in ordine alla modalità di esecuzione della prestazione comporta l'assunzione convenzionale di un rischio particolare, con l'effetto di non ammettere la disciplina dettata in tema di risoluzione per eccessiva onerosità, se tale onerosità deriva dal verificarsi di quel determinato evento.

causa non imputabile al debitore - al contraente irrispettoso della singola pattuizione, vale a dire a quello che si è reso inadempiente rispetto agli obblighi assunti⁹⁸.

2.4. La presupposizione.

L'intuizione del concetto di presupposizione si deve alla genialità di un giurista tedesco, il Windscheid. Secondo l'opinione dell'illustre giurista, chi dichiara la sua volontà sotto una data presupposizione vuole che l'effetto giuridico sussista soltanto ove permanga una situazione sottostante di fatto e di diritto. Tale volontà, però, non risulta da una espressa condizione: si tratterebbe, precisamente di una condizione non sviluppata (*unentwickelte Bedingung*)⁹⁹. La differenza fondamentale rispetto alla condizione risultante dal contratto consiste nel fatto che mentre quest'ultima opera immediatamente sull'efficacia del contratto stesso, la mancanza della presupposizione non interviene *ipso iure* sui suoi effetti, ma può essere fatta valere in sede processuale attraverso un'azione o un'eccezione. Nella dottrina italiana gli studi iniziali¹⁰⁰ in tema di presupposizione risultano intimamente legati alla cosiddetta teoria delle sopravvenienze e, in particolare alle discussioni sorte intorno alla validità della clausola *rebus sic stantibus*.

⁹⁸ Assecondando, anche analogicamente ed estensivamente, il noto brocardo *res perit domino*: l'art. 1465 c.c. anche nei contratti aventi effetti traslativi o costitutivi non libera il debitore/compratore dall'esecuzione della prestazione anche quando la cosa non gli sia stata consegnata. Resta da dire, tale principio *res perit domino*, in ipotesi di impossibilità sopravvenuta (non imputabile all'alienante) di consegna di bene determinato al compratore, deve essere interpretato *cum grano salis*, residuando, rimedi aggiuntivi per colui che sia stato costretto a pagare il prezzo senza aver potuto beneficiare della *datio rei* (es. azione di esatto adempimento, eccezione di inadempimento, con esclusione delle sole azioni di risoluzione per inadempimento e di risarcimento del danno, che presuppongono uno stato di colpa quantomeno indiretto del venditore, circostanza, quest'ultima, che l'art. 1465 esclude categoricamente).

⁹⁹ Windscheid, *Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung*, Dusseldorf, 1850, p.7.

¹⁰⁰ Si è sostenuto che il fondamento storico-giuridico della presupposizione risiederebbe nella clausola *rebus sic stantibus*. Si afferma che in ogni contratto, in particolare in quelli di durata, ci sarebbe una clausola implicita, la clausola *rebus sic stantibus*, che ricollega la sussistenza del contratto al permanere dei presupposti di fatto esistenti al momento della stipulazione. La clausola *rebus sic stantibus* ha antiche radici e, in Italia, soprattutto in relazione agli eventi bellici di inizio secolo, ha avuto larga fortuna. Il legame tra presupposizione e sopravvenienze emerge chiaramente da un'autorevole dottrina di inizio secolo, la quale, annoverando tra gli elementi negoziali gli stati di fatto presupposti dalle parti, ritiene che ad ogni contratto sia apposta una clausola *rebus sic stantibus*. Cogliolo, *La c.d. clausola rebus sic stantibus e la teoria dei presupposti*, in *Scritti vari di diritto privato*, Torino, 1913, pag. 424 e ss.

La presupposizione¹⁰¹ consiste in una situazione di fatto, comune ad entrambe le parti, che le stesse hanno implicitamente assunto come motivo determinante del consenso al momento della stipulazione del contratto. La presupposizione viene correntemente definita dalla giurisprudenza quale “situazione di fatto o di diritto¹⁰² passata, presente o futura che, pur in mancanza di un espresso riferimento ad essa nelle clausole contrattuali, possa ritenersi tenuta presente dai contraenti, durante l’iter formativo del negozio, come presupposto avente valore determinante ai fini dell’esistenza e del permanere del vincolo contrattuale”.

La presupposizione comporta, analogamente alla sopravvenuta impossibilità lo scioglimento del contratto: alla diversità sostanziale delle due figure si contrappone dunque una comunanza di effetto¹⁰³.

In via conclusiva si può sostenere che la rilevanza della presupposizione vada accertata in base al criterio di buona fede che deve permettere di valutare se, nel caso concreto, i mutamenti di fatto sopravvenuti abbiano o meno alterato, in maniera significativa, l’equilibrio contrattuale originariamente esistente¹⁰⁴.

¹⁰¹ Sull’argomento si veda Trattato della responsabilità contrattuale: vol. 1 Inadempimento e rimedi, di Giovanna Visentini, 2009. Secondo una recente sentenza della Corte di Cassazione (n. 633 del 24/03/2006) “la cosiddetta presupposizione deve intendersi come figura giuridica che si avvicina, da un lato, ad una particolare forma di condizione, da considerarsi implicita e, comunque, certamente non espressa nel contenuto del contratto e, dall’altro, alla stessa causa del contratto, intendendosi per causa la funzione tipica e concreta che il contratto è destinato a realizzare; il suo rilievo resta dunque affidato all’interpretazione della volontà contrattuale delle parti, da compiersi in relazione ai termini effettivi del negozio giuridico dalle medesime stipulato. Deve pertanto ritenersi configurabile la presupposizione tutte le volte in cui, dal contenuto del contratto, si evinca che una situazione di fatto, considerata, ma non espressamente enunciata dalle parti in sede di stipulazione del medesimo, quale presupposto imprescindibile della volontà negoziale, venga successivamente mutata dal sopravvenire di circostanze non imputabili alle parti stesse, in modo tale che l’assetto che costoro hanno dato ai loro rispettivi interessi venga a trovarsi a poggiare su una base diversa da quella in forza della quale era stata convenuta l’operazione negoziale, così da comportare la risoluzione del contratto stesso ai sensi dell’art.1467 c.c.”.

¹⁰² Il mutamento delle circostanze presupposte potrebbe dunque derivare dunque da “un evento che appartiene alla fenomenologia del reale o al mondo della fenomenologia giuridica”: così Barera La presupposizione nel sistema dei rimedi contrattuali, in sopravvenienze e dinamiche di equilibrio tra controllo e gestione del rapporto contrattuale, Giappichelli pag. 329.

¹⁰³ In dottrina peculiare è l’opinione di Bianca, cit. 440, secondo il quale il rimedio in caso di presupposizione sarebbe il recesso unilaterale a favore della parte per la quale il vincolo contrattuale è divenuto intollerabile o inutile. In giurisprudenza si parla di invalidità, di inefficacia, ineducazione o di mancanza di operatività del contratto, ma soprattutto di risoluzione e, in tale ultimo caso, la presupposizione viene equiparata all’impossibilità sopravvenuta

¹⁰⁴ È in particolare il criterio della buona fede che deve permettere di giudicare se nella specifica situazione, il venir meno di quella situazione di fatto che implicitamente si poneva, al momento di conclusione del negozio, come determinante per entrambe le parti, possa porsi come causa di

2.5. La rinegoziazione dei contratti pubblici.

Il fenomeno della c.d. “rinegoziazione” ha origine e sviluppo soprattutto nell’ambito del commercio internazionale, dove ha raggiunto livelli di istituzionalizzazione”, identificando l’operazione attraverso la quale le parti ridefiniscono il contenuto del regolamento contrattuale a seguito di sopravvenienze idonee ad incidere sull’equilibrio economico-giuridico prefissato al momento della stipulazione del contratto¹⁰⁵. Più precisamente, si tratta di una tecnica di gestione del rischio legato al mutamento delle circostanze intervenuto nella fase di esecuzione del vincolo contrattuale, che permette di conservare il rapporto “modificato”, evitando il ricorso a rimedi risolutivi.

La possibilità per le amministrazioni pubbliche di rinegoziare i contratti stipulati con procedura ad evidenza pubblica va esaminata alla luce della dialettica tra autonomia negoziale e tutela degli interessi pubblici. In linea di principio, secondo il diritto privato, non è in discussione che il contratto possa subire modifiche le quali possono intervenire o in esecuzione di una specifica clausola di rinegoziazione, inserita preventivamente nel contratto, oppure perché le parti si accordano per rivedere il regolamento contrattuale successivamente alla sua definizione.

La rinegoziazione non aggredisce il principio del vincolo negoziale ma anzi assume una finalità nel complesso conservativa del contratto, avendo il ruolo di ricercare e ridefinire, nella fase funzionale di gestione del rapporto, il migliore assetto dei reciproci interessi tra le parti.

Riguardo agli appalti pubblici, per rinegoziazione si intende la contrattazione tra amministrazione e soggetto aggiudicatario per ridefinire il contenuto del contratto anche in misura diversa dal risultato dell’aggiudicazione¹⁰⁶.

scioglimento del contratto. Occorre ovviamente prudenza se non si vuol cadere nell’eccesso di considerare come determinanti del consenso tutti quei presupposti di scarsa rilevanza sotto il profilo sostanziale, che pur incidono, e non poco, per il soggetto contraente, sulla economicità dell’affare. Ogni rapporto contrattuale è una realtà complessa nel quale rientrano tutta una serie di valutazioni che influiscono sulla opportunità del rapporto.

¹⁰⁵ Lopilato, Le clausole di rinegoziazione nei contratti ad evidenza pubblica in Giustizia amministrativa, Rivista di diritto pubblico, n. 9/2006.

¹⁰⁶ È necessario distinguere il caso di rinegoziazione dell’offerta in corso, quando l’Amministrazione precedente conduce una trattativa con l’aggiudicatario provvisorio prima

I soggetti pubblici non possono intervenire liberamente sul regolamento contrattuale, definito con l'aggiudicazione conseguente ad una pubblica competizione, apportandovi alcuni correttivi che risulterebbe più comodi, economici ed efficienti rispetto alla riproposizione della gara. La pubblica amministrazione¹⁰⁷, infatti, ha una capacità di agire di diritto privato limitata, essendo condizionata, da un lato, dalla proiezione dell'interesse pubblico nella gestione del denaro pubblico, dall'altro, dal principio dell'evidenza pubblica, già presente nel nostro sistema ma rafforzato dall'ordinamento comunitario a salvaguardia della concorrenza e della competitività.

L'istituto della rinegoziazione ha sicuramente subito ulteriori restrizioni conseguenti alla recente riforma degli appalti pubblici, introdotta col decreto legislativo n. 163 del 12 aprile 2006¹⁰⁸. È evidente allora che risulta molto più complicato per l'amministrazione aggiudicatrice giustificare, anche in sede di procedura negoziata semplice o pura, una successiva rinegoziazione con il soggetto aggiudicatario dell'appalto di uno degli elementi del contratto. Questo perché competitività e concorrenza sono le esigenze fondamentali che le due nuove direttive intendono garantire.

L'istituto della rinegoziazione è visto con sospetto dall'ordinamento comunitario¹⁰⁹. L'atteggiamento della giurisprudenza italiana, salvo alcuni casi,

dell'aggiudicazione definitiva, dal caso di rinegoziazione svolta in una fase successiva all'aggiudicazione definitiva e, quindi, a gara conclusa.

¹⁰⁷ La volontà della PA si forma e si fissa con il ricorso ai procedimenti di evidenza pubblica; da ciò consegue che, anche la volontà dovesse mutare, permane l'obbligo, di regola, di seguire i medesimi procedimenti con l'adozione di atti espressione del potere di autotutela, ove sussistano i presupposti.

¹⁰⁸ In particolare, il secondo paragrafo del considerando n. 9 della direttiva 2004/17 chiarisce che in ogni caso i criteri di aggiudicazione degli appalti, anche di soglia inferiore a quella comunitaria, devono rispettare i principi fondamentali di parità di trattamento, di non discriminazione, di reciproco riconoscimento di proporzionalità e di trasparenza, in quanto i trattati comunitari sanciscono in via automatica l'obbligo per gli Stati membri di non introdurre o di rimuovere gli ostacoli a detti principi.

¹⁰⁹ In ambito comunitario, anche, la Corte di Giustizia europea si è espressa in senso negativo alla rinegoziazione (cfr. Corte di giustizia, sentenza 25 aprile 1996, causa C-87/94 Bus Wallons, punto 54 secondo cui il principio di parità di trattamento implica che le amministrazioni concedenti pur essendo libere di scegliere la procedura di aggiudicazione più appropriata alle caratteristiche del settore interessato e di stabilire i requisiti che i candidati devono soddisfare durante le varie fasi della procedura, devono garantire che il candidato sia scelto in base a criteri obiettivi e che la procedura si svolga rispettando le regole e i requisiti inizialmente stabiliti).

non è da meno¹¹⁰. La diffidenza nasce dalla constatazione che la pratica rinegoziativa può divenire, nelle mani di amministrazioni “disinvolute”, uno strumento al tempo stesso tanto efficiente quanto insidioso per aggirare nella sostanza le procedure di evidenza pubblica, a danno dei concorrenti.

Va però chiarito che la rinegoziazione è ispirata ad una ratio diversa e complementare a quella delle procedure di aggiudicazione, giacché essa non assolve al compito di individuare il contraente secondo parametri oggettivi, come accade per le procedure di aggiudicazione¹¹¹, bensì di adattare il contratto ad esigenze, più o meno sopravvenute, dell’amministrazione o del contraente.

In effetti il problema della rinegoziazione andrebbe analizzato oltre che con riferimento ai principi della trasparenza e della concorrenza anche alla luce dei criteri, altrettanto importanti, di efficienza e di economicità, dai quali la pubblica amministrazione, in ossequio al principio del buon andamento, non può tenersi indenne. E’ proprio dalla dialettica tra questi principi che la rinegoziazione potrebbe assumere una diversa dignità di ruolo. Ponendoci in un’ottica non tradizionale, forse, la rinegoziazione dovrebbe reputarsi legittima ogni volta che - lungi dall’introdurre surrettiziamente una trattativa privata successiva, elusiva delle forme di evidenza pubblica - intenda correggere o adattare i contenuti del contratto per fare fronte a nuove esigenze non presenti in fase di indizione della procedura concorsuale¹¹². Il problema allora si sposterebbe per le amministrazioni

¹¹⁰ Va inoltre menzionata TAR Milano, Sez. III - Sentenza 6 dicembre 2005 n. 4941 che offre un interessante spunto riguardo al caso di rinegoziazione con altre imprese diverse dall’aggiudicataria. Il Tar Milano ha concluso nel senso che va negata la possibilità di modificare le condizioni di esecuzione dei contratti stipulati in esito a procedure concorsuali per palese violazione delle regole di concorrenza e di parità di condizioni tra i partecipanti alle gare pubbliche.

¹¹¹ Il punto problematico è proprio in questo: le operazioni di adattamento dell’esito di gara, rispondono ad esigenze legittime e degne di considerazione, sia dell’amministrazione sia del soggetto aggiudicatario, se agevolano la vita alle amministrazioni è facile che ledano la par condicio dei partecipanti e, quindi, finiscano per minare il principio dei principi dell’ordinamento europeo: la tutela della concorrenza.

¹¹² L’esigenza di adattamento potrebbe infatti facilmente proporsi nei casi in cui, ad esempio, intercorra un significativo intervallo di tempo tra la pubblicazione del bando e l’espletamento delle procedure di gara. E’ evidente che in questi casi appare certamente più conveniente rinegoziare anziché procedere da capo. Perseguire questa strada non è tuttavia semplice, considerati gli spazi angusti della legislazione vigente ed i chiari segnali in senso contrario provenienti dal legislatore comunitario, preoccupato com’è di evitare alla radice pratiche che è eufemistico definire elusive della par condicio.

nel giustificare e quindi esattamente motivare le ragioni che, nel bilanciamento degli interessi, hanno ritenuto più efficiente ed economico il ricorso alla rinegoziazione, pratica indubbiamente duttile e flessibile, rispetto all'intervento in autotutela di annullamento della gara ed alla riproposizione di una nuova.

Capitolo 3

Le vicende modificative nella gestione del contratto

3.1. L'esecuzione e la gestione del contratto di appalto

L'esecuzione del contratto di appalto rappresenta l'adempimento negoziale del contraente, e consiste nel porre in essere le prestazioni derivanti dalle obbligazioni contrattuali¹¹³. Con la stipulazione del contratto fra la Pubblica Amministrazione ed il privato contraente ha inizio la serie negoziale (cosiddetta fase negoziale) e si esaurisce la fase procedimentale. La fase negoziale è, quindi, successiva alla fase procedimentale, ma ne differisce in quanto le parti contrattuali si trovano in posizione paritaria¹¹⁴, conseguendone la titolarità di reciproci diritti soggettivi ed obblighi giuridici in luogo degli interessi in capo al privato in sede procedimentale.

Tuttavia si deve sottolineare che esecuzione e gestione del contratto sono concetti diversi, in quanto la seconda ricomprende quell'insieme di attività poste in essere da soggetti pubblici o privati incidenti come tali sull'iter del rapporto contrattuale (tempistica, modalità, costi, ultimazione, consegna del bene o del servizio). Gestire il contratto, dunque, significa mirare ad ottenere il conseguimento dei risultati che il rapporto negoziale intercorso tra le parti si prefigge e, perciò, comporta una serie di obblighi di trasparenza e di pubblicità, tali che, quantomeno teoricamente, i fenomeni di mala gestione, ravvisabili nell'ambito della contrattualistica pubblica e fonte di responsabilità penale e sin anche di quella amministrativa per danno erariale, dovrebbero emergere in tutta la loro evidenza senza che sia possibile l'occultamento degli illeciti, come era solito accadere in passato.

¹¹³ Giuseppe Cassano, a cura di, *L'attività contrattuale della pubblica amministrazione*, Padova, Cedam, 2005 pag. 210 e ss.

¹¹⁴ "Mentre nella fase procedimentale la Pubblica Amministrazione si pone come autorità e di conseguenza il privato al massimo potrà vantare situazioni giuridiche di interesse legittimo, nella fase negoziale p.a. e privato formalmente e sostanzialmente, si collocano sullo stesso livello. Pertanto è fase retta dal diritto civile e si articola secondo gli schemi privatistici. L'esecuzione dei contratti pubblici varia in relazione alla tipologia del contratto a cui afferisce (servizi forniture opere pubbliche) ed in base alle disposizioni contenute nei capitolati d'onere e nei contratti stessi...", in *La responsabilità civile, penale ed amministrativa nei contratti pubblici* di Santoro Pelino, pag. 687, Giuffrè, 2009.

In sintesi, l'esecuzione è una fase laddove le parti rivestono un ruolo paritario, pur permanendo un'indubbia componente pubblicistica¹¹⁵ che travalica l'aggiudicazione: l'imprenditore deve adempiere le obbligazioni assunte, ma la gestione del contratto rimane incardinato in capo all'amministrazione.

I presupposti per definire l'esecuzione del contratto nei termini di adempimento dell'obbligazione assunta dal contraente privato sono l'esistenza di due fondamentali elementi: a) gli atti posti in essere dalle parti contraenti sono retti dal diritto privato; b) il rapporto sinallagmatico deve serbarsi inalterato.

Generalmente, l'esecuzione presuppone che sia intervenuta l'approvazione¹¹⁶, laddove prevista, la quale funge da condizione sospensiva, ed il termine¹¹⁷ che risulta eventualmente apposto al contratto assume specifico rilievo ai fini dell'adempimento, ma non dell'efficacia negoziale, trattandosi di clausola accessoria che esplica i propri effetti soltanto all'esito del perfezionamento del contratto.

Laddove insorgano questioni ermeneutiche e divergenze interpretative in sede di esecuzione del contratto, si applicano le disposizioni codicistiche civilistiche di cui agli artt. 1362-1371 c.c.. A stretto rigore, deve escludersi qualsiasi potere intromissivo della amministrazione in tale fasi integrando quest'ultima, per definizione, un onere gravante su chi è tenuto alla prestazione.

¹¹⁵ Definita in I contratti delle Pubbliche Amministrazioni, di Mele Eugenio, Giuffrè, 2002, pag. 266 e ss. la cosiddetta "procedimentalizzazione pubblicistica". Definire l'esecuzione del contratto nei termini di adempimento dell'obbligazione assunta dal contraente privato presuppone l'esistenza di due fondamentali principi in materia: a) gli atti posti in essere dalle parti contraenti sono retti dal diritto privato; b) il rapporto sinallagmatico deve serbarsi inalterato. Sono ravvisabili molteplici eccezioni atteso che la prevalenza delle norme civilistiche è, comunque, suscettibile di deroghe pubblicistiche volte a garantire all'amministrazione un potere supplementare rispetto a quello proprio in capo a ciascun privato contraente. Siffatte deroghe vendono contemplate in sede di capitolati generali ovvero speciali ed esplicano i propri effetti in relazione a qualsivoglia contratto pubblico.

¹¹⁶ Attraverso tale sistema infatti l'amministrazione dà contezza delle sue motivazioni dapprima attraverso la deliberazione (autorizzazione) a contrarre e, successivamente, attraverso una serie di controlli atti a garantire l'effettiva realizzazione dell'interesse pubblico perseguito.

¹¹⁷ Così come in sen. Corte dei conti sez. contr. Sadegna 21.6.1995 n. 14 in cui *"Il termine di inizio dell'esecuzione del contratto stipulato da una p.a. decorre dalla data in cui, mediante idonea comunicazione, il verificarsi della condizione di efficacia dell'atto (nella specie, registrazione del relativo provvedimento di approvazione da parte della corte dei conti), viene portato alla sfera di normale conoscibilità della controparte"*.

L'invalidità del contratto stipulato è ostativa alla esecuzione, fatta salva la ratifica, in costanza dei prescritti requisiti, in conformità al principio di conservazione dei negozi giuridici (art. 1367 c.c.).

L'eseguibilità del contratto, invece, si ottiene a seguito dell'approvazione laddove il negozio non sia assoggettato a controllo preventivo o dopo la registrazione da parte della corte dei conti del decreto di approvazione, qualora sia prescritto il controllo preventivo. Giuridicamente, sin dal momento della approvazione, il contratto diviene obbligatorio, seppure lo stesso risulterà eseguibile soltanto all'esito della registrazione del decreto approvativo da parte della magistratura contabile. L'istituto dell'esecuzione anticipata¹¹⁸ è disciplinato dall'art. 19 della l. n. 2440/1923 che stabilisce con una presunzione di carattere generale, che i contratti non possono avere esecuzione anticipata rispetto alla data del relativo decreto di approvazione.

L'esecuzione anticipata della prestazione di per sé non ha alcun significato negoziale e, di conseguenza, è fondato e ragionevole il divieto della anticipata esecuzione dei contratti della amministrazione, non soltanto perché normativizzato, ma anche perché conforme alla ratio del sistema della contrattualistica pubblica. Parimenti, è illegittima¹¹⁹ la clausola di un contratto che prevede esplicitamente la produzione di effetti retroattivi rispetto alla data di approvazione.

¹¹⁸ Così la Corte dei conti sez. contr. 67 del 19.11.1994 afferma che "sussiste illegittimità della esecuzione anticipata anche in caso di urgenza in assenza del parere del consiglio di stato. È nulla la clausola negoziale volta a consentire l'esecuzione anticipata delle prestazioni prima dell'approvazione del contratto". E di converso la stessa Corte dei conti sez. contr. nella sentenza n.2152 del 6.7.1989: "L'esecuzione anticipata di un contratto di appalto, in attesa della definizione della procedura di stipula del contratto, è possibile soltanto nel caso di trattativa privata, in quanto i contratti di tale genere si concludono e sono efficaci nel momento in cui l'amministrazione manifesta all'esterno la propria volontà".

¹¹⁹ In sentenza Corte dei conti sez. contr. 1.10.1994 n.86, e 5.7.1996 n. 98

3.2. Le vicende modificative soggettive

La natura giuridica della cessione del contratto è stata variamente delineata in dottrina ed in giurisprudenza, anche sulla base degli studi compiuti dalla pandettistica tedesca in merito alla ricostruzione unitaria della vicenda contrattuale¹²⁰. Nella disciplina civilistica (art. 1406 c.c.) la cessione è configurata come negozio trilatero avendo ad oggetto la cessione della posizione contrattuale del cedente sostituito, nella sua qualità di parte, dal terzo (cessionario) nei rapporti derivanti dal contratto, previo consenso dell'altra parte (ceduto). Da quanto premesso emerge che il terzo succede integralmente nel rapporto originario unitariamente considerato, ossia in tutte le posizioni attive e passive ad esse correlate. La cessione, quindi, importa una modificazione soggettiva del contratto, operando una vera e propria novazione soggettiva mediante la sostituzione di una parte¹²¹. Il quadro normativo antecedente il D.lgs. 163/2006 ed in particolare la disposizione di cui all'art. 347 della legge 2248/1865, che imponeva l'obbligo dell'appaltatore di eseguire direttamente i lavori, la disciplina in materia di subappalto ammesso solo in casi eccezionali, e la disciplina prevista per l'ipotesi di fallimento dell'impresa mandataria, che in alternativa al recesso della pubblica amministrazione prevedeva il proseguimento del rapporto con altra impresa solo allorché quest'ultima fosse di gradimento dell'amministrazione ed infine dal divieto assoluto di cessione del contratto che pur se imposto dalla legge imprimeva comunque al contratto un evidente carattere personale¹²².

¹²⁰ Voce Cessione del contratto in Digesto civ. Alpa, Fusaro, Torino, 1998, 338 e ss.

¹²¹ Santoro Pelino e Santoro Evaristo, Trattato breve dei contratti pubblici, Maggioli editore, 2007. M. Andreoli, La cessione del contratto, pag. 39. Sulla base della unificazione della vicenda, peraltro, alcuni autori tendono a ravvisare nella cessione del contratto una vicenda circolatoria di tutti i diritti potestativi ad esso connessi ed in particolare di tutte le relative azioni. Sotto tale profilo la dottrina appare divisa in ordine all'effetto realizzabile attraverso la fattispecie. Secondo alcuni autori infatti la cessione del contratto avrebbe ad oggetto la "qualità di parte" del contratto, mentre secondo altri, si cedrebbe il "complesso dei rapporti contrattuali" ovvero gli "effetti giuridici" derivanti dal contratto. Occorre in primo luogo chiarire come in ipotesi di cessione del contratto non si realizzi alcun trasferimento della fonte contrattuale. L'art. 1406 del c.c. fa infatti riferimento alla sostituzione nel rapporto derivante dal contratto e non già nel contratto stesso; del resto il codice limita le possibilità di cessione alle sole ipotesi di contratto con prestazioni corrispettive non ancora eseguite, facendo riferimento al rapporto non ancora eseguito, senza alcuna preoccupazione per la sua fonte e con ciò impedendo la cessione allorché il rapporto si sia ormai esaurito.

¹²² Consiglio di Stato, 10 febbraio 2000, n. 754, in CdS, I, 124.

La prevalente giurisprudenza amministrativa, dalla previgente disciplina in materia di appalti faceva discendere il principio della personalità ed immutabilità del soggetto durante l'intera fase di partecipazione alla gara di appalto con il conseguente divieto di sostituzione, nel corso della procedura, di una impresa con un'altra e l'inapplicabilità del principio civilistico di cui all'art. 2558 c.c., che prevede l'automatico subentro dell'acquirente dell'azienda nei contratti non aventi carattere personale, salvo il recesso del terzo contraente per giusta causa. Con l'entrata in vigore della disposizione di cui all'art. 35 della legge n. 109/1994 il legislatore ha temperato l'iniziale rigore formale del divieto di cessione di cui all'art. 18 della legge n. 55/1990, introducendo una deroga nel settore specifico dei lavori pubblici al principio di incedibilità dei contratti pubblici. Anche dopo tale apertura normativa il Consiglio di Stato aveva ribadito la natura personale del contratto di appalto, precisando che, in caso di cessione di azienda¹²³ che il citato art. 35 consente la partecipazione alla gara dell'impresa avente causa la quale abbia iniziato detta procedura, ma non consente l'aggiudicazione della gara direttamente all'impresa cessionaria in assenza del sub procedimento di valutazione del possesso dei requisiti, la quale deve conseguentemente ritenersi illegittima¹²⁴. L'attenuazione, sulla spinta del diritto comunitario¹²⁵, della tesi della personalizzazione del contratto di appalto pubblico ha inciso profondamente sulla evoluzione degli orientamenti giurisprudenziali consolidatisi in ordine alla portata della deroga di cui al citato art.35 della legge 109/1994. Il Consiglio di

¹²³ La disposizione dell'art 35 della l. 109/1994, pur riferendosi testualmente all'ipotesi di subentro per cessione di un ramo di azienda nella titolarità di un contratto già stipulato con la p.a. in tema di appalto di lavori pubblici non esclude che, nel rispetto delle medesime garanzie sostanziali e procedimentali, la cessione possa operare anche prima della stipulazione del contratto avendo in tal caso ad oggetto il "diritto a stipulare" legittimamente acquisito dall'impresa cedente a seguito dell'esito favorevole della procedura di gara cui la stessa abbia partecipato. In Cons. Giu. Amm. della Sicilia 22 marzo 2000 n. 119 in Consiglio di stato 2000, vol. 1, 754.

¹²⁴ La giurisprudenza amministrativa aveva evidenziato che in tali casi non era applicabile, in via analogica, l'art. 35, legge 104/1994, in quanto la lettera della stessa ipotizzava il subentro "nella titolarità del contratto", e la sua ratio era quella di evitare che il subentro possa consentire al cedente di sottrarsi ad una puntuale verifica di tutti i suoi requisiti soggettivi ed oggettivi e al controllo delle sue dichiarazioni.

¹²⁵ Si è dovuto così registrare un progressivo superamento dell'originario dogma della assoluta incedibilità ed immodificabilità soggettiva del partecipante ad una procedura ad evidenza pubblica con la conseguente impossibilità, per la stazione appaltante, di aggiudicare il contratto ad un soggetto che non abbia presentato in proprio la domanda di partecipazione alla gara.

Stato¹²⁶ ha espressamente riconosciuto che si può ritenere acquisito il principio della derogabilità dell'immodificabilità soggettiva dell'offerente.

Con l'art. 51, e con la correlata disposizione contenuta nell'art. 256 del Codice, il legislatore ha espressamente abrogato la norma che prevedeva l'inceditibilità assoluta del contratto di cui all'art. 18 della legge n. 55/1990. Testimonianza ulteriore di tale processo di spersonalizzazione del contratto è la contemporanea introduzione dell'istituto del c.d. avvalimento che legittima la circolazione oggettiva di alcune referenze proprie dell'appaltatore, quali i requisiti di carattere economico, tecnico, finanziario, organizzativo, ovvero di attestazione della certificazione SOA i quali, in quanto non strettamente personali dell'imprenditore, possono essere utilizzati da diverso soggetto alla sola condizione che esso dimostri di poterne effettivamente disporre e che di tale utilizzazione ne sia informata la stazione appaltante¹²⁷.

Un caso particolare di vicenda modificativa soggettiva si ha nell'ipotesi prevista dall'art. 37octies della l. 109/94 relativo alle operazioni di project financing.

Con tale disposizione, il legislatore ha dato veste legale al cosiddetto step-in-right; attraverso tale meccanismo i finanziatori acquistano la facoltà qualora si verificasse un problema di default del soggetto concessionario e naturalmente prima che il progetto sia definitivamente compromesso, di intervenire assumendone il controllo diretto o delegando un soggetto di fiducia, con il fine di conservare il più possibile in vita i contratti di progetto.

Dalla necessità dell'accettazione da parte dell'ente concedente si desume come ci si trovi di fronte ad una fattispecie di cessione del rapporto di concessione. In tale evenienza, dunque, si realizza la completa successione a titolo particolare del soggetto designato nei rapporti attivi e passivi tra concessionario e amministrazione concedente.

¹²⁶ Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 1873/2006. Si ammette la possibilità del subentro allo stesso di altro soggetto nella posizione di contraente o di partecipante ad una gara per l'aggiudicazione di un appalto pubblico in caso di cessione di azienda e di trasformazione della società, sempre che la cessione dell'azienda o gli atti di trasformazione, fusione o scissione della società, sulla cui base avviene il detto subentro, siano comunicati alla stazione appaltante e questa abbia verificato l'idoneità soggettiva del subentrante.

¹²⁷ Consiglio di Stato, sez VI, n. 2943 del 2007, in www.giustizia-amministrativa.it.

Come è stato osservato in dottrina la condizione posta dalla norma ai fini dell'accettazione dell'amministrazione concedente, di un'equivalenza di caratteristiche tecniche e finanziarie tra società designata e concessionario all'epoca dell'affidamento della concessione, prefigura l'atto di assenso dell'amministrazione come "espressione di un potere di valutazione vincolato nel fine nei presupposti di fatto", del tutto difforme quindi dalla manifestazione di volontà del contraente ceduto di cui all'art. 1406 c.c., rientrante nella piena autonomia negoziale del privato.

Tale equivalenza va peraltro valutata in relazione al concreto stato di avanzamento del progetto, dato che il subentro può anche avvenire quando l'opera è in via di realizzazione ovvero si tratti solo di proseguire la gestione.

L'accettazione del subentro è peraltro condizionata alla circostanza che l'inadempimento del concessionario avrebbe causato la risoluzione cessi entro i novanta giorni successivi alla scadenza del termine concesso ai finanziatori per la designazione della società subentrante (lettera b) del primo comma dell'art. citato. La stessa norma peraltro permette a concedente e finanziatori di concordare un eventuale termine più ampio.

Dal meccanismo di subentro appena tratteggiato emerge come la sostituzione del concessionario da parte della società designata deve necessariamente avvenire in un tempo anteriore al formale subentro, dato che il soggetto subentrante dovrà provvedere, nel termine cennato, all'adempimento delle obbligazioni contrattuali nella forma dell'adempimento del terzo.

3.2.1. La incedibilità dei contratti pubblici

Sulla rigorosa disciplina prevista per le modificazioni soggettive dei contratti pubblici giocano un ruolo determinante gli aspetti connessi alla necessità di assicurare da un lato, la trasparenza e l'imparzialità della vicenda contrattuale e dall'altro un corretto ed efficace uso del denaro pubblico.

Non può sfuggire sotto il primo aspetto come l'estrema cura posta nella scelta della parte privata del contratto, testimoniata dalle rigide procedure dell'evidenza pubblica nella fase di formazione e perfezionamento, sarebbe inevitabilmente vanificata da una disinvolta fungibilità del contraente, tanto più in rapporti caratterizzati, come quelli in esame, dall'estrema rilevanza delle caratteristiche personali del contraente. Sotto il secondo profilo, viene in rilievo l'esigenza di garantire il fenomeno contrattuale da infiltrazioni malavitose, soprattutto in settori come quello degli appalti pubblici sempre più in rilievo per l'economia del paese. Nell'avvertire che nella disamina delle diverse vicende modificative si terrà conto del rilievo predominante della disciplina dettata per gli appalti pubblici, si esporranno di seguito i tratti relativi alla cessione del contratto, al subappalto alle vicende traslative inter vivos e mortis causa al fallimento e al subentro.

In via preliminare, occorre osservare che la disciplina pubblicistica ha sempre visto con sfavore¹²⁸ gli istituti della cessione del contratto e del subappalto, quali fenomeni in grado di incidere in profondità (ovviamente con diverso rilievo) lo stretto rapporto fiduciario insito nel rapporto tra committente ed appaltatore.

Il carattere personale insito in tale rapporto porta come necessario corollario, infatti, l'impossibilità di disporre mutamenti nella figura del privato contraente senza apposita adesione della stazione appaltante, che autorizzi la modifica soggettiva del rapporto contrattuale.

Nel corso degli anni il particolare ruolo giocato dall'intuitus personae nell'appalto, nonché l'esigenza di accrescere la tutela contro possibili infiltrazioni mafiose nel procedimento di aggiudicazione, hanno suggerito la chiara e solenne enunciazione del principio¹²⁹ secondo cui "le imprese, le associazioni, i consorzi aggiudicatari sono tenuti ad eseguire in proprio le opere o i lavori compresi nel contratto".

¹²⁸ Già la legge fondamentale sui lavori pubblici (legge n. 2248 del 20.3.1865 all. F opere pubbliche) prevedeva all'art. 339 il divieto per l'appaltatore di cedere o subappaltare in tutto o in parte l'opera assunta, in mancanza dell'approvazione da parte dell'autorità competente.

¹²⁹ Si veda l'art. 18, 2° co. legge 55/90, non a caso rubricato "Nuove disposizioni per la prevenzione della delinquenza di tipo mafioso e di altre forme di manifestazione di pericolosità sociale". Il già citato d.l. 152/1991, nell'aggiungere un ulteriore periodo al comma 2 della citata

L'art. 116 del Codice dei contratti è dedicato alla risoluzione di questioni particolarmente delicate che possono influire sulla prosecuzione del rapporto contrattuale e che riguardano, in particolare, il profilo soggettivo dell'appaltatore. Può accadere, infatti che nel corso dell'esecuzione del contratto si vengano a realizzare forme di successione nella titolarità dell'appalto, dovute a vicende che incidono sulla vita dell'azienda appaltatrice. Il regime delineato dal legislatore per disciplinare tali ipotesi è volto innanzitutto a tutelare l'esigenza dell'amministrazione di poter contare sulla permanenza di tutti i requisiti soggettivi che hanno determinato la scelta di un determinato concorrente rispetto agli altri partecipanti alla procedura di selezione.

In questa prospettiva, gli adempimenti richiesti dall'art. 116 devono essere letti proprio in vista della tutela di questa esigenza fondamentale che è diretta ad assicurare, in definitiva, l'esatto adempimento delle prestazioni contrattuali. Le ipotesi tipiche prese in considerazione dal comma 1 dell'art. 116 sono rappresentate da: cessione, trasformazione, fusione o scissione d'azienda.

Affinché una di tali circostanze, una volta verificatasi, possa produrre effetti nei confronti della stazione appaltante è necessario che il cessionario ovvero il soggetto che risulta dall'avvenuta trasformazione, fusione o scissione, provveda nei confronti della stessa alle comunicazioni previste dall'art. 1 del d.p.c.m. n. 187/1991, nonché a comprovare mediante idonea documentazione il possesso dei requisiti di qualificazione previsti dal codice.

legge 55/90 ha infine sancito il totale divieto di cessione del contratto, che non si estende per altro alla cessione dei crediti vantati dall'appaltatore nei confronti della p.a.

3.2.2. La cessione di azienda

A fronte del generalizzato divieto di cedibilità del contratto, il legislatore prevede una particolareggiata disciplina della modificazione del soggetto del contratto in ipotesi di fusioni ovvero di conferimenti di azienda. Tali vicende destano particolari difficoltà quando all'esito di tali fenomeni l'amministrazione appaltante finisce per trovarsi di fronte ad un soggetto differente da quello con cui ha instaurato il rapporto originario¹³⁰. La disciplina della cessione d'azienda contenuta nell'art. 116 riguarda un'ipotesi di successione nella titolarità dell'appalto che viene in essere. Il contratto di cessione di azienda intercorre tra due soggetti di cui l'uno il cessionario subentra nell'titolarità del complesso dei rapporti attivi e passivi facenti capo all'azienda ceduta, tra i quali rientra il singolo appalto stipulato con l'amministrazione. Di fronte all'evento cessione d'azienda la stazione appaltante qualora ricorrano le condizioni di cui all'art. 116, ha il diritto di opporsi¹³¹ determinando una situazione per la quale il cedente rimane l'unico soggetto obbligato ai fini dell'adempimento delle prestazioni contrattuali. Sul punto la dottrina¹³² ha ricostruito l'opposizione quale impedimento alla verifica della condizione sospensiva dello spirare del termine in assenza di intervento da parte della pubblica amministrazione, con annessa inefficacia dell'atto traslativo dell'azienda. Diversamente, in mancanza di opposizione la cessione produrrà i suoi effetti anche nei confronti dell'amministrazione. Nell'ambito della disciplina dei contratti pubblici la cessione è ritenuta ammissibile soltanto se realizzata nel rispetto di tutte le condizioni previste dall'art. 116, diversamente è espressamente esclusa dal comma 1 dell'art. 118 che

¹³⁰ E' chiaro che le disposizioni in parola hanno natura derogatoria rispetto al principio generale espresso dall'art. 2558 c.c. che, in tesi, afferma, se non diversamente pattuito, il carattere personale del rapporto contrattuale; e che alle stesse è sottesa la ratio della più ampia circolazione dei beni economici. Le disposizioni medesime, però, non possono essere intese come svincolate dagli effetti peculiari inerenti alla normativa imperativa che regge le procedure concorsuali di scelta del contraente nell'ambito pubblico, alle quali gli effetti negoziali di natura privatistica sono connessi in legame presupponente, e ciò specialmente quando, come nel caso in esame, si tratta di aspirazione al subentro del cessionario nel contratto del cedente e non di subentro già ottenuto.

¹³¹ Cianfalone A. e Giovannini G., *L'appalto di opere pubbliche*, XI edizione Milano 2003 pag. 352 e ss.

¹³² Si veda uno per tutti Tassan Mazzocco, Angeletti, Bombelli, Guffanti, Manzi, Perulli, Robaldo, Sciumè, Zoppolato, *Legge quadro sui lavori pubblici (Merloni quater)*, Giuffrè editore, Milano, 2003.

recepisce quanto già disposto in materia dall'art. 18 della legge n. 55/1990 e s.m.i.¹³³. La cessione realizzata nonostante il divieto è affetta da nullità.

Il supremo consesso amministrativo ha preso di nuovo posizione sul tema modificando parzialmente la sua impostazione. Secondo tale prospettiva, il principio di immutabilità del contraente trova ingresso solo nella fase di selezione del contraente; dopo l'aggiudicazione, dalla natura personale del contratto di appalto non discende l'incredibilità in senso assoluto dello stesso, ma solo l'opposto canone della trasferibilità del negozio, salva la necessità dell'acquisizione del consenso dell'altra parte¹³⁴.

La giurisprudenza ha chiarito che il subentro in corso di gara, qualora l'amministrazione abbia proceduto a verificare il possesso dei requisiti oggettivi e soggettivi di partecipazione in capo al cessionario d'azienda, non viola il principio della par condicio, laddove le offerte concorrenti siano state già presentate e valutate, in condizioni di assoluta parità. La par condicio sarebbe invece violata in caso di mancata simultaneità nella presentazione delle offerte; così ad esempio non potrebbe invocarsi la modificabilità del raggruppamento di imprese in corso di gara, per ovviare mediante la sostituzione dell'impresa nei cui confronti è stata riscontrata la mancanza dei requisiti di partecipazione, ad una causa di inammissibilità suscettibile di colpire l'intera offerta¹³⁵.

¹³³ Va peraltro segnalata la presenza di un ordinamento minoritario, sostenuto dalla giurisprudenza di merito, che si fonda su un'applicazione analogica dei principi vevoli per i rapporti tra privati. In questa visione, la cessione d'azienda non sarebbe vietata espressamente negli appalti pubblici da alcuna norma, dato che l'art. 18 della l. 55/1990 sarebbe una norma eccezionale rispetto al principio generale della libera circolazione del negozio ex art. 1406 c.c., dettata solo per esigenze stringenti di contrasto ai fenomeni di infiltrazioni mafiosa, e come tale non estendibile alla cessione di azienda così Tar Puglia, Lecce, sez. II, n. 242/1997 in TAR, 1997, 2090; e Tar Abruzzo, n. 563/1996, in TAR, 1996, 4604.

¹³⁴ TAR Emilia-Romagna, sez. II, 6/3/2009 n. 228. Nel caso di specie mancando la comunicazione, da parte della società cedente, della nuova situazione alla stazione appaltante, il procedimento necessario per rendere efficace la variazione soggettiva del concorrente nei confronti della stazione appaltante, disciplinato dall'art. 51 del codice dei contratti pubblici non si è potuto perfezionare, pertanto la nuova società, non avendo partecipato alla gara, non può comunque risultare aggiudicataria. Ed anche in Cons. di stato sez. V 2208/2002, in UA 10/2002 pag 1190.

¹³⁵ TAR Umbria 3.9.2003 n. 718 in www.Appaltiecontratti.it.

La giurisprudenza¹³⁶ più recente ha dato al previgente art. 35 della l. 109/94 veste di principio generale come tale applicabile non solo ai casi in cui il cedente abbia già stipulato il contratto, ma anche ai casi in cui il cedente rivesta la posizione di mero partecipante ad una gara in corso di svolgimento.

Va da ultimo evidenziato che anche la dottrina sembra propendere per la possibile applicazione analogica dell'art. 35 in esame e questo per un duplice ordine di considerazioni. Innanzitutto, perché esso non può porsi in antinomia con la supposto (ed errata) natura generale delle disposizioni portate dall'art. 18 della l. 55/90 dato che le due norme regolano fattispecie diverse. In secondo luogo, poiché la materia dei pubblici appalti è un settore speciale, il principio da applicare per analogia ad una fattispecie non prevista deve essere rintracciato al suo interno, e non facendo ricorso ad altre branche del diritto¹³⁷.

3.2.3. L' affitto di azienda

La trasferibilità del contratto di appalto assume rilevanza anche nelle ipotesi di cessione di azienda o di ramo aziendale¹³⁸. Tale fattispecie trova precisa regolamentazione nell'art. 2558 c.c. recante la disciplina della “*successione nei contratti*” di azienda. La norma stabilisce che, salvo diversa pattuizione, l'acquirente dell'azienda subentra nei contratti stipulati per l'esercizio dell'azienda stessa che non abbiano carattere personale, mentre è fatta salva la facoltà per il terzo contraente (ceduto) di recedere dal contratto entro tre mesi, purchè sussista una giusta causa (art. 2558, comma 2, c.c.). E' quindi un effetto naturale della cessione di azienda l'automatico trasferimento di tutti i contratti a

¹³⁶ Così Tar Sardegna 29.8.2003 n. 1047 FA 2003, 2488 secondo cui dall'art. 35 della l. 109/94 può estrapolarsi il principio per cui nel contrasto tra l'interesse dell'amministrazione a non subire la modifica del contraente in tutti i rapporti che ad essa fanno capo, prevale questo ultimo interesse a condizionare che l'amministrazione possa sempre verificare il possesso dei requisiti soggettivi del cessionario.

¹³⁷ Perfetti Luca, La cessione del contratto di appalto con la pubblica Amministrazione, in Diritto amministrativo, 2002, 491

¹³⁸ Sul tema vedi anche Carbone P.A., Cessione del ramo d'azienda e opere pubbliche, Riv. trim. appalti 1995,I, 23; De Luca F., Cessione ramo di azienda e successione nel contratto di appalto: brevissime considerazioni, Riv. trim. appalti 1999,I, 397.

prestazioni corrispettive, in cui non rileva il carattere personale¹³⁹. In tal senso, come osserva la giurisprudenza prevalente¹⁴⁰, il disposto dell'art. 2558 c.c. impedisce il trasferimento degli appalti pubblici a seguito della cessione, posto che: il contratto di appalto pubblico ha natura personale e sussiste, in ambito pubblicistico, un generale principio di immutabilità del contraente della Pubblica amministrazione in assenza di valutazione dei requisiti.

Il comma 4 dell'art. 116 estende la disciplina prevista nei commi precedenti anche ai casi di trasferimento o affitto di azienda¹⁴¹ da parte degli organi della procedura concorsuale. L'affitto dell'azienda non implicando un trasferimento definitivo della relativa attività economica, non determina un automatico subentro dell'avente causa nella posizione dell'impresa affittente. Nel caso di semplice fitto di azienda il possesso dei requisiti di qualificazione da parte dell'impresa affittuaria non potrebbe presumersi a seguito della mera trasmissione del contratto di affitto alla stazione appaltante, essendo necessaria la puntuale documentazione del possesso di ciascun singolo requisito. È palese che il giudizio di affidabilità già espresso per la società concedente non possa essere trasferito tout court all'affittuaria. "La medesima esigenza di affidabilità per l'esecuzione dei contratti, preliminare allo svolgimento delle procedure pubbliche di appalto, esclude altresì che l'affitto a termine e condizionato dell'azienda o di un ramo di essa possa essere assimilato alle cessioni e agli altri atti indicati dall'art. 35 comma 1 della

¹³⁹ In questi termini Cass. civ., 19 giugno 1996, n. 5636 e Cass. civ. 5 maggio 1995 n. 4873, secondo cui, nel caso di trasferimento di azienda, qualunque sia la forma giuridica adottata, il cessionario succede, sulla base di una cessione ex lege.

¹⁴⁰ Si veda Consiglio di Stato, sez. II, 3 febbraio 1993 n. 53 secondo cui "i contratti di appalto di opere pubbliche sono stipulati "intuitus personae"; pertanto, tali contratti, avendo carattere personale, sono esclusi, a norma dell'art. 2558 c.c., dalla successione dei contratti conseguente alla cessione di azienda"; Consiglio di Stato, sez. V, 13 maggio 1995 n. 761; TAR Lombardia Brescia, 7 aprile 1998, n. 289; TAR Sardegna Cagliari 7 febbraio 2003 n. 156. Contra ma in posizione minoritaria si pone quell'orientamento giurisprudenziale che propende per l'estensione della norma anche agli appalti pubblici, TAR Puglia Lecce, sez. II, 7 aprile 1997, n. 142; TAR Abruzzo L'Aquila, 25 ottobre 1996, n. 563.

¹⁴¹ Cons. di Stato sez IV 29 agosto 2002 n. 4360 secondo cui l'affitto di un ramo di azienda da un'impresa concessionaria ad un'altra paragonabile alla cessione, comporta il subentro di quest'ultima nei contratti di appalto stipulati dalla prima, fermo restando che – secondo quanto disposta dall'art. 35, comma 1, della legge n. 109/1994 – la sua efficacia è condizionata, nei confronti della amministrazione, ad apposita comunicazione ed alla presentazione della documentazione comprovante il possesso dei necessari requisiti soggettivi in capo all'affittuaria; tali adempimenti peraltro costituiscono vera e propria condicio iuris idonea a sospendere a tempo indeterminato l'efficacia della cessione rispetto alla stazione appaltante.

legge n. 109/1994 che concretano le situazione e stabili delle fattispecie successorie”¹⁴². Con la disposizione in esame la fattispecie dell’affitto di azienda o di un suo ramo¹⁴³ viene, dunque, equiparata pienamente a quella della cessione di azienda con la quale viene trasferito al cessionario, dietro pagamento di un corrispettivo la titolarità dell’azienda stessa.

Ogni dubbio in tema di validità, circa l’acquisizione di capacità professionale mediante affitto di azienda è oggi fugato dall’art. 51 del d. lgs. n. 163 del 2006, a norma del quale l’affittuario di un ramo di azienda è ammesso alla gara anche in ragione della acquisizione dei requisiti necessari mediante locazione di ramo di azienda. La giurisprudenza¹⁴⁴, pacifica sul punto, ha avuto occasione di affermare che, nelle gare indette per l’aggiudicazione di appalti con la pubblica amministrazione l’istituto dell’avvalimento ha portata generale ai fini della dimostrazione del possesso dei requisiti di partecipazione, ed è quindi utilizzabile anche in assenza di una specifica previsione del bando, restando peraltro ferma la necessità, in ogni caso, di un vincolo giuridico, preesistente all’aggiudicazione della gara.

La giurisprudenza sul punto ritiene che, in caso di cessione del ramo d’azienda, l’ammissione del subentrante è subordinata a due condizioni: che gli atti di cessione siano comunicati alla stazione appaltante e che questa abbia verificato l’idoneità soggettiva ed oggettiva del subentrante¹⁴⁵.

In conclusione l’articolo 51 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 non ha carattere innovativo ma codifica un principio già affermato dalla giurisprudenza amministrativa. Basti richiamare la decisione di questo Consiglio Stato sez. VI, 06 aprile 2006 , n. 1873 secondo la quale “si può, pertanto, ritenere acquisito nella

¹⁴² Cons di stato sez. IV 29 agosto 2002 n.4360 ; e TAR Lazio Roma sez III n. 590/2006.

¹⁴³ Nella definizione enucleata dalla giurisprudenza civilistica, si vedano Cass. Civ. sez. III, 6361/19981 e Cass. Civ. sez.III, n. 6572/1983, ricorre, invece, l’ipotesi di affitto di azienda quando oggetto del contratto sia un complesso unitario di tutti i beni mobili e immobili materiali e immateriali concessi in godimento in quanto organizzati unitariamente per la produzione di beni.

¹⁴⁴ Consiglio Stato sez. IV, 20 novembre 2008 , n. 5742

¹⁴⁵ Consiglio Stato sez.VI, n. 1873/2006; Consiglio Stato sez V, 2794/2008. Nel caso di specie manca la comunicazione, da parte della società cedente, della nuova situazione alla stazione appaltante, sicchè il procedimento necessario per rendere efficace la variazione soggettiva del concorrente nei confronti della stazione appaltante, disciplinato dall’art. 51 del codice dei contratti pubblici non si è potuto perfezionare. Pertanto la ricorrente risulta estranea alla gara di cui si tratta e, quindi, priva dell’interesse ad agire non potendo aspirare all’aggiudicazione.

giurisprudenza vigente l'ulteriore principio della derogabilità di quello precedentemente richiamato dell'immodificabilità soggettiva dell'offerente, ammettendosi la possibilità del subentro allo stesso di altro soggetto nella posizione di contraente o di partecipante ad una gara per l'aggiudicazione di un appalto pubblico in caso di cessione di azienda e di trasformazione di società; sempre che la cessione dell'azienda o gli atti di trasformazione, fusione o scissione della società, sulla cui base avviene il detto subentro, siano comunicati alla stazione appaltante e questa abbia verificato l'idoneità soggettiva del subentrante". Venendo all'aspetto procedimentale, sia l'indirizzo giurisprudenziale sopra richiamato che la norma introdotta dal codice dei lavori pubblici si limitano a porre in capo alla cessionaria l'unico onere di dare comunicazione alla stazione appaltante dell'avvenuta cessione del ramo d'azienda, lasciando poi alla discrezionalità delle singole amministrazioni chiedere quei documenti che si rendessero necessari per poter esprimere una ponderata verifica circa l'idoneità soggettiva del subentrante. Ed è ovvio che sia così, in quanto la varietà delle fattispecie concrete che possono presentarsi non consente di ridurre ad unità la tipologia della documentazione necessaria per l'accertamento.

3.2.4 Il subappalto

Il subappalto opera sul piano della mera esecuzione del contratto, consentendo che una o più parti del contratto siano eseguite da un soggetto estraneo, diverso dal contraente obbligato¹⁴⁶. Più precisamente, si definisce subappalto il contratto con il quale l'appaltatore affida ad un terzo, detto subappaltatore, il compito di eseguire in tutto o in parte l'opera assunta dallo stesso appaltatore con il contratto di appalto.

¹⁴⁶ L'analisi del contratto di subappalto, sviluppatasi all'ombra della dogmatica del subcontratto e del collegamento negoziale, sembra debba oggi tener conto, in un'ottica evolutiva, anche della consolidata affermazione dell'*outsourcing*, quale tecnica aziendale consistente nella esternalizzazione di determinati processi produttivi (o di determinate fasi di un processo produttivo) e finalizzata alla riduzione dei costi d'impresa. Rubino-Iudica, Dell'appalto, in Comm. Scialoja-Branca, 1992, 199; Ricciuto voce Subcontratto, in Enc.dir., 1997, XXX; Imarisio, Il subappalto, in Obbl. e contr., 2008, 731 ss..

Dalla definizione emerge con chiarezza la differenza con la cessione del contratto, che importa una novazione soggettiva del rapporto; nel subappalto non si verifica nessuna sostituzione, le parti del contratto principale non mutano (pubblica amministrazione e impresa appaltatrice) ma si ha la creazione di un distinto rapporto tra subappaltante e subappaltatore, rispetto al quale rimane di regola estraneo il committente¹⁴⁷.

La disciplina del subappalto, ex art. 118 del d.l.gs. n. 163/2006, non fornisce una definizione diretta del contratto di subappalto che peraltro si ricava indirettamente dall'art. 1656 del c.c., il quale prevede la necessità dell'autorizzazione per tale contratto da parte del committente.

Va peraltro preliminarmente chiarito che l'appaltatore originario rimane comunque responsabile verso il committente del compimento dei lavori e del risultato complessivo, anche se non risponde verso terzi dei danni cagionati dal subappaltatore, quando questi abbia operato con autonomia¹⁴⁸.

Va posto in evidenza il carattere secondario e derivato del contratto di subappalto, il quale finisce quindi per seguire almeno parzialmente la sorte del contratto principale. Così la nullità o l'annullamento dell'appalto si ripercuote sul subappalto, ma restano salve le ragioni del subappaltatore verso il subappaltante e ciò in conseguenza e nei limiti di quell'obbligo di garanzia dell'esistenza e della validità del contratto base che nel subcontratto in genere si ritiene faccia carico sul cosiddetto intermediario¹⁴⁹ (nel caso in esame: sul subappaltante).

Il carattere derivato del subappalto, e il conseguente regime attenuato di trasferimento del rischio¹⁵⁰, garantisce dal rischio di ingresso a indesiderati contraenti a valle dell'affidamento, a tutela di possibili infiltrazioni malavitose, ma è testimonianza dalla considerazione del legislatore per la salvaguardia delle esigenze produttive ed imprenditoriali.

¹⁴⁷ Cassazione civile sez II 11.08.90 n. 8202.

¹⁴⁸ Santoro Pelino e Santoro Evaristo, Trattato breve dei contratti pubblici, Maggioli editore, 2007.

¹⁴⁹ Cianfalone Antonio e Giovannini Giorgio, L'appalto di opere pubbliche 2003.

¹⁵⁰ Vagnozzi D. Il subappalto nei contratti pubblici, in Riv. Trim. appalti 2001, 4, pag. 731 e ss.

Da un punto di vista economico-sociale il subappalto rientra nella categoria dei cosiddetti contratti d'impresa, dato che appare funzionalmente collegato ad un contratto che presuppone la qualità d'impresa e l'esercizio di essa mediante organizzazione imprenditoriale ed essendo richiesta la sussistenza di un'analoga qualificazione. La ratio dell'autorizzazione del committente all'esecuzione altrui del contratto si fa rientrare, usualmente, nell'esigenza di preservare l'intuitus personae caratteristico del contratto di appalto, anche se taluno in dottrina ha posto in risalto il rilievo dominante dell'organizzazione di impresa.

Un'ulteriore novità è il coinvolgimento diretto, nel rapporto appaltatore-subcontraente, dell'amministrazione appaltante, alla quale è posta l'alternativa, da indicare nel bando, di corrispondere direttamente gli importi dovuti al subappaltatore o al cottimista o di prescrivere l'invio di copia delle relative fatture quietanziate con l'indicazione delle ritenute di garanzia effettuate¹⁵¹.

Si dovrebbe parlare, allora, più che di derivazione di rapporti di innesto di uno nuovo quale propagazione del primo, al quale il committente partecipa in vario modo (pagamenti diretti, estensione delle solidarietà e ritenute di garanzia, vigilanza su tutta l'esecuzione).

Per quanto riferito il subappalto sembra assumere i connotati di un fatto modificativo soggettivo del rapporto contrattuale anche dal punto di vista giuridico, non riguardando più la semplice materiale esecuzione dell'opera, ma operando un inserimento dello stesso subcontraente nel rapporto originario con riflessi anche nella sfera del committente consenziente. Tale prospettiva si evince anche nel recentissimo regolamento attuativo del codice dei contratti pubblici, in cui si esalta¹⁵² un ambito soggettivo e oggettivo diverso rispetto all'art. 141, comma 2, del D.P.R. n. 554/1999.

¹⁵¹ Rescigno P., L'appalto, in Trattato di diritto privato, UTET, 1991 Come segnalato in dottrina, tale previsione sembra rompere il tradizionale, segnalato schema giuridico del subappalto incentrato sull'estraneità del committente dal rapporto derivato dal momento che il coinvolgimento diretto dell'amministrazione nelle relazioni economiche con il terzo subappaltatore lascia trasparire un rapporto di tipo trilatero e costituisce un avvicinamento ad un tipo di contratto più trasparente.

¹⁵² Riferimento agli art. 170 e seguenti del D.P.R. del 5 Ottobre 2010 n. 207 pubblicato in G.U. n. 288 del 10 Dicembre 2010.

Sotto il profilo soggettivo, destinatario della previsione normativa non è più solamente il subappaltatore, ma anche l'esecutore (o, come lo si voglia chiamare, l'appaltatore, l'affidatario, l'aggiudicatario ecc.) del contratto, per entrambi i quali è precisato che debbono essere in possesso dei requisiti relativi alle specifiche categorie di lavorazione indicate nel medesimo comma 2.

Sotto il profilo oggettivo, la disposizione *de qua* non fa più riferimento a un subappalto di posa in opera di strutture, di impianti e di opere speciali di cui all'art. 72, comma 4, lett. *c)*, *d)* ed *l)* del D.P.R. 554/1999, ma a un subcontratto¹⁵³ di «posa in opera di componenti e apparecchiature necessari per la realizzazione di strutture, impianti e opere speciali di cui all'art. 107, comma 2, lett. *f)*, *g)*, *m)*, *o)* e *p)*» dello stesso Regolamento.

Infine, il comma 3, ultima parte, dell'art. 170 del Regolamento – ribadendo quanto già disposto dall'art. 118, comma 11, ultima parte, del Codice – stabilisce che l'appaltatore deve comunicare alla stazione appaltante, nell'ipotesi di subcontratti stipulati per l'esecuzione della prestazione oggetto di appalto, il nominativo del subcontraente, l'importo del subcontratto e l'oggetto del lavoro, servizio o fornitura affidati.

Analogamente al comma 3 dell'art. 141 del D.P.R. n. 554/1999, il comma 3, prima parte, dell'art. 170 del Regolamento stabilisce che l'appaltatore, che intende avvalersi del subappalto, deve presentare alla stazione appaltante apposita istanza con allegata la documentazione prevista dall'art. 118, commi 2 (ultima parte) e 8 (parti prima e seconda), del Codice, cui si rinvia¹⁵⁴.

Il comma 5 dell'art. 170 del Regolamento, riprendendo esattamente il comma 5 dell'art. 141 del D.P.R. 554/1999, precisa che per «attività ovunque espletate» – le quali concorrono a comporre la definizione del contratto di subappalto, in quanto

¹⁵³ Va precisato che la locuzione «subcontratto» – proveniente dal codice civile, nell'ottica di una generale tendenza del nostro legislatore a far transitare nel diritto amministrativo istituti e termini propri del diritto privato (tra l'altro non dobbiamo dimenticare, e ciò è significativo, che il D.Lgs. n. 163/2006 è intitolato Codice dei contratti pubblici e non Codice degli appalti pubblici) – deve essere sostanzialmente intesa come sinonimo di subappalto.

¹⁵⁴ La stazione appaltante deve pronunciarsi entro 30 giorni dal ricevimento dell'istanza, questo termine può essere prorogato una sola volta purché ricorrano giustificati motivi (non sono tali quelli imputabili, per esempio, all'inerzia o lentezza burocratica dell'amministrazione); decorso detto termine senza che la stazione appaltante si sia pronunciata si forma il silenzio assenso (art. 118, comma 8, parti terza e quarta, del Codice).

ne costituiscono l'oggetto, come stabilito dall'art. 118, comma 11, parte prima, del Codice – devono intendersi unicamente quelle poste in essere nell'ambito del cantiere cui si riferisce l'appalto. Da questo dettaglio normativo si ricava un limite all'ammissibilità del subappalto: esso può essere affidato solamente per la realizzazione di lavori od opere che debbono essere svolti all'interno del cantiere, ovunque questo sia stato territorialmente insediato per l'esecuzione del contratto d'appalto.

Tale forma contrattuale viene sempre ad avvicinarsi ad una cessione di contratto; pur non avendosi, come in questa, novazione soggettiva, ossia traslazione in capo ad un nuovo soggetto dell'intero rapporto, il rapporto originario viene anch'esso modificato con l'ampliamento delle relazioni soggettive¹⁵⁵. La collaborazione di imprese terze nell'esecuzione di opere complesse va riguardata come esigenza strutturale di una moderna e più ampia concezione dell'appalto che l'indirizzo europeo sembra assecondare. Il sistema che si è venuto a delineare sembra pertanto muoversi verso una logica di autoresponsabilizzazione dell'appaltatore.

3.3. Le vicende modificative contrattuali

L'interesse del committente e dell'appaltatore a disciplinare convenzionalmente *a priori* la modificazione del contratto e a conservare in vita il rapporto contrattuale adeguandone il contenuto alla mutata situazione di fatto viene dunque evidenziato dall'organizzazione degli operatori commerciali che, soprattutto in presenza di scambi transnazionali, tendono ad evitare il pericolo che le regole sul rischio contrattuale vigenti nei diversi ordinamenti - di solito, prescrizioni dispositive, operanti perciò soltanto in assenza di regolamentazione pattizia - producano risultati inattesi e potenzialmente pregiudizievoli degli interessi dei contraenti consacrati nell'originario regolamento d'interessi¹⁵⁶.

¹⁵⁵ Si avvicina così il subappalto alla tendenza europea che liberalizzando i vincoli organizzativi, finisce per occuparsi solo della fase di accesso degli appalti limitandosi a prevedere la facoltà delle amministrazioni aggiudicatrici di chiedere la quota dei lavori che intende eventualmente affidare a terzi (art. 20 ter Dir. CE 444/1990).

¹⁵⁶ Per una panoramica rapida, ma sufficientemente documentata, del regime legale delle sopravvenienze nelle diverse esperienze giuridiche, v. per tutti Zweigert e Kotz, *Introduzione al*

La dottrina, sulla base delle disposizioni contenute nel codice civile al capo dedicato all'appalto, è solita raggruppare in tre tipologie le possibili variazioni al progetto originario¹⁵⁷. La prima è quella che comprende le variazioni che esprimono semplicemente il potere degli stipulanti di modificare in modo del tutto libero il contenuto delle pattuizioni iniziali: si tratta delle variazioni concordate tra le parti, le quali, ai fini probatori, devono rivestire la forma scritta. In tale fattispecie, qualora il prezzo sia stabilito *a forfait*, salvo diverso accordo, all'appaltatore non è dovuta alcuna maggiorazione, neppure in caso di aumento del carico di lavoro e/o di spese.

Nel caso in cui, invece, le variazioni siano richieste dal committente, le opere aggiuntive saranno pagate anche qualora la determinazione originaria del prezzo era avvenuta "a corpo". Le modifiche unilaterali dell'appaltante, tuttavia, non solo non devono essere tali da implicare uno stravolgimento della natura dell'opera o del servizio, ma il loro costo complessivo non deve eccedere di un sesto il prezzo convenuto *a forfait*¹⁵⁸.

La terza e ultima categoria di variazioni è quella comprendente le modifiche "necessarie", ossia quelle imprescindibili ai fini dell'esecuzione del lavoro a regola d'arte; in tali circostanze, qualora le parti non riescano a pervenire a un'intesa, sarà il giudice a stabilire sia quali siano effettivamente le variazioni indispensabili, sia quale compenso spetti all'appaltatore per il loro compimento. Se l'importo delle variazioni supera il sesto del prezzo convenuto *a forfait*, l'appaltatore potrà recedere, avendo diritto, comunque, a percepire un'indennità

diritto comparato, II, Milano, 1995, 230 ss.; in termini più analitici, Gallo, *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano, 1992.

¹⁵⁷ Cagnasso e Cottino, *Contratti Commerciali* in Trattato di diritto commerciale, Cedam, 2009, Vol. IX, pag. 562 e ss. In linea generale, va considerato che per potersi parlare di varianti vere e proprie è necessario che ci si mantenga nei limiti dell'oggetto contrattuale, con la conseguenza che "i lavori aggiunti all'opera originaria che non ne costituiscono un naturale completamento o sviluppo, ma formino un'opera a sé stante ovvero comportino radicali modifiche alla natura dell'opera non possono considerarsi lavori suppletivi ma sono lavori extracontrattuali" (Cass. 19 maggio 1972 n. 1531).

¹⁵⁸ Il regolamento attuativo del Codice degli appalti, n. 207/2010 introduce all'art. 310 il divieto di modifiche introdotte dall'esecutore, affermando che "le modifiche non previamente autorizzate non danno titolo a pagamenti o rimborsi di sorta e ove il direttore lo giudichi opportuno comportano la rimessa in pristino a carico dell'esecutore...". Inoltre all'art. 311, il D.p.r. 207/2010 indica tassativamente i casi in cui la stazione appaltante può richiedere "variazione" ai contratti stipulati.

per l'opera prestata, in base a una valutazione equitativa del giudice. La facoltà di recesso, d'altro canto, è riconosciuta al committente qualora le variazioni siano "di notevole entità", sempre restando salvo il diritto dell'appaltatore all'indennizzo.

Nel contratto di appalto, a differenza della generalità dei contratti, in cui vige il principio dell'immutabilità dell'oggetto, il contenuto delle prestazioni può subire delle modificazioni durante l'esecuzione del rapporto.

La ragione giustificatrice di tale *ius variandi* è infatti da rinvenire nella circostanza che l'appalto è generalmente riconosciuto come un contratto ad esecuzione prolungata (o secondo altri ad esecuzione continuata in senso generico) trovando il suo svolgimento naturale in un arco di tempo più o meno prolungato, durante il trascorrere del quale possono manifestarsi bisogni o esigenze od opportunità prima non palesate o comunque sopravvenute. Si osserva, preliminarmente, che anche in tale contesto, assumono rilevanza, ancora una volta, i principi fondamentali del codice civile, volti a garantire l'equilibrio contrattuale delle parti e a fornire un'ulteriore chiave interpretativa alla disciplina pubblicistica. Il riferimento è agli artt. 1659, 1660 e 1661 del codice civile, dove, rispettivamente, vengono espressi il principio d'immodificabilità dell'opera da parte dell'appaltatore in carenza di autorizzazione scritta del committente¹⁵⁹ la possibilità di eseguire le variazioni che si rendano necessarie per un'esecuzione a regola d'arte dell'opera appaltata, il cd. *ius variandi*, ossia il diritto potestativo del committente di imporre all'appaltatore varianti che, comunque, non siano pregiudizievoli per l'appaltatore e non comportino modificazioni sostanziali alla natura dei lavori¹⁶⁰.

Se è indubitabile che il committente possa dunque imporre delle modifiche ai lavori esistono tuttavia dei limiti alla possibilità di apporre variazioni che discendono dalla natura, dai più accolta, commutativa e non aleatoria del contratto

¹⁵⁹ Previsione volta a tutelare il committente da possibili variazioni arbitrarie ad iniziativa dell'appaltatore dirette, artificiosamente, ad aumentare il costo complessivo dei lavori da eseguirsi per la realizzazione dell'opera.

¹⁶⁰ Per la disciplina delle varianti si veda *Ius Variandi nel contratto di appalto* di Sabrina Peron in *Obbligazioni e contratti*, 2009.

di appalto¹⁶¹: il limite quantitativo di cui all'art 1660 c.c. primo comma (il c.d. quinto d'obbligo dipendente dal progetto) o di cui all'art 1661 primo comma (variazioni del committente che non possono superare il sesto del corrispettivo) ed il limite qualitativo, di più incerto apprezzamento, per il quale, in ossequio a quanto dettato dall'art 1661 secondo comma, in ogni caso le varianti non possono comportare modifiche sostanziali alla natura delle opere o dei quantitativi nelle singole categorie di lavoro.

3.3.1. Le varianti in corso d'opera

Il nuovo codice in materia di lavori pubblici ha, innanzitutto, ribadito l'importante principio che il progetto può subire variazioni in corso d'opera¹⁶² solo in presenza di ipotesi tassativamente individuate dall'art. 132¹⁶³.

Sotto il profilo funzionale, la giurisprudenza¹⁶⁴ considera l'istituto della variante come un rimedio a disposizione dell'amministrazione per sopperire a carenze progettuali scoperte nel corso dei lavori, mentre ne esclude la l'utilizzazione per la correzione di errori precedentemente emersi nel corso del procedimento di formazione del contratto di un appalto. Infatti la disciplina delle varianti non può che essere successiva alla fase della stipula del contratto, incidendo sugli aspetti del progetto emergenti nell'atto della sua realizzazione.

Sul piano del diritto positivo è l'art. 134, comma 1 del regolamento e l'art. 10, comma 2, del D.M. 145/2000 a prevedere che, nel rispetto delle condizioni e dei

¹⁶¹ La natura commutativa o aleatoria del contratto, è peraltro tutt'altro che irrilevante a fini applicativi: ad esempio è la natura commutativa del contratto che spiega la disciplina del c.d. "equo compenso", per cui "quando le modifiche apportate comportino notevole pregiudizio economico" all'appaltatore è riconosciuto un compenso aggiuntivo pari ai maggiori costi sopportati. Se si ritenesse che l'appalto sia viceversa un contratto aleatorio, in linea di principio, detto equo compenso non avrebbe ragion d'essere.

¹⁶² Gallo, Il Consiglio di Stato sulle varianti per la realizzazione delle opere pubbliche (nota a Cons. di Stato sez. IV 24 febbraio 2004 n. 717), in urbanistica e appalti 2004 fasc. 8 942-951.

¹⁶³ Come è noto, invece, la normativa previgente alla legge-quadro n. 109/94 si asteneva dallo specificare i presupposti legittimanti il ricorso alle varianti (ossia i "motivi"), preoccupandosi soltanto di precisare, ad integrazione di quanto disposto dal Codice Civile, i limiti quantitativi e qualitativi allo *ius variandi* dell'Amministrazione. La precisa indicazione dei casi in cui erano ammesse le varianti prevista dalla l. n. 109/94 risultava invece coerente con la nuova più rigorosa disciplina della progettazione la quale, imponendo l'adozione di progetti realmente esecutivi, considerava la variante un'eccezione alla regola dell'immodificabilità del progetto, ammissibile soltanto in presenza di particolari condizioni.

¹⁶⁴ Tar Lazio, Roma, sez. III, 3 agosto 2006, n. 6912.

limiti indicati dall'art. 132 del Codice, "la stazione appaltante durante l'esecuzione dell'appalto può approvare una variazione dei lavori fino alla concorrenza di un quinto". La dizione della norma impone alcune riflessioni in ordine all'esatta interpretazione della disciplina del cd. quinto d'obbligo. Ed infatti il quinto in più o in meno del prezzo di appalto rappresenta non tanto un vero e proprio limite alla discrezionalità della P.A. di apportare variazioni, quanto piuttosto, per così dire, un limite al *modus procedendi*, della stessa.

In altri termini, tale limite quantitativo opera in duplice direzione: come limite allo *ius variandi* della stazione appaltante e come limite all'obbligo-soggezione dell'appaltatore di sottostare a tale potestà ed eseguire i lavori agli stessi patti, prezzi e condizioni del contratto originario¹⁶⁵. Superato detto limite l'appaltatore può non soggiacere alle determinazioni dell'Amministrazione e, dunque, è libero di non adempiere a quanto disposto, fermo restando che in tale caso deve recedere dal contratto.

Se, viceversa, l'impresa fosse d'accordo nella prosecuzione dei lavori e sulle condizioni alle quali proseguire, detto limite questo può senz'altro essere superato, fatta salva la particolare ipotesi di variante dovuta ad errore od omissione progettuale.

Ne consegue, a ben vedere, che l'unico limite davvero insuperabile allo *ius variandi* sia quello qualitativo - previsto dagli artt. 10, comma 6, del D.M. 145/2000 e 134, comma 4, del DPR 554/99 da intendersi non solo come mutamento di tipologia ma anche come cambiamento della sua impostazione originaria (pur non alterandosi la sua tipologia per effetto della variazione)¹⁶⁶.

Inoltre, fermo che in senso generico ed atecnico ogni lavoro aggiuntivo può dirsi extracontrattuale, la variante per essere legittima, deve interessare lavori contrattuali o, per meglio dire, deve riferirsi a maggiori lavori necessari a realizzare il progetto.

¹⁶⁵ Un eventuale rifiuto costituirebbe violazione di obblighi contrattuali, con conseguente diritto, per l'amministrazione, a procedere per la risoluzione del contratto ed il risarcimento danni.

¹⁶⁶ Ove tale eventualità dovesse infatti riscorre l'appaltatore avrebbe titolo di rifiutare legittimamente l'esecuzione di una prestazione sostanzialmente diversa da quella pattuita.

Se si trattasse di lavori non necessari e diversi si verterebbe infatti nella distinta ipotesi di lavori extracontrattuali in senso proprio, i quali non possono essere disciplinati dalla disciplina delle varianti.

Infine un ulteriore limite al *ius variandi* consiste nella necessaria copertura finanziaria, e cioè la disponibilità finanziaria nel quadro economico ovvero, ove qualora questo non capiente, nel bilancio dell'Ente.

In particolare, sentito il progettista e il direttore dei lavori, possono introdursi modifiche ai lavori appaltati in presenza di cause tipiche e tassative riconducibili a: alla sopravvenienza di norme primarie o regolamentari (lett a): si tratta di eventi formali o legali, che impongono l'adeguamento del progetto originario, vanno sotto il nome di *jus superveniens*.

Le varianti disposte a questo titolo fanno emergere qualche dubbio in merito alla determinazione del procedimento amministrativo, non essendo specificato se si possono far decorrere: dall'approvazione del progetto, dalla pubblicazione del bando, o dalla stipulazione del contratto.

Si ritiene preferibile prendere come riferimento la data di pubblicazione del bando, in quanto le stazioni appaltanti, prima di iniziare le procedure di affidamento dei lavori, devono verificare la rispondenza degli elaborati progettuali ai documenti di cui all'art. 93 e art. 112 del codice e la loro conformità alla normativa vigente (verifica e validazione del progetto).

Un profilo critico emerge quando l'applicazione della normativa sopraggiunta non sia obbligatoria ma solamente opportuna: esempi sintomatici sono le norme in tema di sicurezza degli impianti o quelle relative all'abbattimento di barriere architettoniche, che contengono spesso delle deroghe).

In questa ipotesi, la scelta della stazione appaltante di procedere ad approvare la relativa perizia deve essere ponderata anche in relazione all'urgenza dei lavori, considerando che, verosimilmente, la sua approvazione necessiterà di una sospensione quantomeno parziale dei lavori.

La seconda ipotesi di variante è legata al verificarsi di cause impreviste e imprevedibili che che tuttavia diversamente dall'ipotesi precedente non dipendono da un intervento normativo bensì da un fatto umano o naturale. Si tratta di una

clausola atipica, nella quale possono farsi rientrare eventi di forza maggiore e caso fortuito (lett b)¹⁶⁷. Al riguardo si pone la questione circa la relazione di questa causa con l'errore progettuale, poiché la necessità di una corretta distinzione è importante non solo per i diversi effetti in caso di superamento del quinto, ma anche sul regime delle sospensioni, posto che quella per errore progettuale è *ab origine* illegittima. Sul punto si può solo osservare, in termini generali, che il problema non pare tanto essere quello di vedere se la stazione appaltante abbia previsto l'evento in sede di progettazione quanto se abbia posto in essere quei accorgimenti e quelle precauzioni che la legge richiedeva per evitarlo: così, ad esempio, configurerebbe senz'altro errore progettuale il ritrovamento archeologico superficiale in zona storica, laddove l'Amministrazione (*rectius* il progettista) non abbia compiuto alcun preventivo rilievo.

È permesso, inoltre, alla stazione appaltante di beneficiare del progresso tecnologico i cui effetti si manifestino in corso d'opera. La variante è ammessa unicamente ove si accerti, in seguito al contratto e alla redazione del progetto, la possibilità di utilizzare materiali, componenti ovvero tecnologie che possono determinare, senza nuovi oneri, miglioramenti nella qualità dell'opera o di sue parti significative. Sono pertanto escluse le variazioni non idonee a determinare miglioramenti rilevanti dell'opera, ovvero dirette ad alterare l'impostazione progettuale originaria. Anche in questa ipotesi il carattere sopravvenuto deve essere accertato obiettivamente, mentre il limite quantitativo si spiega con il fatto che l'opera comunque potrebbe essere realizzata anche senza tali miglioramenti.

Legittimano, ancora, il ricorso a variazioni progettuali eventi sopravvenuti "inerenti la natura e la specificità dei beni" sui quali si interviene, ovvero rinvenimenti impreveduti o non prevedibili nella fase progettuale (lett. c). In tale ipotesi, vengono fatti rientrare gli eventi diversi sia dalle cause naturali (si pensi, per esempio, al crollo di un muro nel corso dei lavori) di cui alla precedente lettera b) che dalla cosiddetta sorpresa geologica di cui alla successiva lettera d). L'ipotesi, sui rinvenimenti impreveduti ed imprevedibili in fase progettuale, che

¹⁶⁷ Musolino, Caso fortuito e forza maggiore nel contratto d'appalto, in Riv. Trim. appalti, 2003, n.3 pag. 655-670.

sembra alludere ad interventi su beni preesistenti, in definitiva altro non è che una sorta di specificazione quella di cui alla lettera b). Anche per tale causa valgono le considerazioni circa il rapporto con l'errore progettuale.

3.3.2. La c.d. sorpresa geologica

Un'altra ipotesi di modificabilità del progetto è connessa al manifestarsi, nel corso di esecuzione, di difficoltà di esecuzione, derivanti da cause geologiche, idriche e simili, non previste dalle parti. Deve trattarsi di difficoltà tali da rendere notevolmente più onerosa la prestazione dell'appaltatore¹⁶⁸ e per le quali l'art. 1664, 2 comma c.c., riconosce a quest'ultimo il diritto ad un equo compenso.

Da sottolineare come anche la variante per sorpresa geologica non deve dipendere in alcun modo da errore progettuale, sotto il profilo di un'insufficienza delle indagini progettuali¹⁶⁹.

Infine sono ammesse variazioni a seguito della scoperta di errori o omissioni del progetto esecutivo, che possono pregiudicare, anche solo in parte, la realizzazione dell'opera o la sua successiva utilizzazione¹⁷⁰. Perché si verifichi l'errore progettuale occorre che gli errori pregiudichino in tutto o in parte la realizzazione dell'opera o la sua utilizzazione: dunque, non è punibile l'errore in se ma è necessario, perché si verifichi questa fattispecie, che l'errore o l'omissione del progettista cagioni un effettivo pregiudizio. Qualora ricorrano i suddetti presupposti per disporre una variante, il responsabile del procedimento ne dà

¹⁶⁸ La considerazione della sorpresa geologica, che costituisce una difficoltà esecutiva piuttosto che una variante, è stata prevista dal Legislatore per impedire il rischio di interruzione dei lavori ed il loro conseguente abbandono da parte dell'appaltatore per l'eccessivo aumento dei costi: occorre infatti considerare al riguardo l'art. 1467 c.c. sulla eccessiva onerosità, che insieme all'impossibilità sopravvenuta e all'inadempimento sono cause legali di risoluzione del contratto, proprio nella misura in cui non operano meccanismi compensativi specifici come per l'appunti quello in esame.

¹⁶⁹ Pertanto la sorpresa geologica costituisce errore od omissione progettuale ogni qual volta che, pur prevedibile con i normali mezzi di indagine e di rilevazione (indicati all'art. 93 del codice) non sia stata adeguatamente considerata in fase progettuale.

¹⁷⁰ L'art. 132, 6 comma, del Codice, definisce errore o omissione di progettazione "l'inadeguata valutazione dello stato di fatto, la mancata od erronea identificazione della normativa tecnica vincolante per la progettazione, il mancato rispetto dei requisiti funzionali ed economici prestabiliti e risultanti da prova scritta, la violazione delle norme di diligenza nella predisposizione degli elaborati progettuali".

immediatamente comunicazione all'Osservatorio e al progettista, e l'eventuale superamento del cd. quinto d'obbligo impone la risoluzione del contratto¹⁷¹.

Il progettista, in conseguenza di errori od omissioni progettuali, è responsabile dei danni subiti dalle stazioni appaltanti¹⁷².

È inoltre previsto che nel caso di appalti che comprendono progettazione esecutiva ed esecuzione di lavori, l'appaltatore risponde dei ritardi e degli oneri conseguenti alla necessità di introdurre varianti in corso d'opera a causa di carenze del progetto esecutivo. In tale ipotesi, la variante determinata da errore progettuale è imputabile anche all'appaltatore, in quanto contrattualmente è tenuto, oltre alla realizzazione dei lavori, anche all'obbligo di redigere il progetto esecutivo.

Un regime a se riguarda i c.d. aspetti di dettaglio e le variazioni nell'interesse dell'amministrazione.

Il comma 3, primo periodo, dell'art. 132 individua anche le cd. varianti non varianti, cioè modifiche disposte dal direttore dei lavori che riguardano aspetti di dettaglio, cioè innovazioni di scarso rilievo tecnico che non comportano alcun aumento di spesa in base all'importo del contratto stipulato, comunque contenute entro un importo non superiore al 10% per i lavori di recupero, ristrutturazione, manutenzione e restauro o al 5% per ciascuna delle categorie di lavoro dell'appalto.

In particolare il legislatore in un'ottica di flessibilità, ha inteso affidare al Direttore dei lavori un certo potere interpretativo del progetto, circondandolo però di precisi limiti. Da un lato, legittimando tale potere solo per risolvere "aspetti di dettaglio" e, dall'altro, rendendolo esercitabile solo attraverso

¹⁷¹ Il diverso regime delle conseguenze del superamento del limite del quinto d'obbligo va individuato nel fatto che, nel caso di variante dovuta ad errore di progettazione è ravvisabile una qualche responsabilità dell'appaltatore, al quale può forse imputarsi di non aver rilevato, in sede di esame del progetto a base di gara, l'esistenza di carenze od errori progettuali, da lui riscontrabili in ragione delle proprie conoscenze professionali.

¹⁷² Al riguardo si ricordi, che ex art. 111 del Codice, il progettista deve essere munito di una polizza di responsabilità civile professionale, che deve coprire, oltre alle nuove spese di progettazione, "*anche i maggiori costi che la stazione appaltante deve sopportare per le varianti di cui all'art 132 comma 1, lettera c), resi necessari in corso di esecuzione*" (cioè derivanti da errore di progettazione). Sul punto si veda anche la decisione del Consiglio di Stato, sez. V, del 13/3/2007, sentenza n. 1231 e la determinazione dell'Autorità di vigilanza dei lavori pubblici n. 6 dell'11/7/2007.

“compensazioni” tra le diverse categorie di lavoro, dovendosi garantire l’immutabilità del corrispettivo. Così qualora il direttore dei lavori ravvisi l’esigenza di apporre variazioni che comportino un aumento delle lavorazioni di una categoria di lavoro, dovrà correlativamente disporre l’equivalente diminuzione di altre lavorazioni appartenenti alla medesima categoria¹⁷³.

3.3.3. Il procedimento di autorizzazioni delle varianti¹⁷⁴

E’ il direttore dei lavori, qualora ravvisi la necessità di una variante e ne accerti la legittimità ai sensi dell’art. 132 del Codice, che detiene il potere di iniziativa per cui *“sentiti il responsabile del procedimento e il progettista, promuove la redazione di una perizia suppletiva e di variante indicandone i motivi in un’apposita relazione da inviare alla stazione appaltante”* (art. 134, comma 3, D.P.R. 554/99).

Acquisiti il parere del Progettista e del Responsabile del Procedimento il Direttore dei lavori inoltra all’Amministrazione la richiesta di autorizzazione all’elaborazione della perizia.

La norma non si esprime su quale sia l’organo che debba fornire detta autorizzazione sicché è lecito presumere che debba farlo l’organo deliberante dell’Amministrazione: ottenuta l’autorizzazione il Direttore dei lavori provvederà alla materiale redazione della perizia secondo le modalità impartite nel provvedimento autorizzatorio¹⁷⁵.

¹⁷³ Per un corretto esercizio di detta facoltà è dunque essenziale che la variazioni ordinate dal Direttore dei lavori non comportino in alcun modo un aumento dell’importo del contratto, evenienza peraltro di per sé illegittima, stante l’impossibilità per la stesso di riconoscere autonomamente pretese economiche a qualsiasi titolo.

¹⁷⁴ Prima di esaminare le modalità di approvazione e di attuazione delle varianti è bene operare alcune precisazioni terminologiche circa la distinzione tra il concetto di variante da quello di perizia. La variante è costituita dai lavori o dalle somministrazioni non previste dal progetto esecutivo contrattuale che si rendono necessarie per realizzare l’opera conformemente alle norme ed ai regolamenti cui soggiace in relazione all’uso che ne compete ed alle finalità dell’Amministrazione secondo quanto previsto dall’art. 132 del codice. La perizia è “l’insieme degli atti aventi rilevanza tecnico-amministrativa atti a rappresentare compiutamente le nuove opere da realizzare”. Essa deve considerarsi ad ogni effetto come un progetto esecutivo aggiuntivo.

¹⁷⁵ Quanto all’organo preposto all’approvazione definitiva sono da distinguersi due casi: per le varianti, redatte ai sensi dell’art. 132, comma 1, l’approvazione della perizia è di competenza: dell’organo decisionale della stazione appaltante, previo parere dell’organo che ha approvato il progetto originario, qualora comporti la necessità di ulteriore spesa rispetto a quella prevista nel

È il Direttore dei lavori che, ai sensi del comma 5 dell'art 134 del DPR 554/99, impartisce in forma scritta l'ordine gli ordini di variazione all'impresa appaltatrice: gli ordini di variazione devono fare espresso riferimento all'intervenuta approvazione, salvo nel caso di modifiche ai sensi dell'art. 132, comma 3 primo periodo (le cosiddette "varianti non varianti").

Con riguardo agli effetti dell'Ordine di variazione occorre considerare se la variante superi o no il quinto d'obbligo¹⁷⁶.

L'Amministrazione da parte sua, ha 45 giorni di tempo per comunicare all'appaltatore le proprie determinazioni in ordine alle condizioni offerte: l'eventuale inerzia della stazione appaltante nel termine indicato, costituisce manifestazione di accettazione tacita delle condizioni poste dall'appaltatore (art. 10, comma 3, D.M. 145/2000). In questa ipotesi non resta al Responsabile del Procedimento che ingiungere, per il tramite del Direttore dei lavori, un Ordine di servizio con cui ordinare le lavorazioni oggetto di perizia.

All'appaltatore che non accetti i nuovi prezzi determinati ed approvati secondo gli indici di cui all'art 136¹⁷⁷, la stazione appaltante può ingiungere l'esecuzione

quadro economico del progetto approvato; o del responsabile del procedimento quando le variazioni non comportino la necessità di ulteriore spesa; per le varianti migliorative di modesta entità in aumento o in diminuzione redatte ai sensi dell'art. 132 comma 3 secondo periodo, l'approvazione della perizia è di competenza del responsabile del procedimento, previo accertamento della loro non prevedibilità, quando si può provvedere alla copertura dell'aumento di spesa attraverso l'accantonamento per imprevisti o utilizzando, ove consentito, le economie derivanti dai ribassi conseguiti in sede di gara; nel caso in cui non si possa provvedere alla copertura finanziaria nei modi sopra descritti, la variante deve essere approvata dall'organo decisionale della stazione appaltante previo parere dell'organo che ha approvato il progetto originario (art. 134, comma 10, D.P.R. 554/99).

¹⁷⁶ Se la variante si mantiene entro il quinto d'obbligo, l'appaltatore è tenuto a realizzarla agli stessi patti, prezzi e condizioni del contratto originario, salvo il caso in cui si debbano effettuare nuove lavorazioni o impiegare materiali diversi, nel qual caso si procede alla formazione dei nuovi prezzi, secondo la procedura prevista dall'art. 136 del DPR 554/99. Se la variante eccede il quinto d'obbligo, l'art. 10, comma 3 del D.M. 145/2000 stabilisce una specifica procedura per la formazione del nuovo accordo contrattuale: il responsabile del procedimento ne dà comunicazione all'appaltatore, il quale ha 10 giorni di tempo per comunicare per iscritto le condizioni alle quali intende assumere i nuovi lavori; in mancanza di comunicazioni, i lavori si intendono accettati alle stesse condizioni del contratto originario.

¹⁷⁷ L'articolo 136 per la formazione di nuovi prezzi indica tre diverse modalità:

- a. Desumendoli dai prezziari della stazione appaltante ovvero dei listini correnti nell'area interessata
- b. Ragguagliandoli alle lavorazioni consimili
- c. Ricavandoli da nuove e regolari analisi

delle lavorazioni in conformità a detti prezzi, in ogni caso ammessi alla contabilità: ove l'appaltatore non iscriva riserva negli atti contabili nei modi previsti dal Regolamento, i prezzi s'intendono definitivamente accettati.

3.3.4. Le variazioni arbitrarie dell'appaltatore

Nessuna variazione al progetto può essere apportata di propria iniziativa da parte dell'appaltatore, dovendo le varianti avere in ogni caso l'approvazione dell'amministrazione appaltante. In giurisprudenza è stata ritenuta illegittima l'approvazione di una perizia di variante ad un contratto di appalto per l'esecuzione di un'opera pubblica, intervenuta a sanatoria di modifiche apportate unilateralmente dall'impresa al progetto originario, "in quanto gli artt. 342 e 343 della legge fondamentale sui lavori pubblici vietano all'appaltatore di introdurre varianti o addizioni ai progetti originari non previamente approvati dall'autorità competente e senza avere ricevuto ordine scritto del direttore dei lavori".¹⁷⁸

Ed è stato anche precisato che neppure "la contabilizzazione e la pronuncia del collaudatore sulla indifferibilità ed indispensabilità dei lavori eseguiti fuori dal contratto possono far sorgere a favore dell'appaltatore alcun diritto al compenso ove sia mancata una preventiva volontà dell'ente pubblico alla loro realizzazione, manifestata dal suo organo deliberante, od un riconoscimento, esplicito o

E' discusso se l'ordine di determinazione sia meramente indicativo ovvero se esprima un ordine di preferenza del legislatore per cui si potrebbe passare ad applicare l'ipotesi b) solo laddove non sia possibile procedere secondo la lettera a). Al riguardo si è fatto condivisibilmente osservare che il criterio dell'alternatività e non della gerarchia sia preferibile atteso che "l'opposta tesi condurrebbe all'impossibilità generalizzata di applicare il criterio sub b) (che perciò diventerebbe *tanquam non esset*, laddove invece deve essere ricercato il senso utile di ogni disposizione legislativa o regolamentare) visto che quantomeno i "listini correnti nell'area interessata" sono sempre e comunque presenti". Così M. Mazzone, C. Loria *Manuale di diritto dei lavori pubblici* Jandi Sapi Editore 2005 pag 461). In ogni modo qualora l'Amministrazione ritenga di avvalersi del criterio sub a) deve far riferimento alle quotazioni del proprio prezzario o ai listini relativi alla data di formulazione dell'offerta dell'impresa. Anche le analisi vanno effettuate con riguardo ai prezzi correnti al momento dell'offerta e una volta determinati vanno depurati del ribasso d'asta.

¹⁷⁸ Corte conti sez. contr. N. 69/1994 Dal che anche il corollario secondo cui, "in tema di appalto di opere pubbliche, l'appaltatore che abbia eseguito varianti arbitrarie (in quanto non richieste dall'amministrazione committente, ma introdotte per sua iniziativa unilaterale), non ha diritto a norma dell'art. 342, comma secondo, legge 2248 all. f) del 1865, ad alcun aumento di prezzo, per dette variazioni, né a compenso aggiuntivo o indennizzo di sorta, neppure a titolo di arricchimento senza causa" (Cass. Sez. I, 23 febbraio 1996 n. 1443).

implicito, dello stesso sulla indispensabilità ed utilità dei lavori”¹⁷⁹, fatta, tuttavia, salva l'ipotesi in cui “ le variazioni fossero indispensabili per l'esecuzione dell'opera e concorrano gli altri presupposti di cui all'art. 103 R.D. 25 maggio 1895 n. 350, nel qual caso l'appaltatore - sempre che ne abbia fatto riserva - ha diritto ad una controprestazione monetaria determinata sulla base, non già dei principi dell'indebito arricchimento, ma dei prezzi contrattuali o, in mancanza, dei prezzi determinati a mente degli artt. 21 e 22 R.D. n. 350 del 1895 cit.”¹⁸⁰. L'appaltatore, poi, può pretendere un maggior compenso per le variazioni e le addizioni di lavori non previste dal contratto, quando il direttore dei lavori abbia richiesto od autorizzato con ordine scritto le variazioni ed addizioni, ovvero, in difetto di ordine scritto, quando sia stata fatta nel verbale di collaudo espressa menzione della loro esecuzione e necessità al fine della realizzazione dell'opera pubblica¹⁸¹. Ed il diritto dell'appaltatore di opera pubblica a compenso per variazioni od addizioni, non previste dal contratto, deve essere riconosciuto non soltanto quando i relativi lavori siano stati espressamente ordinati od autorizzati, ma anche quando siano stati menzionati nel verbale di collaudo, e questo abbia avuto l'approvazione dall'Amministrazione appaltante, col riconoscimento della necessità dei lavori stessi¹⁸². Quello che non è consentito all'appaltatore è, invece, consentito all'amministrazione alla quale è riconosciuto un diritto potestativo di imporre all'appaltatore l'esecuzione di varianti al progetto “ a condizione che rimanga rispettata la natura essenziale dell'opera” e che “le variazioni o aggiunte non importino una modifica sostanziale del progetto iniziale”¹⁸³. Secondo la giurisprudenza amministrativa, le variazioni dell'originario progetto di opera pubblica che ricadono nel particolare potere di jus variandi, ammissibile nella limitata misura di un quinto dell'importo originario del contratto, si impongono all'appaltatore, il quale è tenuto a considerare le variazioni accedenti fin dall'origine al contratto e da eseguire alle stesse condizioni contrattuali, per cui le

¹⁷⁹ Cass. Sez. I, 25 novembre 1996 n. 10428

¹⁸⁰ Cass. 28 giugno 1995 n. 7282

¹⁸¹ Cass. civ. 4 novembre 1982 n. 5792

¹⁸² Cass. civ. su 19 aprile 1990 n. 3263

¹⁸³ Cass. sez. I 13 luglio 1983, n. 4760

stesse devono avere riferimento alla data alla quale si relaziona il contratto originario, mentre le variazioni che superano l'importo del quinto d'obbligo non obbligano il contraente privato, se non a seguito di una distinta e nuova manifestazione di volontà, che, per quanto connessa con quella del precedente contratto, è pur sempre libera e consapevole iniziativa del medesimo, e, come tale, distinta da quella precedente e quindi da relazionare al momento della sua formulazione”¹⁸⁴.

¹⁸⁴ Tar Lazio, Roma 11 maggio 1994, n. 685.

Capitolo 4

Lo scioglimento del contratto

4.1. La morte dell'appaltatore

L'art. 1674 c.c., ribaltando la previsione del codice di commercio del 1865, stabilisce che il contratto di appalto non si scioglie per la morte dell'appaltatore salvo la considerazione della sua persona sia stato motivo determinante del contratto. Il committente può sempre recedere dal contratto se gli eredi dell'appaltatore non danno affidamento per la buona esecuzione dell'opera o del servizio. A ben vedere, nel sistema delineato dal legislatore, la trasmissibilità costituisce regola generale¹⁸⁵, sul rilievo che l'appaltatore si avvale di struttura imprenditoriale, indifferente come tale agli eventi che possono riguardare il titolare dell'impresa.

La dottrina¹⁸⁶, peraltro, specifica che la dimostrazione relativa alla considerazione della persona dell'appaltatore deve avere riguardo, di volta in volta, al caso concreto, e fare riferimento alla peculiarità dei lavori commessi in appalto.

Sul punto dell'applicabilità di tale norma all'appalto pubblico, si registrano opinioni discordi. In dottrina sembra prevalere l'opinione che nega la trasmissibilità agli eredi, facendo leva sul carattere personale del contratto di appalto pubblico. La giurisprudenza, invece, nel privilegiare la costruzione dell'appalto quale organizzazione dei mezzi a disposizione dell'imprenditore, perviene ad ammettere l'applicabilità dell'art. 1674 c.c. anche al contratto di appalto di opere pubbliche, per cui la morte dell'appaltatore non determina ipso iure lo scioglimento del rapporto, potendo essere quest'ultimo proseguito dall'erede¹⁸⁷.

¹⁸⁵ Tale regola tuttavia è subordinata alla sussistenza di due condizioni:

a) la considerazione della persona dell'imprenditore non deve essere stata "determinante" per la conclusione del contratto, altrimenti si verifica ipso iure lo scioglimento;
b) gli eredi dell'appaltatore devono fare affidamento per la buona esecuzione dell'opera o del servizio, per cui in mancanza (e tanto più in assenza di eredi) il committente è legittimato a recedere dal contratto.

¹⁸⁶ Rubino Domenico e Moscati Enrico, L'appalto, in trattato di diritto civile italiano, Utet 1980.

¹⁸⁷ Tar Sicilia sez I Palermo 18.7.1988 n. 493 in FA 1989, 346.

Di conseguenza, in questa prospettiva, l'assenza di un'organizzazione imprenditoriale implica l'impossibilità della continuazione del contratto, venendo in rilievo principale, in tale evenienza la considerazione della persona dell'appaltatore.

4.2. Il fallimento dell'appaltatore

Il fallimento di una delle parti è motivo di scioglimento del contratto di appalto¹⁸⁸, a meno che il curatore, sentito il comitato dei creditori, se nominato, e con l'autorizzazione del giudice delegato, non manifesti la volontà di subentrare nel rapporto, dandone avviso all'altra parte entro venti giorni dalla dichiarazione di fallimento ed offrendo garanzie idonee. Non può aversi continuazione del rapporto se la considerazione della persona dell'appaltatore è stata motivo determinante del negozio.

Secondo la giurisprudenza¹⁸⁹, l'art.81 l. fall. non può trovare applicazione qualora l'appaltatore fallito fosse già inadempiente alla data di dichiarazione di fallimento e l'amministrazione committente avesse a tale data domandato la risoluzione giudiziale del contratto o avesse intrapreso la procedura amministrativa per giungere alla risoluzione in via di autotutela.

Tale orientamento, largamente condiviso in dottrina¹⁹⁰ trova conferma nella giurisprudenza che, in più occasioni, ha stabilito come, ai sensi dell'art. 81 l. Fall. *“il contratto di appalto di opere pubbliche si scioglie ope legis per effetto del fallimento dell'appaltatore”*¹⁹¹.

¹⁸⁸ L'art. 81 della legge fallimentare (r.d. 16 marzo 1942, n. 267) dispone che il contratto di appalto tra privati è risolto a fronte del fallimento di una delle parti. Nel caso degli appalti pubblici le norme di settore non disciplinano l'ipotesi del fallimento dell'appaltatore; ad essi, quindi, si applica ancora l'art. 81 legge Fall., con la precisazione che, in questo caso, allo scioglimento del contratto non si accompagna la possibilità del curatore di optare per la prosecuzione del rapporto.

¹⁸⁹ Secondo la Corte d'appello, Palermo 30.3.1999 in Gius., 1999 pag. 1621, il fallimento dell'appaltatore di opera pubblica non priva la pubblica amministrazione appaltante del potere di pronunciare la risoluzione del contratto per inadempienze pregresse, se il relativo procedimento sia stato iniziato in data anteriore rispetto alla sentenza dichiarativa in Fallimento e altre procedure concorsuali di Panzani Luciano e Fauceglia Giuseppe, Utet, 2009, pag. 910.

¹⁹⁰ Bavetta G., Il fallimento dell'appaltatore di opere pubbliche, in Dir. fall., 1964, I, 226; Giannattanasio, Appalto, in Trattato dir. civ. comm., diretto da Cicu e Messineo, XXIV, II, Milano, 1977, 295; De Tilla, L'appalto privato e pubblico, Milano, 1996, I, 612.

¹⁹¹ Sentenza del Tribunale Roma, 19 aprile 2002 in Giur. romana 2003, 76; in senso conforme Tribunale Treviso, 3 giugno 1999 in Foro Padano 2000, I, 440; Tribunale Torino, 1° dicembre

La norma di riferimento oggi è l'art. 140 del codice degli appalti che disciplina le procedure di affidamento dei lavori di completamento di opere pubbliche la cui esecuzione sia stata interrotta in conseguenza del sopravvenuto fallimento o grave inadempimento dell'esecutore¹⁹².

La ratio dell'istituto è quella di assicurare alla collettività la celere ultimazione delle opere la cui esecuzione sia stata interrotta, al fine di evitare il degrado e l'ammaloramento delle lavorazioni già eseguite, necessariamente conseguenti ai tempi occorrenti per l'esperimento di una nuova procedura ad evidenza pubblica.

Per tali finalità il legislatore ha introdotto una eccezione¹⁹³ alla regola della gara pubblica per l'affidamento di contratti di appalto prevedendo la facoltà per le stazioni appaltanti di interpellare in ordine progressivo i concorrenti della originaria gara risultanti dalla relativa graduatoria al fine di affidare direttamente ad essi, con un nuovo contratto di appalto, le lavorazioni residue di completamento dell'opera¹⁹⁴.

1987, in Giur. it. 1988, I, 2, 254; Appello Palermo 30 marzo 1999, in Fallimento 2000, II, 182; Cass. civ., sez. I, 26 febbraio 1991 n. 2052, in Giust. civ. Mass. 1991, II

¹⁹² L'istituto dell'interpello progressivo dei concorrenti della originaria procedura di gara per l'affidamento diretto dei lavori di completamento dell'opera pubblica in caso di fallimento dell'appaltatore o risoluzione del contratto per grave inadempimento dell'esecutore, era stato già introdotto ad opera dell'art. 10 comma 1 ter della l. n. 109/94. Il contratto deve ovviamente riprodurre le medesime condizioni economiche già proposte in sede di offerta. In caso di fallimento anche del secondo classificato la norma conferisce la possibilità di interpellare il terzo classificato, e in tale evenienza il nuovo contratto verrà stipulato alle condizioni economiche in precedenza offerte al secondo classificato.

¹⁹³ La giurisprudenza ha configurato tale norma come di stretta interpretazione, in quanto eccezione al fondamentale principio in materia di contratti della p.a. che impone l'affidamento al vincitore della gara; la sua applicazione è pertanto subordinata all'esistenza di situazioni oggettive e soggettive tali da segnalare una particolare urgenza, come nel caso in cui il fallimento o la risoluzione per grave inadempimento dell'originario appaltatore si verifichi quando i lavori oggetto dell'appalto siano già iniziati (Tar Campania sez I Salerno 28.11.2001 n. 1503 FA 2001).

¹⁹⁴ Abrogata la legge 109/1994 il legislatore, con l'art. 140 ha optato per il recepimento della disciplina di cui all'art. 5 del D.L. n. 35/2005, convertito in legge n. 80/2005, sia pure con qualche modifica; in particolare il legislatore ha ritenuto che le amministrazioni appaltanti che intendano avvalersi della facoltà di interpello, lo prevedano necessariamente in sede di bando con apposita clausola.

Nel testo novellato dal d.Lgs. n. 152/2008 è stato previsto che l'eventuale affidamento al soggetto interpellato debba avvenire alle medesime condizioni già proposte dall'originario aggiudicatario in sede di offerta. In tal modo però il legislatore ha reso improbabile la concreta possibilità di adesione da parte del soggetto interpellato alle condizioni contrattuali che aveva già ritenuto non remunerative in sede di presentazione dell'offerta, e dunque la effettiva operatività del l'istituto.

4.2. Il recesso

La prima causa di estinzione del contratto di appalto è rubricata "recesso unilaterale del contratto", anche in conseguenza del particolare ruolo che assume l'intuitus personae, in tale tipologia di contratti la possibilità del creditore committente di recedere dal contratto è più ampia di quanto non sia negli altri contratti in base alle regole comuni.

L'art. 1671 c.c. consente la possibilità del recesso unilaterale anche in corso d'opera o durante la prestazione del servizio, a condizione¹⁹⁵ che l'appaltatore sia tenuto indenne delle spese sostenute, dei lavori eseguiti, nonché del mancato guadagno.

Altra giurisprudenza enfatizza il fatto che il recesso del committente dal contratto di appalto può essere esercitato in qualunque momento posteriore alla conclusione del contratto¹⁹⁶ ed essere giustificato anche solo dalla sfiducia verso l'appaltatore per fatti d'inadempimento.

Ne consegue che, in caso di recesso, il contratto si scioglie per l'iniziativa unilaterale del committente senza necessità di indagini sull'importanza e gravità dell'inadempimento¹⁹⁷ le quali sono rilevanti soltanto quando il committente abbia preteso anche il risarcimento del danno dall'appaltatore per l'inadempimento in cui questi fosse già incorso al momento del recesso.

¹⁹⁵ Cass. 13 luglio 1998, n. 6814 in Mass. Foro it. 1998, pag. 774 e Cass. 22 agosto 2002, n. 12368 in Rep. Foro it.

¹⁹⁶ Cass. 30 marzo 1985, n. 2236, in Giust. Civ. 1986, I, pag. 511.

¹⁹⁷ Cass. 30 marzo 1985, n. 2236, in Giust. Civ. 1986 I pag. 512.

Il recesso è, dunque, una facoltà legittima, configurabile come il diritto potestativo di risolvere ex uno latere il contratto senza necessità di giustificazione alcuna, anche nel caso che ne sia iniziata l'esecuzione, in eccezione ai principi stabiliti dagli artt. 1372 e 1373 c.c..

Il recesso ad nutum del committente rappresenta l'esercizio di un diritto potestativo riservato alla libera determinazione del recedente¹⁹⁸ e sottratto al controllo di terzi e dell'appaltatore, senza che assumano rilievo i motivi che lo hanno determinato¹⁹⁹. In quanto diritto potestativo, l'appaltatore non può in nessun caso opporsi²⁰⁰ al diritto di recesso del committente.

Il recesso, però, non può essere esercitato²⁰¹ dopo che è stata proposta la domanda di risoluzione per inadempimento²⁰², essendo stato innescato il procedimento di valutazione comparativa dei comportamenti delle parti non più arrestabile ad libitum mediante il recesso, soprattutto se nel giudizio l'appaltatore abbia a sua volta proposto domanda riconvenzionale di risoluzione per inadempimento del committente.

Il recesso del committente non è norma inderogabile, così i contraenti possono legittimamente convenire conseguenze diverse da quelle previste dalla norma stessa. A tal punto che in dottrina si è prospettata l'ipotesi che le parti possano attribuire un diritto di recesso pure all'appaltatore²⁰³, e limitarne le modalità di esercizio per il committente, fino ad escluderlo.

¹⁹⁸ Si veda Giuseppe Musolino il recesso ad nutum del committente nell'appalto pubblico e privato e l'inadempimento dell'appaltatore, in Riv. Trim. app. n. 2/2007 pag. 759 e ss.

¹⁹⁹ Cass. 7 agosto 1993, n. 8565, in Giust. Civ. 1994, I pag 3245

²⁰⁰ Qualora il committente abbia inequivocabilmente manifestato la sua volontà di recedere unilateralmente dal contratto sulla base di una apposita clausola contrattuale o ai sensi dell'art. 1671 c.c., l'appaltatore non può invocare un provvedimento di urgenza, ex art 700 c.p.c, onde ottenere dal giudice l'imposizione della prosecuzione del rapporto di appalto, si veda Pret. Roma 18 gennaio 1982 in Rass. Giur. Enel 1982 pag. 234

²⁰¹ Per tutti Cass. 5 settembre 1994 n. 7649 in Rep. Gius. civ.1994, n. 29

²⁰² In dottrina, per tutti Rubino Sammartano, Appalti di opere e di servizi in diritto privato, Cedam 2006 pag. 123 e ss. "qualora la dichiarazione dell'intenzione di risolvere il contratto per colpa dell'appaltatore non risulti fondata, ne consegue una derubricazione automatica della domanda di risoluzione per colpa in dichiarazione di recesso unilaterale"

²⁰³ La giurisprudenza ha ritenuto sussistere la facoltà di recesso a favore dell'appaltatore, in applicazione degli artt. 1677 e 1569 c.c. nel caso di appalto d'opera a tempo indeterminato (c 83/3530)

Il recesso senza giustificato motivo, detto anche recesso ad nutum, è stato dal legislatore scelto come strumento di tutela di situazioni giuridiche deboli.

La figura del recesso ad nutum trova scarsa applicabilità nei contratti della p.a. visto che il potere attribuito non è concesso in ragione di una situazione di debolezza della p.a., bensì in ragione di forza della stessa, legittimata solo dalla realizzazione di interessi pubblici, che però devono essere valutati tenendo conto del minor danno e svantaggio arrecato all'altra parte²⁰⁴.

Nel contratto d'appalto al committente è attribuito uno jus poenitendi, qualora si accorga che la cosa da produrre o in corso di produzione non risponda più a motivi di sua convenienza, o nel caso di appalto di opere pubbliche, non risponde più a quei motivi di pubblico interesse in considerazione dei quali era stata commissionata. In entrambi i casi il recesso non subordinato alla prova di fatti o circostanze o all'indicazione dei motivi che hanno indotto il committente ad esercitare tale diritto. I motivi, come avviene in tutte le ipotesi di recesso ad nutum, sono astrattamente individuati ed ipotizzati dal legislatore che in un'ottica di riequilibrio contrattuale, che tenga conto dell'evoluzione economico-sociale, indica l'opportunità di consentire il rapido scioglimento del contratto²⁰⁵.

La disciplina è rimasta sostanzialmente invariata rispetto a quanto previsto dal previgente quadro normativo e in particolare, dall'art. 122 del d.p.r. n. 554/1999 e dall'art. 345 della legge n. 2248 all. F del 1865.

²⁰⁴ Tuttavia, in alcuni casi la legge lo prevede espressamente e analiticamente, escludendone la sua applicazione estensiva: l'art. 42 del codice della navigazione, gli artt. 345 e 340 della legge 20.3.1865, allegato F, art. 142, D.p.R. 21.12.1949 n. 554, e infine nella legislazione antimafia l'art. 4 del d.lgs. 8 agosto 1994, n. 490 e D.p.R. 3 giugno 1998 n. 252.

²⁰⁵ Così, mentre per gli appalti di diritto privato la scelta di fondo è di evitare sprechi di risorse, negli appalti pubblici la stessa premura si muove sotto l'ancora più ampia dicitura di motivi di pubblico interesse. Ma queste valutazioni non devono essere considerate rilevanti ai fini di una qualificazione giuridica dell'atto di recesso; la propensione alla soddisfazione di pubblici interessi non deve inoltre essere fuorviante e indurre a inquadrare l'atto di recesso come un atto amministrativo, ma semmai occorre un atto negoziale amministrativo, ove il termine "amministrativo", in verità sembra non influenzare la struttura del recesso. È evidente che la qualifica di atto amministrativo potrebbe consentire un ampliamento delle garanzie del privato, tutelabile attraverso al qualifica di interessi legittimi, ma questa estensione non avviene così agevolmente, vista la mancanza di rilevanza esterna dei pareri e delle proposte, con i quali la P.a. valuta l'opportunità di recedere dal contratto di appalto.

L'art. 134 del codice degli appalti individua una specifica ipotesi in cui è ammesso il recesso unilaterale, attribuendo alla stazione appaltante il diritto di recedere in qualunque momento dal contratto di appalto mediante il pagamento dei lavori eseguiti e del valore dei materiali utili presenti in cantiere, oltre al decimo dell'importo delle opere non eseguite²⁰⁶.

4.4. La risoluzione del contratto

In linea generale, può dirsi che la maggior parte della casistica inerente alla risoluzione del contratto riguarda l'inadempimento di una delle parti²⁰⁷, al quale l'altra (quella non inadempiente) reagisce chiedendo al giudice di sciogliersi dal contratto e di ottenere il risarcimento del danno. Di fianco a siffatta forma risolutiva, il Codice civile (v. gli artt. 1463-1467) stabilisce altre due ipotesi (una propria e una impropria) nelle quali è possibile chiedere la risoluzione del contratto: la risoluzione per impossibilità sopravvenuta della prestazione e la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione²⁰⁸.

²⁰⁶ A ben vedere trattasi di una fattispecie analoga, ad eccezione dei profili indennitari, a quella disciplinata, in ambito privatistico dall'art. 1671 c.c. il quale riconosce il medesimo diritto di recesso in capo al committente di un'opera privata.

²⁰⁷ Patti Salvatore, Risoluzione per inadempimento, contratti di durata e contratto di appalto, in *Il contratto e le tutele, prospettive di diritto europeo* a cura di Salvatore Mazza Muto, Giappichelli, 2002, pag. 347 e ss

²⁰⁸ La locuzione impossibilità sopravvenuta della prestazione indica la possibilità di svincolo dal contratto qualora la prestazione pattuita divenga in tutto o in parte impossibile; la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione indica la possibilità di venir meno alla parola originariamente data allorché si attualizzi un appesantimento della prestazione da effettuare verso l'altro contraente nei confronti della controprestazione da questi esigibile, tale che il valore della prima sia *in peius* sproporzionato rispetto al valore della seconda.

La disciplina della risoluzione per inadempimento dell'appaltatore è rimasta immutata rispetto al previgente quadro normativo. Nell'attuale contesto, infatti nell'ipotesi di un inadempimento qualificato dell'appaltatore è rimasta impregiudicata la possibilità per l'amministrazione committente di avvalersi ai fini dello scioglimento del vincolo contrattuale, oltre che dell'azione di risoluzione per inadempimento, anche di una specifica procedura in via di autotutela, che consenta di sciogliere il contratto senza la necessità di affidarsi alla sede giurisdizionale²⁰⁹.

L'art. 135 del Codice, disciplina le ipotesi di risoluzione del contratto di appalto nel caso di reati accertati e nel caso di decadenza dell'attestazione della qualificazione²¹⁰. È analizzata, in particolare, l'ipotesi in cui nei confronti dell'appaltatore sia intervenuta l'emanazione di un provvedimento definitivo che dispone l'applicazione di una o più misure di prevenzione o una sentenza di condanna passata in giudicato per frodi nei riguardi della stazione appaltante. Il d.lgs. 113/2007 modificato dal d.lgs. 152/2008 introduce la fattispecie della risoluzione per decadenza²¹¹ dell'attestazione di qualificazione per aver prodotto falsa documentazione o dichiarazioni mendaci. Tale disciplina è il frutto della piena consapevolezza del legislatore che nel settore degli appalti pubblici si registra una pesante ingerenza delle associazioni mafiose²¹². È altresì prevista la possibilità di risolvere il contratto nell'ipotesi di violazione degli obblighi connessi alla sicurezza del lavoro²¹³.

²⁰⁹ Per la natura giuridica della risoluzione ex art. 136 d.lgs. n.163/2006 e s.m.i. si veda Carbone e Maiellaro, La risoluzione del contratto di appalto di lavori pubblici a tutela dell'appaltatore, Riv. Trim. app. n. 1/2010 pag. 6 e ss

²¹⁰ De Nictolis R. le novità del terzo correttivo del codice dei contratti pubblici in urbanistica e appalti, n. 11/2008 pag. 1237 e ss.

²¹¹ In particolare, la versione introdotta dal secondo correttivo faceva riferimento alla revoca della attestazione di qualificazione per aver prodotto falsa documentazione. Tuttavia, il Consiglio di Stato con il parere sullo schema di regolamento, ha osservato che il ritiro della attestazione di qualificazione non rappresenta un'ipotesi di revoca ma di decadenza. Peraltro trattandosi di decadenza opera ex tunc con effetto tal momento del verificarsi della causa di decadenza e non ex nunc come sarebbe in caso di adozione del provvedimento di revoca.

²¹² È stata rafforzata la tutela penale delle gare di appalto mediante inasprimento delle sanzioni penali previste dall'art. 353 c.p. e mediante introduzione nel codice penale di una nuova tipologia delittuosa (art. 353-bis c.p.) (art. 9 e 10 del la l. 136/2010). La pena detentiva per il delitto di cui all'art. 353 c.p. finora fino a due anni, diviene da sei mesi a cinque anni. Il nuovo art. 353 bis c.p. sebbene rubricato "turbata libertà del procedimento di scelta del contraente" in realtà si riferisce

L'eventuale risoluzione del contratto quindi non è conseguenza automatica della condanna dell'appaltatore, ma è il frutto di una decisione dell'amministrazione²¹⁴, il cui tasso di discrezionalità, di regola basso, discende dallo stato di avanzamento dei lavori.

La discrezionalità nel potere di risoluzione del contratto non sussiste invece nella fattispecie prevista dal comma 1-bis dell'art. 135, infatti nei casi in cui nei confronti dell'appaltatore sia intervenuta la decadenza dell'attestazione di qualificazione per aver prodotto falsa documentazione o dichiarazioni mendaci, risultante dal casellario informatico, la stazione appaltante procede alla risoluzione del contratto. Nella sussistenza di tale circostanza, la stazione appaltante non gode di alcun margine di apprezzamento in merito alla perseguibilità o meno del rapporto contrattuale e deve procedere alla risoluzione del contratto.

4.5. La revoca del bando e la responsabilità precontrattuale

Il tema dell'autotutela incidente su atti negoziali e quello, contiguo, dell'esercizio da parte della pubblica amministrazione del potere - privatistico - di recesso dal contratto si presta di continuo a riflessioni e approfondimenti. Se ciò è pacifico in linea generale, ancor di più lo è in un momento nel quale il giudice ordinario e quello amministrativo si stanno "contendendo" gli spazi di giurisdizione intorno alle procedure di evidenza pubblica²¹⁵.

alla fase prodromica di scelta in particolare alla fase di predisposizione del bando, in De Nictolis, La nuova disciplina antimafia in materia di appalti, Urbanistica e appalti, 10/2010 pag. 1129 e ss.

²¹³ Il Regolamento di esecuzione del d. lgs. n. 163 del 2006, recante Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, approvato dal CdM il 18 giugno 2010 introduce l'ipotesi secondo cui se per ben due volte il documento di regolarità contributiva evidenzia irregolarità sul fronte dei contributivi previdenziali l'appaltatore e il subappaltatore rischiano di perdere il contratto (risoluzione); e la decisione spetta alla stazione appaltante ma è sostanzialmente automatica in caso di subappalto.

²¹⁴ Musolino, la risoluzione del contratto nell'appalto pubblico, in Riv. Trim. app. n. 2/2008 pag. 556 e ss.

²¹⁵ Consiglio di Stato sez. V n. 5427 del 10 settembre 2009 in Contaldi e La Grotteria Carlo, La PA può revocare l'aggiudicazione in sole 24ore 1 ottobre 2009 n. 10 pag. 52.

Non è infrequente che le stazioni appaltanti pongano nel nulla l'esito della procedura ad evidenza pubblica. Dopo l'avvio della procedura di scelta del contraente rientra nella potestà discrezionale dell'Amministrazione disporre la revoca del bando di gara e degli atti successivi in presenza di concreti motivi di interesse pubblico opportunamente e debitamente esplicitati, tali da rendere inopportuna o comunque da sconsigliare la prosecuzione della gara stessa²¹⁶.

La possibilità di sacrificare il legittimo affidamento dei privati è, a maggior ragione, riconosciuta nei casi di aggiudicazione provvisoria²¹⁷.

La giurisprudenza ritiene, allora, legittima la revoca dell'aggiudicazione provvisoria giustificata da un nuovo apprezzamento della fattispecie, in base a circostanze sopravvenute, essendo collegata ad una facoltà insindacabile dell'Amministrazione che non si inserisce in alcun rapporto contrattuale, ma attiene ancora alla fase di scelta del contraente, in cui l'Amministrazione stessa ha la possibilità di valutare la persistenza dell'interesse pubblico all'esecuzione delle opere appaltate.

²¹⁶ Cons. Stato, Sez. VI, 11 settembre 2003, n. 5102, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, Sez. V, 19 maggio 1998, n. 633, in *Cons. Stato*, 1998, I, 886 (s.m.); TAR Trentino Alto Adige, Trento, 30 luglio 2009, n. 228, in *Foro amm. TAR*, 2009, 1992, non osta alla revoca la previsione del bando volta a consentire l'aggiudicazione anche nel caso di una sola offerta valida (nel caso di specie, la stazione appaltante aveva deciso di revocare la gara, indetta per affidare i servizi di trasloco e facchinaggio occorrenti alla Provincia autonoma, data la scarsa partecipazione alla gara, sul rilievo che le regole stabilite per la partecipazione avrebbero eccessivamente contenuto la platea dei potenziali concorrenti). Alla società ricorrente non viene riconosciuto né l'indennizzo, essendo la revoca del bando intervenuta prima dell'aggiudicazione, né il risarcimento del danno *ex art. 1337 c.c.*; TAR Sicilia, Palermo, Sez. I, 8 aprile 2008, n. 456, in *Foro amm. TAR*, 2008, 1152 (s.m.); TAR Lazio, Roma, Sez. IV, 20 gennaio 2006, n. 425, *ivi*, 2006, 211 (s.m.); TAR Lazio, Roma, Sez. I, 28 novembre 2005, n. 12456, *ivi*, 2005, 3563 (s.m.).

²¹⁷ Sulla revoca dell'aggiudicazione provvisoria e tutela dell'affidamento si veda: Cons. Stato, Sez. V, 30 novembre 2007, n. 6137, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, 741, con commento di MENTO. Con tale pronuncia è stata ritenuta legittima la revoca dell'aggiudicazione provvisoria di un appalto di servizio pubblico, qualora le ragioni dell'affidamento vengano meno a causa della costituzione, nelle more della procedura, di una società *multiservice*, a capitale pubblico soggetta al controllo diretto dell'amministrazione aggiudicante. Nelle sentenze TAR Lazio, Roma, Sez. II, 9 novembre 2009, n. 10991, in *Foro amm. TAR*, 2009, 3155 e TAR Campania, Napoli, Sez. VIII, 24 settembre 2008, n. 10735, in *Foro amm. TAR*, 2008, 2544 si afferma che l'aggiudicazione provvisoria è, secondo pacifico orientamento giurisprudenziale, un atto ad effetti instabili, del tutto interinali, a fronte del quale non possono configurarsi situazioni di vantaggio stabili in capo al beneficiario. In attesa dell'aggiudicazione definitiva e del concreto inizio del servizio non viene riconosciuta alcuna posizione consolidata dell'impresa concorrente.

Sia in caso di revoca del bando di gara prima dell'aggiudicazione definitiva sia in caso di revoca della sola aggiudicazione provvisoria, in giurisprudenza, si è escluso l'obbligo dell'amministrazione di provvedere all'indennizzo dei soggetti interessati, non essendo possibile qualificare né il bando, né l'aggiudicazione provvisoria come atti amministrativi ad efficacia durevole²¹⁸. Potrebbe ancora permanere una responsabilità precontrattuale della P.A., ai sensi degli articoli 1337 e 1338 c.c., che troverebbe fondamento in una condotta incoerente e superficiale della stazione appaltante in violazione degli obblighi di buona fede²¹⁹. In tali casi, pur intendendo l'obbligo di correttezza in senso oggettivo, occorre che l'elusione delle aspettative della controparte, seppur non intenzionale, sia colposa e risulti priva di ragione giustificativa²²⁰. Il danno, ritenuto risarcibile nei limiti del c.d. interesse negativo deve essere, inoltre, rigorosamente provato nella sua esistenza e consistenza²²¹. In ogni caso, il danno per la responsabilità precontrattuale sarebbe limitato al cd. interesse negativo: spese inutilmente sostenute in previsione della conclusione del contratto e non della partecipazione alla gara che hanno subito anche gli altri partecipanti e perdite sofferte per non

²¹⁸ TAR Sardegna, Cagliari, Sez. I, 12 giugno 2009, n. 976, in *Foro amm. TAR*, 2009, 1920 (s.m.); TAR Lazio, Roma, Sez. III, 24 marzo 2009, n. 3063, *ibid.*, 777; TAR Lazio, Roma, Sez. I, 11 luglio 2006, n. 5766, *ivi*, 2006, 2470.

²¹⁹ I giudici amministrativi, nella sentenza TAR Lazio Roma, sez III 9 marzo 2009 n. 2372, pur ribadendo l'astratta configurabilità della responsabilità precontrattuale in capo alle stazioni appaltanti pubbliche nell'ambito delle procedure di scelta del contraente ad evidenza pubblica, giungono a negarla nel caso di revoca degli atti di gara motivata da carenza di risorse finanziarie e "tempestivamente" comunicata all'aggiudicatario prima della stipula del contratto. Una siffatta revoca, infatti, ricadrebbe a pieno titolo nella sfera dell'attività legittima - in quanto "obbligata" - della stazione appaltante tale da comportare una completa compressione di tutte le garanzie e aspettative dell'aggiudicatario. La "tempestività" della comunicazione di mancanza di fondi all'aggiudicatario prima della stipula, infatti, sarebbe idonea a considerare rispettoso degli obblighi di correttezza e buona fede ex artt. 1337 e 1338 c.c. il comportamento tenuto dalla stazione appaltante. In Valletti, La revoca degli atti di gara e la responsabilità della stazione appaltante in urbanistica e appalti n. 7/2009 pag. 871 e ss.

²²⁰ Cons. Stato, Sez. V, 30 novembre 2007, n. 6137, cit.; TAR Lazio, Roma, Sez. III, 10 gennaio 2007, n. 76, in *Giust. amm.*, 2007, 106, con nota di Luciani, Revoca dell'aggiudicazione e responsabilità dell'Amministrazione.

²²¹ Si vedano Cons. Stato, Sez. IV, 6 giugno 2008, n. 2680, in questa Rivista, 2330, con nota di PAVONI, Revoca dell'aggiudicazione prima della stipulazione del contratto di appalto: quale responsabilità per l'Amministrazione?; TAR Lazio, Roma, Sez. III, 10 gennaio 2007, n. 76, in *Foro amm. TAR*, 2007, 144, con nota di CAPUTI JAMBRENGHI, Assorbimento dell'indennizzo da revoca dell'aggiudicazione e responsabilità precontrattuale dell'amministrazione; TAR Lazio, Roma, Sez. I-bis, 11 luglio 2006, n. 5766, in *Foro amm. TAR*, 2006, 2470. Sui rapporti tra risarcimento e indennizzo si segnala: RALLO, La responsabilità precontrattuale della Pubblica Amministrazione: risarcimento o indennizzo?, in *Foro amm. TAR*, 2002, 895.

aver usufruito di ulteriori occasioni contrattuali, nel periodo tra l'aggiudicazione e la revoca, mentre non è risarcibile il mancato utile relativo alla specifica gara d'appalto revocata, spettando questa solo nel caso di revoca illegittima.

Si tratta di interessi differentemente configurabili: nel caso di attività legittima a rilevare è l'interesse negativo dell'aggiudicatario (spese), nel caso di attività illegittima è l'interesse positivo (all'adempimento ossia all'esecuzione del contratto)²²². In tutti e due i casi sarà sempre onere/obbligo ex art. 2697 c.c. del contraente offrire prova dei fatti che costituiscono il fondamento del suo diritto al risarcimento del danno vantato.

Un caso particolare di vicenda modificativa soggettiva si ha nell'ipotesi prevista dall'art. 37octies della l. 109/94 relativo alle operazioni di project financing.

Con tale disposizione, il legislatore ha dato veste legale al cosiddetto step-in-right; attraverso tale meccanismo i finanziatori acquistano la facoltà qualora si verificasse un problema di default del soggetto concessionario e naturalmente prima che il progetto sia definitivamente compromesso, di intervenire assumendone il controllo diretto o delegando un soggetto di fiducia, con il fine di conservare il più possibile in vita i contratti di progetto.

Dalla necessità dell'accettazione da parte dell'ente concedente si desume come ci si trovi di fronte ad una fattispecie di cessione del rapporto di concessione. In tale evenienza, dunque, si realizza la completa successione a titolo particolare del soggetto designato nei rapporti attivi e passivi tra concessionario e amministrazione concedente.

²²² In tal senso depongono anche le direttive comunitarie: «...qualora venga presentata una richiesta di risarcimento danni in relazione ai costi di preparazione di un'offerta o di partecipazione ad una procedura di aggiudicazione, la persona che avanza tale richiesta è tenuta a provare solamente che vi è stata violazione del diritto comunitario in materia di appalti o delle norme nazionali che recepiscono tale diritto e che aveva una possibilità concreta di ottenere l'aggiudicazione dell'appalto, possibilità che, in seguito alla violazione, è stata compromessa » (art. 2, punto 7, direttiva 92/13/CEE).

Come è stato osservato in dottrina la condizione posta dalla norma ai fini dell'accettazione dell'amministrazione concedente, di un'equivalenza di caratteristiche tecniche e finanziarie tra società designata e concessionario all'epoca dell'affidamento della concessione, prefigura l'atto di assenso dell'amministrazione come "espressione di un potere di valutazione vincolato nel fine nei presupposti di fatto", del tutto difforme quindi dalla manifestazione di volontà del contraente ceduto di cui all'art. 1406 c.c., rientrante nella piena autonomia negoziale del privato.

Tale equivalenza va peraltro valutata in relazione al concreto stato di avanzamento del progetto, dato che il subentro può anche avvenire quando l'opera è in via di realizzazione ovvero si tratti solo di proseguire la gestione.

L'accettazione del subentro è peraltro condizionata alla circostanza che l'inadempimento del concessionario avrebbe causato la risoluzione cessi entro i novanta giorni successivi alla scadenza del termine concesso ai finanziatori per la designazione della società subentrante (lettera b) del primo comma dell'art. citato.

La stessa norma peraltro permette a concedente e finanziatori di concordare un eventuale termine più ampio.

Dal meccanismo di subentro appena tratteggiato emerge come la sostituzione del concessionario da parte della società designata deve necessariamente avvenire in un tempo anteriore al formale subentro, dato che il soggetto subentrante dovrà provvedere, nel termine cennato, all'adempimento delle obbligazioni contrattuali nella forma dell'adempimento del terzo.

Capitolo 5

Il venir meno dell'aggiudicazione

5.1. I poteri di riesame della Pubblica amministrazione

Il tema dell'autotutela incidente su atti negoziali e quello, contiguo, dell'esercizio da parte della pubblica amministrazione del potere - privatistico - di recesso dal contratto si presta di continuo a riflessioni e approfondimenti.

Se ciò è pacifico in linea generale, ancor di più lo è in un momento nel quale il giudice ordinario e quello amministrativo si stanno "contendendo" gli spazi di giurisdizione intorno alle procedure di evidenza pubblica. Le riflessioni che si svolgeranno avranno quali parametri di riferimento gli artt. 21-quinquies e 21-sexies della L. n. 241 del 1990, e l'art. 134 del D.lgs. n. 163/2006.

L'aggiudicazione definitiva o la stipula del contratto costituiscono lo spartiacque tra la fase c.d. ad evidenza pubblica e la fase di esecuzione del rapporto contrattuale²²³. La Pubblica Amministrazione, una volta stipulato il contratto, al pari di qualsiasi altro contraente privato è tenuta al rispetto degli obblighi da esso derivanti, avendo dismesso i panni dell'autorità.

Il contraente pubblico, tuttavia, in ragione della sua qualità di soggetto che persegue un pubblico interesse, dispone non soltanto degli strumenti di autotutela

²²³ A riguardo con l'entrata in vigore (16 giugno 2010) del nuovo Codice del Processo Amministrativo (D.Lgs. 104/10), è stata introdotta la sospensione del termine per la stipula del contratto (art. 120, co. 4). L'art. 120 citato disciplina l'ipotesi peculiare di una procedura ad evidenza "pubblica" svoltasi senza la previa pubblicazione del bando e senza la pubblicazione degli avvisi previsti dalla legge dopo l'aggiudicazione dell'appalto senza bando, ovvero se tali avvisi "ex post" siano stati pubblicati in modo non conforme alle prescrizioni legislative di cui agli artt. 65 e 225 D.Lgs. 163/2006. La disciplina, sebbene concerna una ipotesi del tutto particolare (ma non infrequente nella pratica), lascia perplessi sotto l'aspetto della tutela processuale offerta agli eventuali controinteressati/terzi pretermessi. Infatti, nel caso di un appalto aggiudicato senza previa pubblicazione del bando e degli avvisi siamo di fronte ad una totale assenza di pubblicità legale della procedura ad evidenza pubblica, tenutasi quindi in modo segreto ed opaco, con buona pace dei principi di concorrenza e trasparenza. Dal punto di vista squisitamente processuale, un sistema che rende palesi gli atti, tramite la loro notifica o pubblicazione, consente un computo certo e preciso del *dies a quo* per l'impugnazione. Infatti l'art. 120 in esame prevede che "*il ricorso non può comunque essere proposto decorsi sei mesi dal giorno successivo alla data di stipulazione del contratto*". *Dies a quo*, insomma, è la data di stipula del contratto tra la stazione appaltante e l'impresa aggiudicatrice. Se sono omessi gli avvisi o le informazioni di cui al presente comma oppure se essi non sono conformi alle prescrizioni ivi contenute, il ricorso non può comunque essere proposto decorsi sei mesi dal giorno successivo alla data di stipulazione del contratto.

privata indicati dal codice civile²²⁴, ma anche di poteri c.d. di autotutela amministrativa sugli atti di gara, a fronte dei quali, laddove legittimamente esercitati, il contraente privato è titolare soltanto di interessi legittimi.

Il potere di autotutela, tradizionalmente considerato insito nella medesima potestà autoritativa che ha legittimato l'adozione dell'atto ed oggi espressamente previsto dalla L. n. 241/1990²²⁵, consiste nelle diverse forme di cui la p.a. dispone per correggere il proprio operato, eliminando sua sponte atti emanati e poi riconosciuti illegittimi o inopportuni. Tale potere, direttamente connesso ai criteri costituzionali di buon andamento e imparzialità nonché al principio di legittimità dell'azione amministrativa, può essere configurato come un precipuo dovere dell'amministrazione, che, proprio in quanto tenuta ad adottare atti conformi ai fini perseguiti, è autorizzata a riesaminare i provvedimenti adottati ove reso opportuno da circostanze sopravvenute ovvero da un diverso apprezzamento delle condizioni originarie²²⁶. Sono atti di ritiro l'annullamento e la revoca. Vengono poi ricondotti a tale categoria, anche se caratterizzate da effetti più limitati, la riforma e la rettifica.

L'annullamento differisce sostanzialmente dall'atto di revoca: il primo, finalizzato all'eliminazione di provvedimenti affetti da vizi originari di legittimità, determina la caducazione dell'atto ex tunc, mentre il secondo, volto a rimuovere provvedimenti viziati nel merito, produce la rimozione ex nunc, senza intaccare gli effetti medio tempore prodottisi²²⁷.

²²⁴ Generalmente, si individuano come mezzi di autotutela contrattuale l'eccezione di inadempimento ex art. 1460 c.c., la sospensione dell'esecuzione ex art. 1461 c.c., la clausola risolutiva espressa e la caparra confirmatoria.

²²⁵ Il potere di autotutela ha trovato il proprio fondamento positivo con l'entrata in vigore della L. 11 febbraio 2005, n. 15, "Modifiche ed integrazioni alla L. 7 agosto 1990, n. 241, concernenti norme generali sull'azione amministrativa", la quale classifica gli atti al medesimo ascrivibili (revoca, annullamento, convalida) e ne definisce contenuti, presupposti ed effetti.

²²⁶ T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 4 dicembre 2006, n. 13597, in Foro Amm. TAR, 2006, 3869.

²²⁷ Vi è in dottrina chi accede ad una nozione più ampia di annullamento, includendo nella medesima le ipotesi di inopportunità originaria – ossia la presenza di vizi di merito originari - e quelle di illegittimità sopravvenuta. La giurisprudenza ha poi utilizzato talora l'espressione revoca ex nunc anche nell'ipotesi di atti di ritiro volti a rimuovere provvedimenti affetti da vizi sopraggiunti di merito, mentre la dottrina ha talora definito abrogazione il ritiro di un provvedimento in contrasto, per motivi sopraggiunti, con l'interesse pubblico.

La scelta di esercitare il potere de quo ha natura discrezionale²²⁸, essendo facoltà dell'amministrazione decidere di non emanare un atto demolitorio del precedente atto viziato ove ciò sia strumentale alla cura dell'interesse pubblico. Con particolare riferimento ai casi in cui l'atto da eliminare ha prodotto effetti consolidatisi nel tempo, dottrina e giurisprudenza ritengono l'illegittimità presupposto necessario ma non sufficiente per l'attivazione del potere de quo²²⁹. Posto infatti che occorre procedere ad una valutazione comparativa tra l'interesse pubblico a mantenere in vita l'atto, in considerazione degli effetti vantaggiosi che l'amministrazione è in grado di ricavarne, e l'interesse del privato beneficiario del medesimo alla conservazione del bene, del vantaggio o dell'utilità conseguiti in buona fede grazie all'atto stesso²³⁰, ove dalla comparazione effettuata non emerga un interesse pubblico concreto ed attuale all'annullamento dovrà optarsi per la conservazione del provvedimento pur se illegittimo²³¹.

Ciò premesso, la distinzione tra revoca ed annullamento d'ufficio di un atto amministrativo deve essere accertata caso per caso al fine di chiarire l'esatta portata del provvedimento di eliminazione posto in essere dalla pubblica amministrazione²³². In altri termini gli atti amministrativi, nel rispetto di un principio di prevalenza della sostanza sulla forma, vanno interpretati non solo in base al tenore letterale, ma anche risalendo alla effettiva volontà dell'amministrazione ed al potere concretamente esercitato. Prescindendo dunque dal nomen juris utilizzato, occorrerà fare riferimento alle reali caratteristiche del

²²⁸ Cons. Stato, sez. VI, 14 ottobre 2004, n. 6656, in Foro Amm. CdS, 2004, 2921.

²²⁹ L'interesse pubblico all'eliminazione dell'atto illegittimo non può identificarsi, sic et simpliciter, nell'interesse alla reintegrazione dell'ordine giuridico violato, ma deve essere specificato e dimensionato in relazione ad esigenze concrete ed attuali: Cons. Stato, sez. IV, 20 luglio 2005, n. 3909, in Foro Amm. CdS, 2005, 2132; T.A.R. Campania, Napoli, sez. IV, 13 febbraio 2006, n. 2026, in Foro Amm. TAR, 2006, 681.

²³⁰ Trattasi in sostanza di una ponderazione tra l'interesse pubblico al ripristino della legalità e quello dei privati al mantenimento dei vantaggi conseguiti a seguito dell'affidamento ingenerato sulla validità del provvedimento. Cons. Stato, sez. IV, 18 ottobre 2004, n. 6409, in Foro Amm. CdS, 2004, 2801; Id., sez. V, 27 novembre 1981, n. 609, in Cons. Stato, 1981, 2820.

²³¹ In tal senso, ex multis, Cons. Stato, sez. VI, 14 ottobre 2004, n. 6656, cit.; Id., sez. V, 6 giugno 2002, n. 3173, in Giur. It., 2002, 2408; Id., 13 marzo 2000, n. 1311, in Foro Amm., 2000, 890. F. Caringella, Affidamento e autotutela: la strana coppia, in www.giustizia-amministrativa.it.

²³² Cons. Stato, sez. V, 15 ottobre 2003, n. 6316, in Foro Amm. CdS, 2003, 2977.

provvedimento²³³ ai fini dell'inquadramento dello stesso all'interno delle tradizionali categorie dell'annullamento, che opera per vizi di legittimità, con effetto ex tunc, e della revoca, in presenza di vizi di merito, che opera ex nunc.

La questione dell'esatta qualificazione dei provvedimenti di autotutela deve oggi essere inquadrata alla luce della disciplina sull'invalidità e sull'inefficacia degli atti amministrativi dettata dal capo IV-bis della L. n. 241/1990, ed in particolare dagli artt. 21-quinquies e 21-nonies della medesima, relativi rispettivamente alla revoca e all'annullamento d'ufficio.

Con riferimento ai presupposti per il legittimo esercizio, da parte dall'organo che ha emanato l'atto o da altro organo previsto dalla legge²³⁴, dell'annullamento d'ufficio la seconda delle norme citate stabilisce che si deve appurare, oltre alla sussistenza di vizi di legittimità nell'atto, anche quella delle ragioni di pubblico interesse²³⁵. L'annullamento deve poi intervenire entro un termine ragionevole²³⁶ - al fine di tutelare l'affidamento medio tempore generato dal provvedimento - e

²³³ Sul punto cfr. Ad. Plen., 23 gennaio 2003, n. 3, in Foro Amm. CdS, 2003, 497. T.A.R. Lazio, Roma, sez. I-bis, 11 luglio 2006, n. 5766, in www.altalex.com.

²³⁴ La definizione di annullamento d'ufficio oggi contenuta nell'art. 21- nonies L. n. 241/1990 appare eccessivamente sintetica in relazione alle forme e alle modalità con cui l'annullamento deve essere adottato, limitandosi ad affermare che lo stesso compete all'organo che lo ha emanato ovvero ad altro organo previsto dalla legge. Cfr. AA.VV., Codice commentato della L. 241/90 riformata, Rimini, 2006, 312; G. Barone, L'incidenza della nuova disciplina dell'invalidità degli atti amministrativi sui poteri di autotutela della pubblica amministrazione, in www.giustamm.it.

²³⁵ La disposizione ha trasformato sostanzialmente in legge i principi costantemente affermati dalla giurisprudenza in materia, senza peraltro soffermarsi su talune rilevanti problematiche concernenti la fattispecie o sciogliere taluni dubbi in relazione ad altre ipotesi di annullamento d'ufficio previste dall'ordinamento. Viene in particolare confermato il carattere meramente eventuale, e dunque discrezionale, dell'effettivo esercizio del potere di annullamento d'ufficio. AA.VV., Codice commentato della L. 241/90 riformata, cit., 311. Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 22 ottobre 2004, n. 6956, cit.; Id., sez. V, 18 ottobre 1996, n. 1253, in Cons. Stato, 1996, 1511; Id., 7 settembre 2001, n. 4669, in Foro Amm., 2001, 9.

²³⁶ Mentre nel progetto di legge di riforma del procedimento era stato dapprima inserito il limite di due anni per l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio, tale parametro non è stato poi confermato nel testo definitivo. Se ne deduce che il legislatore volutamente ha utilizzato, avvalendosi di un'espressione alquanto vaga e indeterminata, un parametro elastico - optando per un'impostazione analoga a quella di origine comunitaria - che, pur consentendo un sindacato del giudice sotto la forma dell'eccesso di potere, non ne castrava definitivamente l'esercizio imponendo un termine temporale prefissato. Posto dunque che in materia di esercizio dei poteri di autotutela non possono individuarsi termini perentori, l'amministrazione dovrà porre in essere l'atto eliminatorio in ragionevole collegamento logico e causale con la situazione illegittima da rimuovere e senza compromettere posizioni giuridiche consolidate nel tempo. La ragionevolezza del termine di cui all'art. 21-nonies impone all'amministrazione per un verso di motivare specificamente al riguardo, per l'altro di procedere caso per caso ad eseguire tale valutazione, esaminando gli elementi che caratterizzano la vicenda. Più tempo sarà trascorso dall'emanazione

previa ponderazione degli interessi dei destinatari e dei controinteressati - in un'ottica di bilanciamento tra interesse pubblico all'annullamento e altri interessi pubblici e privati coinvolti.

Quanto alla revoca l'art. 21-quinquies, nel recepire consolidati principi, individua i presupposti - la sopravvenienza di motivi di interesse pubblico ovvero di mutamenti della situazione di fatto, o ancora una rinnovata diversa valutazione dell'interesse pubblico originario -, le condizioni per il legittimo esercizio della medesima e gli effetti che ne derivano - l'inidoneità del provvedimento revocato a produrre ulteriori effetti e, in un'ottica di tutela dei privati, l'obbligo di indennizzo delle situazioni di pregiudizio arrecate ai soggetti direttamente interessati²³⁷. La revoca ha efficacia esclusivamente ex nunc e può pertanto riguardare solo atti ad efficacia durevole²³⁸.

Oggetto della medesima possono cioè essere unicamente gli atti discrezionali i cui effetti non si siano del tutto realizzati al momento della sua adozione. Il legislatore, si osserva, sotto la rubrica "revoca", ha disciplinato sia il ritiro con efficacia ex nunc e nel rispetto degli effetti già prodotti di atti originariamente inopportuni - a seguito di una nuova valutazione dell'interesse pubblico - che il ritiro con efficacia ex nunc di atti originariamente opportuni che per mutate o sopravvenute circostanze non rispondono più all'interesse pubblico, fattispecie quest'ultima cui la dottrina prevalente era solita fare riferimento con il termine di abrogazione.

dell'atto illegittimo, più dovrà essere approfondita la valutazione ed intenso lo sforzo di motivazione circa l'esistenza dell'interesse pubblico all'annullamento dell'atto. Cons. Stato, sez. V, 4 marzo 2008, n. 816; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II bis, 20 giugno 2008, n. 6078, *ibid.*; T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. III, 21 febbraio 2006, n. 426, *cit.* Nello stesso senso T.A.R. Abruzzo, Pescara, 24 luglio 2006, n. 611, *cit.* Contra T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 2 novembre 2006, n. 6431, in www.ambientediritto.it, relativa all'annullamento, in contrasto con la previsione di cui all'art. 21-nonies, della concessione di opere pubbliche ben tredici mesi dopo l'affidamento. E. Quadri, Dichiarazione di inizio attività ed esercizio del potere di autotutela dell'amministrazione, in questa Rivista, 2009, 229.

²³⁷ Detta previsione di indennizzo costituisce una rilevante novità introdotta dal legislatore del 2005, la cui interpretazione non risulta peraltro facile. AA.VV., *L'azione amministrativa*, Milano, 2005, 861 ss. Cfr. G. Virga, *Nomen juris del provvedimento e conseguenze che derivano dall'esatta qualificazione del potere esercitato (Il ritiro del bando di gara tra annullamento e revoca)*, in www.lexitalia.it.

²³⁸ T.A.R. Lazio, Roma, sez. I-bis, 11 luglio 2006, n. 5766, *cit.*

Per quanto qui rileva, si osserva che la novella legislativa ha posto finalmente termine alla confusione terminologica preesistente, circoscrivendo il potere di annullamento ai soli casi in cui sussistano vizi di legittimità. L'atto inopportuno ab origine non potrà dunque essere rimosso con efficacia ex tunc, ma potrà eventualmente essere revocato con un atto di secondo grado che inciderà unicamente sugli effetti ancora da prodursi.

5.2. La revoca dell'aggiudicazione

La revoca di un atto amministrativo che incide su rapporti negoziali è ammessa dalla disposizione contenuta nell'art. 21-quinquies della L. n. 241/1990²³⁹, e in particolare nei commi 1-bis e 1-ter; dalla citata disposizione due sono le conseguenze che si possono trarre: 1) la revoca dell'aggiudicazione può intervenire anche dopo la stipulazione del contratto; 2) la revoca dell'aggiudicazione incide sul rapporto negoziale²⁴⁰.

La revoca può essere di due tipi: autorevoca e revoca gerarchica²⁴¹. L'autorevoca si configura nel momento in cui il provvedimento de quo viene adottato dalla stessa autorità che ha emanato l'atto da revocare mentre la revoca gerarchica avviene da parte dell'autorità sovraordinata a quella che ha emanato l'atto, ove

²³⁹ L'art. 21-quinquies aggiunto dalla legge n. 15/2005 alla legge n. 241/1990 disciplina la revoca del provvedimento esplicitandone i presupposti e prevedendo: "...1. Per sopravvenuti motivi di pubblico interesse ovvero nel caso di mutamento della situazione di fatto o di nuova valutazione dell'interesse pubblico originario, il provvedimento amministrativo ad efficacia durevole può essere revocato da parte dell'organo che lo ha emanato ovvero da altro previsto dalla legge. La revoca determina la inidoneità del provvedimento revocato a produrre ulteriori effetti". Ai sensi del citato art. 21-quinquies, le motivazioni per le quali può procedersi a revoca sono quindi: - sopravvenuti motivi di interesse pubblico: - mutamento della situazione di fatto; nuova valutazione dell'interesse pubblico originario.

²⁴⁰ Entrambi i descritti approdi, negati dalla sentenza della Cass. n. 29425/2008, sono, invece suffragati dall'attenta dottrina che ha esaminato di recente la tematica; si veda S. Fantini, "La revoca dei provvedimenti incidenti su atti negoziali", in *Dir. proc. amm.*, 2009, in cui: "costituirebbe un non senso giuridico ammettere un'autotutela sull'evidenza pubblica fine a se stessa, ininfluente sul contratto, come risulta, del resto, ben chiaro considerando che si tratta di un potere finalizzato a garantire la legittimità, ovvero l'adeguatezza dell'azione amministrativa".

²⁴¹ F. Caringella, M.T. Sempreviva, *Il Procedimento amministrativo*, Napoli, 2005, 323. Tale distinzione, appare utile al fine di comprendere l'infondatezza, come evidenziata dagli stessi giudici amministrativi (T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 9 marzo 2009, n. 2372), dell'eccezione sollevata dal ricorrente in merito alla presunta sussistenza del vizio di incompetenza (atto di revoca invece che essere adottato dal Responsabile del procedimento è stato adottato dal capo dipartimento che però riveste la qualifica di dirigente preposto all'ufficio).

questa abbia la stessa competenza e possa sostituirsi all'autorità inferiore nell'esercizio dei poteri propri di questa. L'esercizio di tale facoltà non è consentito quando l'organo inferiore è titolare di una competenza esclusiva.

Una ulteriore riflessione trae spunto da una suggestione comunitaria. La nota vicenda della revoca delle concessioni dell'Alta velocità²⁴² aveva dato modo all'avvocato generale Trstenjak di svolgere nelle proprie conclusioni (presentate l'11 settembre 2008) alcune riflessioni che qui rilevano. In particolare, ha affermato che la revoca dell'aggiudicazione può avere effetti sul contratto, e anzi le disposizioni del Trattato “in combinato disposto con l'art. 10 Ce, impongono l'immediata cessazione e correzione dell'attribuzione di un appalto, laddove essa violi tali disposizioni”.

L'art. 21-quinquies appare, quindi, di grande utilità per riaffermare l'esistenza di un indissolubile legame tra aggiudicazione e contratto, legame che, come già si è avuto modo di affermare, trova la sua ragion d'essere nella necessaria funzionalizzazione impressa all'attività amministrativa, anche se realizzata con gli strumenti del diritto privato²⁴³.

Non sembra ragionevole ritenere che si possa sostituire il regime pubblicistico degli atti amministrativi negoziali con un regime “puramente” civilistico, perché così facendo si disconosce il fenomeno dell'evidenza pubblica e della funzionalizzazione dell'attività di diritto privato della Pubblica Amministrazione. Di contro, neppure sembra ragionevole ritenere che il contratto abbia una natura interamente pubblicistica. Infatti, esso costituisce pur sempre la fonte dei diritti e degli obblighi delle parti e dà vita a un rapporto sulla cui pariteticità non possono sussistere ragionevoli dubbi.

²⁴² Causa C-351/07, in merito alla quale vi è stata la rinuncia alla pronuncia della questione pregiudiziale da parte del Tar che aveva rimesso l'affare alla Corte Ce, stante le sopravvenienze normative.

²⁴³ Infatti, l'elemento che caratterizza più di ogni altro la procedura di evidenza pubblica, e quindi l'aggiudicazione, suo momento finale, è quello della funzionalizzazione. Il contratto viene in essere all'esito di una serie procedimentale nel corso della quale la stazione appaltante deve evidenziare quali siano le finalità pubblicistiche che sta perseguendo e chiarire via via: perché ha deciso di richiedere un determinato bene, opera o servizio; come ha individuato i requisiti di partecipazione; perché ha preferito una determinata procedura di gara; perché ha utilizzato uno specifico criterio di scelta dell'offerta migliore; come ha stabilito i criteri e i sottocriteri per l'attribuzione dei punteggi; perché ha qualificato come anomala una offerta; perché l'appalto è stato aggiudicato allo specifico operatore economico.

Anche sotto l'influenza del diritto di derivazione comunitaria, la funzione dell'evidenza pubblica è principalmente quella di garantire l'effettiva e concreta libertà di concorrenza; infatti, oggi, appare acquisito che tali finalità convivono all'interno del procedimento e non possono perdere rilevanza nel momento in cui viene sottoscritto il contratto.

Inoltre, deve considerarsi che il contenuto del contratto è sottratto alla disponibilità delle parti che, contrariamente a ciò che avviene per i contratti di diritto comune, non hanno il potere di rinegoziarne gli elementi essenziali²⁴⁴.

Sulla base di tali premesse, si concorda con l'autorevole dottrina secondo la quale l'attività amministrativa, anche quando si manifesta attraverso strumenti privatistici, non perde la propria natura pubblicistica²⁴⁵.

Il Consiglio di Stato ha esaminato una questione di grande interesse²⁴⁶: la stazione appaltante, dopo aver aggiudicato la gara e sottoscritto il contratto di appalto, ha adottato un provvedimento “di revoca”, fondato su asserite inadempienze dell'aggiudicataria: questa “non dava affidamento sulla effettiva possibilità di svolgere adeguatamente il servizio di trasporto, com'era emerso dalle irregolarità accertate in sede di espletamento dello stesso nelle more della stipulazione del contratto”.

Il giudice amministrativo osserva in via preliminare che la Pubblica amministrazione ha sempre il potere di revocare i propri atti, a ciò non ostando l'esistenza di un successivo atto negoziale: “la illegittimità del provvedimento in esame non deriva dall'assenza in capo all'amministrazione del potere esercitato, quanto piuttosto dallo scorretto esercizio di quest'ultimo”.

Infatti la giurisprudenza ammette che, “quantunque nei contratti della pubblica amministrazione l'aggiudicazione, quale atto conclusivo del procedimento di scelta del contraente, segni di norma il momento dell'incontro della volontà della

²⁴⁴ Si vedano Cassaz., sez. unite, n. 9103 del 3 maggio 2005; Cons. Stato, sez. V, n. 126 del 18 gennaio 2006.

²⁴⁵ F.G. Scoca, “Autorità e consenso”, in *Dir. amm.*, 2003, pag. 435, l'attività di diritto privato “resta comunque attività funzionalizzata, e, sotto questo profilo (che è l'unico rilevante), attività amministrativa; soggetta pertanto alle regole generali dell'attività amministrativa, diverse da quelle che disciplinano l'attività privatistica. Con il che continuare a ritenere che l'amministrazione sia dotata di autonomia privata significa ridurre il problema a un giuoco di parole”.

²⁴⁶ Consiglio di Stato, sez. V, dec. n. 5427 del 10 settembre 2009.

stessa amministrazione di concludere il contratto e del privato, manifestata con l'individuazione dell'offerta ritenuta migliore, non è tuttavia precluso all'amministrazione di procedere, con atto successivo, purché adeguatamente motivato con richiamo a un preciso e concreto interesse pubblico, alla revoca d'ufficio o all'annullamento dell'aggiudicazione”²⁴⁷.

Il fondamento di questo generale potere risiede, ad avviso del Consiglio di Stato, nel “principio costituzionale di buon andamento che impegna la pubblica amministrazione ad adottare atti il più possibile rispondenti ai fini da conseguire”, e il suo esercizio deve essere adeguatamente motivato.

Nel caso²⁴⁸ esaminato dal Consiglio di Stato, però, la Pubblica amministrazione ha motivato la “revoca” con riferimento a “eventi” che si riferiscono alla fase dell'esecuzione e non a quella di aggiudicazione, eventi che avrebbero potuto dar luogo alla “risoluzione” contrattuale “e non già all'esercizio di poteri pubblicistici”.

Il ragionamento del Consiglio di Stato è molto chiaro: se il “ripensamento” della Pubblica amministrazione è dovuto a ragioni pubblicistiche e si riferisce alla fase di scelta del contraente, allora lo strumento da utilizzare è la “revoca”; se, invece, il ripensamento è dovuto a ragioni privatistiche e si riferisce alla fase di

²⁴⁷ A fondamento di tale affermazione è stato rilevato che “anche nell'ambito dell'attività diretta alla conclusione degli appalti pubblici trova ingresso il principio dell'autotutela decisoria, secondo il quale l'amministrazione può riesaminare, annullare e rettificare gli atti invalidi” (Cons. Stato, sez. V, n. 661 del 3 febbraio 2000). E ciò perché le regole sull'autotutela hanno portata generale, rappresentando una delle manifestazioni tipiche del potere amministrativo, direttamente connesso ai criteri costituzionali di imparzialità e buon andamento della funzione pubblica. A maggior ragione nella materia degli appalti pubblici, dal momento che “assume particolare rilievo l'esigenza di assicurare il puntuale rispetto delle regole della concorrenza tra le imprese, nell'interesse generale alla corretta ed efficace gestione delle risorse pubbliche, conformemente ai principi enunciati dall'art. 1 della legge n. 109/1994. Del resto, tutto il sistema del procedimento contrattuale di evidenza pubblica mira ad attuare una ampia ed efficace rete di controlli, per garantire la legittimità dell'azione amministrativa. Nella serie procedimentale ordinaria sono presenti alcuni atti tipici (l'approvazione degli atti di gara e l'eventuale controllo), aventi come scopo essenziale la verifica della legittimità dell'iter di formazione del contratto. Tale circostanza evidenzia la particolare attenzione dell'ordinamento per gli istituti idonei a ridurre gli effetti negativi di eventuali illegittimità verificatesi nel corso del procedimento. Peraltro, la presenza di strumenti tipici di verifica immediata dell'attività compiuta dall'amministrazione non costituisce, di per sé, un ostacolo all'esercizio del generale potere di riesame, in un momento successivo alla conclusione del procedimento” (Cons. Stato, sez. V, n. 661 del 3 febbraio 2000).

²⁴⁸ Consiglio di Stato, sez. V, dec. n. 5427 del 10 settembre 2009.

esecuzione del contratto, allora lo strumento da utilizzare è la risoluzione o il recesso.

Parallelamente, però, la giurisprudenza ha precisato che l'intervenuta stipulazione del contratto incide sul distinto profilo della individuazione delle regole che disciplinano l'esercizio del potere di autotutela²⁴⁹, nel senso che in questo caso incombe un onere di motivazione particolarmente approfondito, tale da tenere conto del consequenziale effetto demolitorio sul contratto medio tempore stipulato.

Di analogo tenore sono quegli arresti della Cassazione che affermano l'esistenza del potere: "l'autotutela dell'amministrazione appaltante, che - nella specie, per vizi della procedura riguardanti la composizione della commissione aggiudicatrice, rilevati in sede cautelare dal giudice amministrativo - sospenda gli effetti del contratto già concluso, disponendo una nuova gara, non attiene all'esecuzione del contratto di diritto privato stipulato successivamente agli atti di evidenza pubblica, ma riguarda solo tali atti prodromici, di modo che riguardo all'esercizio dell'autotutela è configurabile la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, in base all'art. 6 della legge n. 205 del 21 luglio 2000"²⁵⁰.

La decisione del Consiglio di Stato si colloca in linea di continuità con il descritto orientamento, ma non tiene conto dell'orientamento diametralmente opposto della Cassazione²⁵¹, che ha affermato che "una volta stipulato il contratto, la revoca dell'aggiudicazione effettuata per sopravvenuti motivi di opportunità, fondati sulla diversa destinazione dei fondi assegnati, rientra nell'ambito del generale potere contrattuale di recesso (previsto, per i contratti di appalto di opere pubbliche, dalla L. n. 2248/1865, art. 345, all. F), sul cui esercizio sussiste la giurisdizione del giudice ordinario".

Il Consiglio di Stato ha, così, chiarito che: quando la Pubblica amministrazione si vuole sciogliere da un rapporto contrattuale perché, riesaminati gli interessi già valutati nel corso del momento pubblicistico della gara, l'aggiudicazione non risulta più idonea a perseguire l'interesse pubblico, ha a disposizione lo strumento

²⁴⁹ Consiglio di Stato, sez. V, n. 4460 del 5 settembre 2002.

²⁵⁰ Cass., sez. unite, n. 4508 del 1 marzo 2006.

²⁵¹ Cass., sez. unite, n. 29425 del 17 dicembre 2008.

pubblicistico della revoca. In questo caso, vi è l'obbligo di motivare e tale obbligo è più stringente maggiore è il grado di affidamento del privato. Su tali motivazioni può sindacare il giudice amministrativo. Se, invece, le ragioni che spingono allo scioglimento del vincolo riguardano la fase di esecuzione, allora la Pubblica amministrazione deve far ricorso al recesso. Così facendo, se, da un lato, è libera dall'obbligo di motivare, e dal penetrante controllo del Tar, dall'altro lato, è obbligata a corrispondere al privato un indennizzo ben superiore.

5.2.1. La responsabilità della stazione appaltante

Ferme le considerazioni suesposte in merito alla legittimità o meno del provvedimento di revoca appare opportuno prendere in esame i profili di responsabilità in cui può incorrere la stazione appaltante in caso di revoca (legittima e illegittima).

A tal fine appare opportuno preliminarmente evidenziare che, come correttamente si ragiona in dottrina²⁵², l'esercizio del potere di autotutela non incontra limiti temporali, contestualmente deve essere temperato con la tutela delle posizioni giuridiche vantabili dai terzi, che non possono essere travolte sic et simpliciter, soprattutto nei casi in cui ad esempio: il contraente ha già avviato l'esecuzione del contratto, su richiesta del committente; si è provveduto alla stipulazione del contratto; il ritardo nell'approvazione del contratto è dipeso da comportamenti colpevolmente imputabili all'Amministrazione; altre circostanze univoche che evidenziano il consolidarsi di posizioni di affidamento in capo al privato²⁵³.

In un contesto di "responsabilità", non va sottaciuto il rispetto dei "principi dell'ordinamento comunitario" dove si staglia con nitida evidenza il "principio della legittima aspettativa" (legittimate expectation)²⁵⁴.

²⁵² F. Caringella, L. Delpino, F. del Giudice, *Diritto Amministrativo*, Napoli, 2003, 573.

²⁵³ C. Mucio, *Mancata aggiudicazione e autotutela della p.a.*, in *Urbanistica e appalti*, 1999, 512.

²⁵⁴ Cerulli Irelli, *Osservazioni sulla legge di modifica della L. n. 241/90 - 1 parte*, in www.giustamm.it: «...il principio del legittimo affidamento, nella giurisprudenza comunitaria rileva come fortemente caratterizzato in termini di tutela dell'interesse privato, segnatamente laddove viene applicato nei procedimenti di autotutela. Laddove si traduce nell'affermazione che una situazione di vantaggio, assicurata ad un privato da un atto specifico e concreto dell'autorità amministrativa, non può essere successivamente rimossa, salvo indennizzo della posizione acquisita».

Anche se l'obbligo fondamentale ed ineludibile rimane quello relativo all'estrinsecazione della motivazione del provvedimento di revoca (art. 3 L. n. 241/90), si registrano in giurisprudenza orientamenti contrastanti.

Una prima impostazione sostiene la non necessarietà di una diffusa motivazione sull'interesse pubblico attuale, che dovrebbe accompagnare l'esercizio del potere di revoca, ritenendosi, al contrario, sufficiente il mero richiamo all'esigenza di ripristinare la legalità violata e la par condicio tra le imprese²⁵⁵. Un secondo orientamento, condiviso da buona parte della dottrina²⁵⁶, più garantista dell'interesse vantabile dai terzi, ritiene imprescindibile la presenza di un'adeguata motivazione, con richiamo ad un preciso e concreto interesse pubblico²⁵⁷. Una tesi intermedia, avanzata da taluna giurisprudenza²⁵⁸, afferma la non necessità di una specifica motivazione del provvedimento revoca di riesame soltanto nel caso in cui tra il provvedimento di aggiudicazione e quello di revoca sia decorso un brevissimo lasso di tempo tale che non si possa configurare l'insorgere di posizioni consolidate²⁵⁹.

Se in astratto non può disconoscersi il "sacrificio" del diritto dei terzi in presenza di un interesse pubblico al ripristino della legalità violata (da valutarsi in concreto come interesse pubblico puntuale da tutelare), appare nel contempo necessario - sempre e comunque si ribadisce - che la Pubblica amministrazione ne dia contezza

²⁵⁵ Cons. Stato, sez. V, 22 giugno 2004, n. 4371, in questa Rivista, 2004, 973: «...L'obbligo di esternare le ragioni che sono a fondamento degli atti posti in essere in esito a procedimenti di secondo grado trova, in materia di annullamento di atti di aggiudicazione di gare pubbliche, un limite nella doverosa considerazione dei principi costituzionali di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa in modo che, quando si accerti la violazione di tali principi, che sono a fondamento della tutela accordata alla libera concorrenza nella partecipazione alle procedure contrattuali ad evidenza pubblica, l'interesse pubblico perseguito è oggettivamente riscontrabile nella reintegrazione, attraverso l'atto di annullamento dell'aggiudicazione che abbia inciso i suddetti lavori, del libero esplicarsi del confronto concorrenziale».

²⁵⁶ M. Lipari, *Aggiudicazione, stipulazione ed approvazione del contratto*, in AA.VV., *L'appalto di opere pubbliche*, (a cura di R. Villata), Padova, 2001, 495.

²⁵⁷ Consiglio di Stato, sez. VI, 29 marzo 1996, n. 518, in App. Urb. Edil., 1996, 1097; Cons. Stato, sez. VI, 30 aprile 1994, n. 652, in Cons. Stato, 1994, I, 633.

²⁵⁸ G. Pifferi, *Annullamento di ufficio di un atto illegittimo da breve tempo adottato*, in Amm. It., 1994, 1011.

²⁵⁹ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 19 dicembre 1986, n. 937, in Cons. Stato, 1986, I, 1948 (m): «L'annullamento d'ufficio è in linea di massima un'attività doverosa per l'amministrazione, mentre l'obbligo della motivazione sull'interesse pubblico (diverso dal ripristino della legalità) è posto a garanzia dell'avvenuta ponderazione delle posizioni soggettive nel frattempo consolidatesi a seguito dell'atto illegittimo; ne consegue che nessun obbligo di specifica motivazione sussiste allorché tali posizioni soggettive non si siano ancora consolidate».

attraverso una motivazione congrua ed adeguata del provvedimento di annullamento che espliciti la comparazione degli interessi in gioco ²⁶⁰.

In tale contesto si staglia la responsabilità precontrattuale della stazione appaltante che non pondera correttamente gli interessi e/o non comunica tempestivamente circostanze determinanti al contraente, così l'indagine si incentra sulla verifica dell'esistenza, a fronte di un'attività qualificata legittima, di una responsabilità precontrattuale della stazione appaltante.

A tal riguardo si precisa che l'attività (legittima o meno) della stazione appaltante, affinché comunque possa essere valutata nei termini di responsabilità precontrattuale, rileva come "elemento" nell'ambito del comportamento complessivamente tenuto²⁶¹. In altri termini l'indagine che il giudice è chiamato ad esperire, al fine di verificare la sussistenza degli estremi della responsabilità precontrattuale, è relativa alla valutazione del comportamento complessivo tenuto dalla stazione appaltante ex artt. 1337 e 1338 del codice civile tenendo altresì conto - in un quadro complessivo di valutazione - della legittimità o meno dell'operato della stazione appaltante.

La responsabilità precontrattuale della Pubblica amministrazione viene per la prima volta "ufficialmente" riconosciuta dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione nel lontano 1961 con la sentenza n. 1675 relativamente alla sussistenza di una responsabilità precontrattuale a prescindere dalla natura dei soggetti coinvolti: pubblici o privati.

Nel caso dell'amministrazione, l'indagine del giudice deve essere rivolta ad accertare non che vi sia stato un comportamento da "buon amministratore"- ossia

²⁶⁰ Nel senso di ritenere doveroso l'annullamento di un atto illegittimo al fine di ripristinare la legalità violata ma nel contempo di non pregiudicare l'interesse di chi sugli effetti di quell'atto abbia fatto affidamento senza una opportuna ponderazione cfr. Cons. Stato, sez. VI, 13 gennaio 1983, n. 2, in Riv. Amm., 1983, 138, con nota di Iaria; Cons. Stato, 24 dicembre 1982, n. 721, in Cons. Stato, 1982, I, 1610.

²⁶¹ Contra cfr. Gabriella M. Racca, Esclusione dalla gara per inosservanza delle clausole del bando e lettera di invito, in www.giust-amm.it, 2003, che sottolinea come estranea all'ambito della responsabilità precontrattuale è, piuttosto, la valutazione sulla legittimità dell'attività amministrativa. Il sindacato sul comportamento, infatti, prescinde dal sindacato sul provvedimento, la cui legittimità può rimanere incontestata, poiché il giudizio sulla responsabilità della p.a. investe un complesso di fatti che non si esauriscono, né coincidono con gli atti procedurali ed il provvedimento finale, ma che richiedono la complessiva conoscenza di tutti gli incontri non verbalizzati, delle telefonate e di ogni altro evento non ricavabile da atti.

ligio all'interesse pubblico sotteso - ma un comportamento da buon contraente. In tale contesto la discrezionalità stessa dell'azione amministrativa non può rappresentare un limite al dovere di agire secondo buona fede.

In tal senso la pronuncia è stata successivamente superata con l'estensione della responsabilità precontrattuale anche all'attività iure imperio dell'amministrazione, limitatamente al segmento procedimentale intercorrente tra l'aggiudicazione e la stipula del contratto.

Soltanto in tempi più recenti²⁶², è stata in giurisprudenza riconosciuta la responsabilità precontrattuale dell'amministrazione/stazione appaltante anche nella fase antecedente l'aggiudicazione²⁶³.

Non può sottacersi che, già da tempo in dottrina²⁶⁴ era stato evidenziato che la limitazione alla sola fase "privatistica" non aveva ragion d'essere in quanto: "infatti non pare corretto inquadrare gli atti di evidenza pubblica soltanto nell'ambito del procedimento amministrativo ed escludere ogni loro valenza privatistica. Viceversa, proprio perché da tali atti sortisce un contratto di diritto privato, pare necessario riconoscere nell'invito a gara, nell'offerta del concorrente e nell'aggiudicazione dell'Amministrazione altrettanti precisi momenti di trattativa e di formazione del contratto, rilevanti ai sensi dell'art. 1337 c.c.: si tratta rispettivamente, dal punto di vista civilistico, di un invito ad offrire, di una proposta contrattuale e di un'accettazione".

Ad onor del vero, tuttavia, la portata della responsabilità precontrattuale della stazione appaltante²⁶⁵ nell'ambito delle gara ad evidenza pubblica e le

²⁶² Cons. Stato, Ad. Plen., 5 settembre 2005, n. 6: «...nello svolgimento della sua attività di ricerca del contraente l'amministrazione è tenuta non soltanto a rispettare le regole dettate nell'interesse pubblico (la cui violazione implica l'annullamento o la revoca dell'attività amministrativa) ma anche le norme di correttezza di cui all'art. 1337 c.c. prescritte dal diritto comune (regole la cui violazione assume significato e rilevanza, ovviamente, solo dopo che gli atti della fase pubblicistica attributiva degli effetti vantaggiosi sono venuti meno e questi ultimi effetti si sono trasformati in affidamenti restati senza seguito)».

²⁶³ Ad esempio Cass., Sez. Un., 12 maggio 2008, n. 11656.

²⁶⁴ AA.VV., G. Greco, *Diritto Amministrativo, I, Parte Generale*, a cura di L. Mazzaroli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca, Bologna, 902.

²⁶⁵ Contra E. Casetta, *Manuale di Diritto amministrativo*, Milano 2004, 562: «... con riguardo al procedimento amministrativo strumentale alla scelta del contraente (cd. evidenza pubblica): nell'ambito del relativo procedimento l'aspirante alla stipulazione del contratto ha infatti esclusivamente un interesse al corretto esercizio del potere di scelta, per cui difettano le condizioni

conseguenze - soprattutto nei termini di quantificazione del danno - sono rapportate al presupposto “scatenante”, ossia se l’attività posta in essere dalla stazione appaltante (illecita se vista come comportamento) sia in chiave amministrativista legittima o meno. A tal proposito, infatti, pare lecito considerare configurabile la responsabilità contrattuale “pura” soltanto nel caso di attività legittima mentre nel caso di attività illegittima la lesione che si crea alla situazione giuridica sottesa di interesse legittimo - a seguito del crollo del muro granitico della irrisarcibilità degli interessi legittimi ad opera delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione con la sentenza n. 500/99 - dovrebbe portarsi dietro una responsabilità per lesione di interessi legittimi e quindi cd. “spuria”²⁶⁶.

Per meglio intendere, nel caso in cui l’attività dell’amministrazione sia illegittima e tale sia stata riconosciuta dal giudice amministrativo, non appare lecito considerare la Pubblica Amministrazione esente da responsabilità - salva la mancanza dei relativi presupposti. Nel caso di attività illegittima una presunzione²⁶⁷ di responsabilità precontrattuale è in re ipsa²⁶⁸.

I giudici amministrativi hanno affermato che nel caso in cui la Pubblica amministrazione abbia espletato una gara pubblica e, prima della stipula del contratto, abbia legittimamente revocato in autotutela gli atti della gara stessa, per carenza di risorse finanziarie, può sussistere una responsabilità di tipo precontrattuale dell’Amministrazione stessa, ove risulti che il comportamento

per la configurabilità di trattative tra due soggetti e di un diritto soggettivo reciproco all’osservanza delle regole di buona fede ».

²⁶⁶ F. Caringella, La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione: un istituto dal sesso incerto, in www.giustizia-amministrativa.it.

²⁶⁷ Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 19 dicembre 2003, n. 8364; Cons. Stato, sez. IV, 12 gennaio 2005, n. 45: «...La responsabilità patrimoniale della pubblica amministrazione, pur quando si ricollegli all’illegittimo esercizio di funzioni amministrative, implica, secondo i principi di diritto comune in tema di illecito, un’autonoma indagine circa la sussistenza dell’elemento soggettivo della colpa, posto che questa non è insita nel mero rispetto delle regole di imparzialità, correttezza e buona amministrazione che devono ispirarne la condotta».

²⁶⁸ Cfr. F. Giazzi, Considerazioni in tema di responsabilità precontrattuale della P.A., in *Danno e Resp.* n. 12/2007: «...è indubbio, infatti, che nell’ambito di una procedura di evidenza pubblica, si crei un rapporto tra p.a. e privato riconducibili alla nozione di trattativa, suscettibile di interpretazione estensiva. La volontà dell’Amministrazione, invero, non si forma liberamente, ma entro un procedimento predefinito da norma di legge. In seno alla procedura, tuttavia, è inconfutabile che tra l’Amministrazione e gli interessati si radichi un vero e proprio rapporto, in cui sono individuabili due distinte posizioni connotate da precisi obblighi di comportamento. La p.a. non sarà, quindi, esente da responsabilità, ogni volta in cui le siano ascrivibili illegittimità e scorrettezze».

tenuto dalla stazione appaltante sia in contrasto con le regole di correttezza e di buona fede di cui all'art. 1337 c.c., e se tale comportamento sia stato idoneo ad ingenerare un danno del quale può essere chiesto il ristoro". Non è, invece, ravvisabile colpa della Pubblica amministrazione, necessaria per la configurabilità di una responsabilità precontrattuale, nel caso in cui la revoca della gara, ad esempio, sia stata disposta per la diminuzione delle risorse finanziarie dell'Ente appaltante che è sopravvenuta a seguito di una legge finanziaria e l'Ente appaltante stesso, non appena avuta notizia dell'approvazione di tale legge, abbia immediatamente disposto la sospensione della stipula dei contratti, atteso che in tal caso la ditta aggiudicataria non ha potuto nutrire alcun affidamento²⁶⁹.

In merito alla quantificazione del risarcimento, il danno per la responsabilità precontrattuale è limitato al cd. interesse negativo: spese inutilmente sostenute in previsione della conclusione del contratto e non della partecipazione alla gara che hanno subito anche gli altri partecipanti e perdite sofferte per non aver usufruito di ulteriori occasioni contrattuali, nel periodo tra l'aggiudicazione e la revoca, mentre non è risarcibile il mancato utile relativo alla specifica gara d'appalto revocata, spettando questa solo nel caso di revoca illegittima²⁷⁰.

Mentre nel caso di responsabilità precontrattuale scaturente da attività legittima della stazione appaltante che comunque ha tenuto un comportamento difforme dai canoni di cui agli artt. 1337 e 1338 c.c., l'aggiudicatario lamenta un danno - sia consentito affermarlo - da "tempo perso" ossia dal non aver potuto organizzare diversamente la propria attività imprenditoriale a causa della spada di Damocle pendente dell'appalto in corso di stipula, nel caso di responsabilità precontrattuale scaturente da attività illegittima, l'aggiudicatario lamenta un danno da "contratto perso". Si tratta di interessi diversamente configurabili: nel caso di attività legittima a rilevare è l'interesse negativo dell'aggiudicatario (spese), nel caso di

²⁶⁹ Ad avviso dei giudici amministrativi, pertanto, la "tempestività" nella comunicazione di revoca degli atti nei riguardi dell'aggiudicatario sarebbe stata la chiave di volta per escludere la responsabilità precontrattuale della stazione appaltante, precisando altresì atteso che in tal caso la ditta aggiudicataria non ha potuto nutrire alcun affidamento. Si veda la sentenza T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 9 marzo 2009, n. 2372 in Urbanistica e appalti 7/2009.

²⁷⁰ In senso analogo T.A.R. Lazio, sez. I-bis, 7 luglio 2003, n. 5991.

attività illegittima è l'interesse positivo (all'adempimento ossia all'esecuzione del contratto)²⁷¹.

5.3. L'annullamento dell'aggiudicazione e il diritto al risarcimento

L'annullamento del provvedimento di aggiudicazione comporta diverse conseguenze che hanno esiti diversi sul piano processuale in tema di riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo, nonché di tutela effettiva delle posizioni giuridiche dei soggetti coinvolti in ordine al tipo di azioni dagli stessi proponibili. Sotto quest'ultimo profilo bisogna evidenziare come generalmente gli interessi che entrano in conflitto siano riferibili a tre categorie di contraddittori: 1) la pubblica amministrazione, in qualità di stazione appaltante committente dei lavori, servizi o forniture, la quale persegue le finalità - coincidenti con l'interesse pubblico - di addivenire alla scelta del miglior contraente possibile e di sfruttare l'evidenza pubblica come fattore produttivo di una sintesi efficace di costi e qualità; 2) il privato contraente, originario aggiudicatario dell'appalto, sia pur a seguito di una gara i cui atti sono stati annullati, il quale ha interesse alla conservazione del contratto; 3) il concorrente risultato illegittimamente pretermesso a seguito dell'esperimento vittorioso del ricorso dinanzi al giudice amministrativo, attraverso cui ha ottenuto l'annullamento dell'aggiudicazione, il quale ha interesse ad ottenere un'utilità patrimoniale²⁷², i cui contenuti possono variare a seconda della fase più o meno

²⁷¹ In tal senso depongono anche le direttive comunitarie: "qualora venga presentata una richiesta di risarcimento danni in relazione ai costi di preparazione di un'offerta o di partecipazione ad una procedura di aggiudicazione, la persona che avanza tale richiesta è tenuta a provare solamente che vi è stata violazione del diritto comunitario in materia di appalti o delle norme nazionali che recepiscono tale diritto e che aveva una possibilità concreta di ottenere l'aggiudicazione dell'appalto, possibilità che, in seguito alla violazione, è stata compromessa" (art. 2, punto 7, direttiva 92/13/CEE). In tutti e due i casi sarà sempre onere/obbligo ex art. 2697 c.c. del contraente offrire prova dei fatti che costituiscono il fondamento del suo diritto al risarcimento del danno vantato.

²⁷² Tale utilità può coincidere ora con la partecipazione alla gara, dalla quale il ricorrente era stato escluso, ora con la celebrazione di un nuovo procedimento di evidenza pubblica che sia rispettoso di quelle regole in precedenza non osservate, ora con l'aggiudicazione dell'intero contratto in sostituzione dell'originario aggiudicatario, ora col mero risarcimento per equivalente del relativo profitto, ora con il risarcimento parziale unito alla stipula del contratto in relazione alla parte del rapporto ancora da eseguire.

avanzata in cui la procedura di evidenza pubblica si trova. Ciascuno di questi soggetti è portatore di un interesse giuridicamente protetto dall'ordinamento, la cui prevalenza rispetto agli altri peraltro non in tutti i casi è agevolmente definibile *a priori*, dovendo essere valutata alla luce delle circostanze concrete. Ad esempio, secondo la giurisprudenza amministrativa prevalente, la tutela del concorrente illegittimamente pretermesso non può consistere nella reintegrazione in forma specifica qualora l'esecuzione del contratto di appalto versi in uno stato avanzato. Proprio al fine di assicurare una tutela effettiva del concorrente illegittimamente pretermesso, è intervenuta la direttiva 2007/66/CE²⁷³, che impone agli Stati Membri di prevedere un apposito *stand still period* tra la obbligatoria comunicazione dell'aggiudicazione a tutti i concorrenti che hanno partecipato alla procedura di evidenza pubblica e la stipulazione del contratto con il vincitore, in modo da permettere che l'eventuale pronuncia di annullamento degli atti di gara non arrivi troppo tardi, ossia quando ormai il contratto ha già avuto esecuzione (v. art. 2- *bis*.2 direttiva 89/665/CEE e art. 2-*bis*.2 direttiva 92/13/CEE). La *ratio* di tali disposizioni è di impedire alle stazioni appaltanti che la deprecabile prassi della c.d. *race to signature* comporti degli effetti irreversibili per il ricorrente che avrebbe avuto titolo all'aggiudicazione dell'appalto.

L'annullamento dell'aggiudicazione illegittima apre la via alla condanna dell'amministrazione al risarcimento del danno patito dal ricorrente vittorioso nel giudizio di cui tale annullamento rappresenta l'apice.

Talora l'annullamento dell'aggiudicazione, in quanto provoca di per sé il travolgimento del titolo negoziale, potrebbe eliminare in radice il nocumento prodottosi, proprio per effetto dell'adozione del provvedimento invalido, nella sfera patrimoniale di chi abbia agito per la sua demolizione: come nel caso in cui il non ammesso alla gara impugni la propria esclusione e la successiva

²⁷³ La direttiva 11 dicembre 2007, n. 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, pubblicata in G.U.C.E. 20 dicembre 2007, n. L-335, modifica all'art. 1 la direttiva 89/665/CEE e all'art. 2 la direttiva 92/13/CE, disciplinanti le procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici nei settori ordinari e nei settori speciali; la nuova direttiva è volta al miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso e dovrà essere recepita entro il 20 dicembre 2009.

aggiudicazione, ottenendo la cancellazione di ambedue gli atti e quindi il rinnovo della selezione e la sua partecipazione a questa.

Ma quando, malgrado l'annullamento dell'aggiudicazione e il conseguente dissolversi del contratto, una perdita economica, collegabile in via immediata e diretta all'aggiudicazione medesima - come pretende il canone generale della causalità giuridica, che trova compiuta espressione nell'art. 1223 c.c., valevole in materia di responsabilità contrattuale e richiamato dall'art. 2056 c.c., dettato in tema di responsabilità aquiliana²⁷⁴ -, ancora residui in testa a colui che l'ha fruttuosamente impugnata, allora questi può altrettanto fruttuosamente domandare la condanna dell'amministrazione alla rifusione di essa.

Né l'amministrazione riuscirebbe a sfuggirvi adducendo l'assenza di colpa nel proprio operato ovvero, a seguire un'impostazione cara ad ampia parte della giurisprudenza, dimostrando l'errore scusabile idoneo a giustificare l'illegittimità dell'aggiudicazione, in quanto determinato, per proporre qualche esempio tratto dalle decisioni accumulate sul punto, dalla contraddittorietà della normativa di riferimento o dalla novità delle questioni affrontate o dalla rilevante complessità di queste o dalla condotta degli interessati nel corso del procedimento o dall'oscillazione dei precedenti.

Quello della colpa è invero un presupposto della responsabilità extracontrattuale, espressamente richiesto dall'art. 2043 c.c.; ma non anche un presupposto della responsabilità dell'amministrazione derivante dall'illegittimo esercizio di un potere pubblico, retta, come altrove ho avuto modo di notare²⁷⁵ e come del resto qualche pronuncia ormai riconosce²⁷⁶, da uno statuto normativo suo proprio²⁷⁷,

²⁷⁴ Al riguardo C. Salvi, *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di Iudica e Zatti, Milano, 2005, 252; Visintini, *Trattato breve della responsabilità civile*, Padova, 2005, 680 ss.; M. Franzoni, *Il danno risarcibile*, in *Trattato della responsabilità civile*, diretto da M. Franzoni, Milano, 2004, 15 ss.

²⁷⁵ Garofalo, *La responsabilità dell'amministrazione: per l'autonomia degli schemi ricostruttivi*, in *Dir. amm.*, 2005, 1 ss.

²⁷⁶ Cons. Stato, Sez. VI, 14 marzo 2005, n. 1047, in *Urb. e app.*, 2005, 1060 ss., che non giunge tuttavia a negare la rilevanza della colpa ai fini dell'originarsi in capo all'amministrazione dell'obbligo di riparare il danno causato al privato dall'adozione di un provvedimento illegittimo, come emerge anche dal mio commento ivi pubblicato sotto il titolo *Verso un modello autonomo di responsabilità dell'amministrazione*.

intessuto di regole desumibili principalmente da due disposizioni: quella di cui all'art. 35, comma 1, del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, non toccata dall'art. 244, comma 1, del codice dei contratti pubblici, e quella collocata in apertura dell'art. 7, comma 3, della l. 6 dicembre 1971, n. 1034, dall'art. 35, comma 4, dello stesso d.lgs. n. 80/1998.

Escluso dunque che l'amministrazione possa utilmente invocare la mancanza di colpa per sottrarsi alla condanna al risarcimento del danno sofferto, in immediata e diretta dipendenza dell'adozione dell'aggiudicazione invalida, occorre aggiungere che questa, dovendo ristorare l'interessato della perdita economica perdurante nonostante l'annullamento del provvedimento illegittimo, assumerà un contenuto diverso in relazione alle variabili circostanze del caso concreto. Il giudice disporrà infatti che la riparazione avvenga in forma specifica²⁷⁸ se ciò sia possibile e non eccessivamente oneroso per l'amministrazione²⁷⁹; diversamente opterà per una riparazione mediante equivalente pecuniario. Naturalmente, potrà combinare le due modalità di attuazione dell'unitario obbligo risarcitorio allorché la prima si riveli solo in parte possibile.

E così, a voler esemplificare sul punto, se, annullata l'aggiudicazione, a caducarsi sia un contratto non ancora eseguito dalle parti, la condanna sarà al risarcimento in forma specifica e si tradurrà quindi nell'ordine dato all'amministrazione di emanare l'atto di aggiudicazione a favore del ricorrente vittorioso quando risulti acquisito che a questi essa sarebbe sicuramente spettata²⁸⁰. Viceversa la condanna sarà al risarcimento per equivalente qualora, demolita l'aggiudicazione, a venire meno sia un contratto già eseguito per l'intero almeno dal privato.

²⁷⁷ Follieri E., Il modello di responsabilità per lesione di interessi legittimi nella giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo: la responsabilità amministrativa in diritto pubblico, in questa Rivista, 2006, 18 ss.

²⁷⁸ Guidarelli G., *La reintegrazione in forma specifica nella tutela giurisdizionale dell'interesse legittimo*, in questa Rivista, 2006, 644 ss.

²⁷⁹ Pajno A., *Il giudice amministrativo e la tutela dei diritti*, in *Diritto proc. amministrativo*, 2005, 986.

²⁸⁰ Che il giudice possa disporre egli stesso l'aggiudicazione a vantaggio del nostro ricorrente, sostituendosi così all'amministrazione, tenderei dunque a negare. Accedendo alla soluzione prospettata, d'altro canto, si consente all'amministrazione, senza per questo autorizzarla a eludere il giudicato, di reintervenire, nell'esercizio del suo potere di autotutela, sull'atto di attuazione del giudicato stesso o anche di astenersi dall'adottarlo in presenza di circostanze sopravvenute alla pronuncia che lo facciano apparire invalido.

Naturalmente, situazioni ben più complesse delle due immaginate possono crearsi nella realtà: ma è sulla scorta dei principi enunciati con riguardo a queste, credo, che esse possono trovare un'equilibrata soluzione, volta a comporre armonicamente il conflitto tra i diversi interessi dei soggetti che vi sono coinvolti. Avendo presente, a dissipare le tante perplessità di ordine dogmatico che ancora avvolgono la figura del risarcimento del danno mediante reintegrazione in forma specifica di cui parlano gli artt. 35, comma 1, del d.lgs. n. 80/1998 e 7, comma 3, della l. n. 1034/1971, che essa si affianca a quella del risarcimento del danno per equivalente, identificando una delle due modalità, alternative o concorrenti, attraverso le quali si attua tale risarcimento.

Le due forme di riparazione del danno conosciute dal diritto amministrativo²⁸¹ costituiscono, rispetto all'unico *genus* che è il risarcimento del danno, altrettante *species*, in quanto preordinate entrambe a ripristinare la sfera patrimoniale della vittima del torto commesso dall'amministrazione tramite l'illegittimo esercizio di un potere pubblico, portandola non già al mero stato *quo ante*, ma oltre: vale a dire alla stessa consistenza qualitativa - per mezzo del risarcimento in forma specifica - o almeno quantitativa - mediante il risarcimento per equivalente - che avrebbe raggiunto se non si fosse verificato l'illecito.

Non infrequente è il caso in cui, intervenuta l'aggiudicazione a vantaggio di un soggetto, un altro la impugni, ottenendone l'annullamento dal giudice di primo grado: sicché l'amministrazione, nel conformarsi al contenuto della decisione pur appellata dal controinteressato soccombente, in quanto dotata di efficacia esecutiva non sospesa, dispone l'aggiudicazione a favore del ricorrente vittorioso e con lui conclude il contratto. E solo una volta eseguito da ciascuna delle parti o almeno da quella privata, sopraggiunge la pronuncia del giudice di secondo grado, pienamente favorevole all'originario beneficiario dell'aggiudicazione.

²⁸¹ La figura del risarcimento del danno mediante reintegrazione in forma specifica di cui parlano gli artt. 35, comma 1, del d.lgs. n. 80/1998 e 7, comma 3, della l. n. 1034/1971, e quella del risarcimento del danno per equivalente, identificando una delle due modalità, alternative o concorrenti, attraverso le quali si attua tale risarcimento.

Ebbene, rispetto a un caso come questo²⁸², è da escludere che l'amministrazione possa essere tenuta al risarcimento del danno, ovviamente mediante equivalente, nei confronti di chi ha appellato con successo: ma non perché la causazione del danno non le sia ascrivibile, quanto piuttosto perché la causazione del danno, pur ricollegabile all'amministrazione, è avvenuta *iure*, stante appunto il contenuto del *dictum*, di per sé esecutivo, del giudice inizialmente adito, al quale l'amministrazione stessa era vincolata a dare attuazione.

Plausibile, sembra il ragionamento sulla scorta dell'art. 2045 c.c., secondo cui, “quando chi ha compiuto il fatto dannoso vi è stato costretto dalla necessità di salvare sé o altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona, e il pericolo non è stato da lui volontariamente causato né era altrimenti evitabile, al danneggiato è dovuta un'indennità, la cui misura è rimessa all'equo apprezzamento del giudice”. Ripetuto che la lesione dell'interesse legittimo procurata dall'amministrazione al primo aggiudicatario si è consumata *iure*, in quanto determinata dal contenuto di una decisione del giudice di primo grado cui l'amministrazione stessa doveva attenersi, non è certo necessario richiamarsi alla scriminante dello stato di necessità contemplata nell'art. 2045 c.c. nel tentativo, peraltro vano, di escludere l'antigiuridicità nella condotta dell'amministrazione. Piuttosto, la disposizione viene in rilievo nella parte in cui, ricorrendo la fattispecie che vi è descritta, accorda al danneggiato un'indennità, affidando il compito di determinarne l'ammontare al giudice, tenuto a procedere con equo apprezzamento. Vi è lo spazio per sostenere che, per questa parte, la previsione possa estendersi al caso in considerazione, in cui parimenti si ha un fatto dannoso non illecito²⁸³.

A seguire questo schema ricostruttivo, ne deriverebbe che l'amministrazione sarebbe obbligata al pagamento di un'indennità nei confronti del primo aggiudicatario: un'indennità la cui misura, lasciata all'equa valutazione del giudice, comunque non oltrepasserebbe mai l'utile d'impresa. Proprio quell'utile che, caducatosi in esito alla pronuncia di accoglimento dell'appello proposto dal

²⁸² Cons. giust. amm., 19 ottobre 2006, n. 587 commento di Garofalo, *Doppia difforme e risarcimento del danno*, in *Urb. e app.*, 2007, 617 ss.,

²⁸³ Busnelli F., voce *Illecito civile*, in *Enc. giur.*, XV, Roma, 1991, 11.

primo aggiudicatario il contratto eseguito dal secondo aggiudicatario (ed eventualmente dall'amministrazione) e applicato ai rapporti tra le parti che lo avevano stipulato l'art. 936 c.c. o gli artt. 2041 e 2042 c.c., verrebbe a trovarsi nelle mani dell'amministrazione: tanto da potersi suggerire, nell'intento di ottenere un sensibile guadagno sul piano della speditezza, che l'amministrazione, anziché procedere al concreto pagamento dell'indennità a chi ne ha diritto, gli ceda la parte corrispondente del credito restitutorio che essa vanta nei confronti del privato che abbia eseguito il contratto poi travolto, naturalmente nell'ipotesi in cui essa abbia già provveduto al versamento del *quantum* pattuito con il medesimo e ancora non abbia ottenuto in restituzione quanto di sua spettanza.

L'intreccio di rapporti sostanziali che viene comunque a instaurarsi fra i tre soggetti implicati in una vicenda quale quella esaminata è peraltro tale da doversi ritenere che essi assumano la veste di contraddittori necessari nel giudizio che abbia a oggetto la pretesa all'indennità da parte dell'iniziale aggiudicatario, almeno quando l'amministrazione non abbia ancora fatto utilmente valere verso chi ha materialmente attuato il programma negoziale la sua pretesa restitutoria.

5.3.1. Le teorie sulla sorte del contratto in seguito all'annullamento dell'aggiudicazione

Premessi tali brevi cenni su alcuni dei profili problematici che la tematica in esame coinvolge, conviene ora affrontare le varie tesi prospettate circa il rapporto tra annullamento dell'aggiudicazione e contratto *medio tempore* stipulato. Secondo una impostazione risalente²⁸⁴, l'annullamento dell'aggiudicazione comporterebbe l'annullabilità del contratto, deducibile in via di azione o di eccezione dalla sola Pubblica amministrazione ex art. 1441 c.c., in quanto la disciplina sugli appalti pubblici, posta all'interno delle norme sulla contabilità di

²⁸⁴ Tale tesi risulta seguita dal 1935 in poi dalla prevalente giurisprudenza della Corte di Cassazione. Ex plurimis, v. Cass., Sez. II, 8 maggio 1996, n. 4269, in questa Rivista, 1997, 128 ss., con nota di C. Mucio, Contratti di diritto privato della Pubblica Amministrazione; Cass., Sez. I, 17 novembre 2000, n. 14901, in Giust. civ. Mass., 2002, 2358. In dottrina, v. M.S. Giannini, Diritto amministrativo, 2^a ed., Milano, 1988, 797 ss.

Stato, sarebbe preordinata all'esclusivo soddisfacimento dell'interesse della Pubblica amministrazione. alla scelta del contraente idoneo ad offrire la prestazione di qualità superiore alle condizioni economiche più vantaggiose. Detta invalidità sarebbe riconducibile per alcuni²⁸⁵ ad un vizio del consenso della Pubblica amministrazione, incorsa in un errore essenziale e riconoscibile circa la qualità di legittimo aggiudicatario della controparte privata ex artt. 1427 e 1429 n. 3 c.c., secondo altri²⁸⁶ ad una sopravvenuta carenza di legittimazione negoziale della Pubblica amministrazione, intesa quale capacità di contrattare ex art. 1425 c.c., essendo gli atti della procedura di evidenza pubblica (deliberazione a contrarre, bando, aggiudicazione) mezzi di integrazione della capacità e della volontà della stazione appaltante. Secondo un'opinione²⁸⁷ rimasta isolata infine l'illegittimità degli atti del procedimento di evidenza pubblica comporterebbe un difetto di potere rappresentativo in capo alla stazione appaltante, riconducibile alla disciplina del *falsus procurator* ex art. 1398 cc. Al di là delle disomogeneità in ordine all'inquadramento teorico di tale annullabilità relativa, tutte le opinioni appena viste hanno in comune il corollario di radicare in capo al giudice ordinario la giurisdizione sulla validità del contratto, trattandosi di una fattispecie di diritto privato, generatrice di posizioni di diritto soggettivo perfetto.

Detta ricostruzione è stata oggetto di numerose critiche²⁸⁸ sotto vari profili. Si è rilevato come la stazione appaltante di norma ha interesse a proseguire il rapporto contrattuale con l'originario aggiudicatario, per cui non sarebbe sufficientemente garantistico rimettere ogni decisione sulla sorte del contratto a tale parte, considerato oltretutto che, di regola, la Pubblica amministrazione più che subire, provoca le illegittimità del procedimento di evidenza pubblica. Inoltre secondo i

²⁸⁵ M. Montedoro, Illegittimità del procedimento ad evidenza pubblica e nullità del contratto d'appalto ex art. 1418, comma 1 c.c.: una radicale "svolta" della giurisprudenza tra luci ed ombre, in Foro Amm. TAR, 2002, 2591. In giurisprudenza segue questa tesi anche Cons. Stato, Sez. V, 28 maggio 2004, n. 3465, in Giust. civ., 2005, I, 2205.

²⁸⁶ M.S. Giannini, op. cit., 846.

²⁸⁷ Sandulli, *Deliberazione di negoziare e negozio di diritto privato* della P.A., in Riv. trim. dir. proc. civ., 1965, 1 ss.

²⁸⁸ In dottrina, ex multis, v. F. Caringella, Annullamento della procedura di evidenza a monte e sorte del contratto a valle: patologia o inefficacia, in Corr. giur., 2004, 670-671; S. Tassone, Illegittimità della procedura di evidenza pubblica e sorte del contratto privatistico medio tempore stipulato, in Giur. It., 2006, I, 415; L. Pattonelli, Annullamento degli atti di gara e sorte del contratto, in Urb. e app., 2008, 322.

principi generali il contratto annullabile è suscettibile di convalida ex art. 1444 c.c., ovvero di ratifica ai sensi dell'art. 1399 c.c. Ma soprattutto tale impostazione non è in grado di apprestare alcuna tutela al concorrente illegittimamente pretermesso²⁸⁹, essendo il frutto di un'ormai superata concezione verticistica della Pubblica amministrazione - intesa quale unico soggetto deputato alla cura dell'interesse pubblico e in posizione di privilegio rispetto ai privati - che trascura l'evoluzione della normativa sugli appalti pubblici sotto la spinta del diritto europeo.

È stato sottolineato come le disposizioni di derivazione comunitaria sull'evidenza pubblica mirano a tutelare un interesse anche trascendente quello specifico del contraente pubblico, in quanto collegato al valore imperativo della libera concorrenza e del mercato²⁹⁰, comprensivo dell'interesse di ciascun operatore economico di partecipare alla gara pubblica in condizioni di *par condicio*. In questa nuova prospettiva, le norme sugli appalti pubblici plasmano un complesso rapporto in cui la Pubblica amministrazione aggiudicatrice è soggetto in certa misura passivo, obbligato all'osservanza di regole volte alla tutela non solo dell'efficienza e del buon andamento della propria azione attraverso la scelta del miglior contraente con il maggior risparmio di spesa, ma anche della libertà competitiva delle singole imprese di giocare le proprie *chances* all'interno di una procedura trasparente e corretta. Sarebbe riduttivo pertanto qualificare sul piano civilistico la procedura di gara come manifestazione complessa della volontà negoziale della parte pubblica, sì da dar luogo ad un contratto annullabile su iniziativa della sola Pubblica amministrazione²⁹¹.

Più aderente alla matrice comunitaria delle regole sull'evidenza pubblica appare la tesi secondo cui dall'annullamento dell'aggiudicazione deriverebbe la nullità del

²⁸⁹ Al fine di ovviare alla carenza di tutela del soggetto illegittimamente escluso dalla gara, alcune pronunce (tra le quali, v. TAR Piemonte, 30 gennaio 2007, n. 464, in *Foro amm. TAR*, 2007, 14) hanno prospettato la tesi dell'annullabilità "assoluta" del contratto, per cui la titolarità della relativa azione va estesa anche al soggetto che ha interesse all'aggiudicazione dell'appalto.

²⁹⁰ Corte cost., 23 novembre 2007, n. 401, in *Riv. giur. ed.*, 2008, 101.

²⁹¹ Per tali considerazioni, v. Cons. Stato, Sez. VI, 5 maggio 2003, n. 2332, in *Urb. e app.*, 2003, 999, con nota di Montedoro, *I rapporti tra evidenza pubblica e contratto di appalto*.

contratto per violazione di norme imperative ex art. 1418 comma 1 c.c.²⁹². Si evidenzia²⁹³, infatti, come la natura delle norme sugli appalti pubblici sia inderogabile, essendo volta allo sviluppo interno ed europeo di un mercato dei contratti, attraverso la fissazione di regole per la valutazione comparativa delle offerte dei concorrenti.

Un differente inquadramento teorico all'interno di detto orientamento si rinviene in quelle pronunce²⁹⁴ secondo cui l'illegittimità inficiante la procedura di selezione del contraente impedirebbe la formazione dell'accordo contrattuale tra le parti, cosicché il contratto risulterebbe nullo per mancanza del consenso ex artt. 1418 comma 2 e 1325 n. 1 c.c. Secondo questa corrente giurisprudenziale, i vari atti di gara sarebbero riconducibili entro gli schemi privatistici delle trattative e della formazione del contratto, per cui il bando andrebbe equiparato all'offerta al pubblico, le offerte dei concorrenti alla proposta contrattuale ed il provvedimento di aggiudicazione all'accettazione da parte della P.A. della proposta contenuta nell'offerta migliore²⁹⁵.

Minoritaria è la tesi²⁹⁶, secondo cui il contratto sarebbe nullo per mancanza di causa ex artt. 1418 comma 2 e 1325 n. 2 c.c. per violazione del principio di necessaria copertura finanziaria. Secondo certa dottrina²⁹⁷, il contratto sarebbe

²⁹² In dottrina, sostengono tale tesi, tra gli altri, Cerulli Irelli, *L'annullamento dell'aggiudicazione e la sorte del contratto*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2002, 1195; G. Coraggio, *Effettività del giudicato e invalidità del contratto stipulato a seguito di aggiudicazione illegittima*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2003, 776. In giurisprudenza, v. Cons. Stato, Sez. V, 5 marzo 2003, n. 1218, in *Foro amm. CDS*, 2003, 959, con nota di Ieva; TAR Veneto, Sez. I, 3 settembre 2003 n. 4608, in *Serv. Pubblici e appalti*, 2004, 187; TAR Veneto, Sez. I, 3 novembre 2003, n. 5462, in *Foro amm. TAR*, 2003, 3198; cfr. inoltre TAR Milano, Sez. III, 5 dicembre 2002, n. 4724, *ivi*, 2002, 3900, la quale sostiene la nullità del contratto per violazione dell'ordine pubblico economico.

²⁹³ M. Immordino, *L'attività contrattuale della P.A.*, in *Diritto Amministrativo*, a cura di F.G. Scoca, Torino, 2008, 469.

²⁹⁴ Cass., Sez. III, 9 febbraio 2002, n. 193, in *Mass. Giur. It.*, 2002. In dottrina, V. Lopilato, *Vizi della procedura di evidenza pubblica e patologie contrattuali*, in *Foro Amm. TAR*, 2006, 1519.

²⁹⁵ Secondo M. Giavazzi, *L'effetto invalidante del vizio del procedimento di evidenza pubblica sull'attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2005, 1068, il contratto sarebbe nullo per mancanza del consenso del privato contraente, dovendo l'aggiudicazione ricostruirsi in termini di cristallizzazione dell'impegno unilaterale del privato a mantenere ferma la propria proposta, a fronte del diritto potestativo della P.A. di riservarsi sull'accettazione sino alla stipula del contratto secondo lo schema del patto di opzione di cui all'art. 1331 c.c.

²⁹⁶ TAR Puglia, Sez. II, 2 maggio 2004, n. 2775, in *Foro amm. TAR*, 2004, 1546.

²⁹⁷ Sul punto, v. L.V. Moscarini, *Vizi del procedimento e invalidità o inefficacia del contratto*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2004, 603.

nullo per l'impossibilità di realizzare la causa in concreto, ravvisata nella funzione di scambio non tanto tra la prestazione pattuita (opera, fornitura o servizio) ed il corrispettivo, quanto piuttosto tra detta prestazione e l'utilizzazione del pubblico denaro ad esso finalizzata attraverso lo stanziamento dei fondi e l'impegno di spesa.

Infine, parte della dottrina²⁹⁸ ritiene che l'annullamento dell'aggiudicazione comporti l'illiceità, ovvero l'impossibilità dell'oggetto del contratto, determinandone la nullità ex artt. 1418 comma 2 e 1346 c.c., in quanto il rispetto delle norme sull'evidenza pubblica definisce e rende lecito, ovvero possibile, l'oggetto del contratto. Pur a fronte delle differenti soluzioni prospettate, unitario appare il consenso della dottrina e della giurisprudenza ora citate sulle conseguenze derivanti dalla nullità del contratto: legittimazione assoluta, da parte di chiunque vi abbia interesse, ed anche *ex officio*, all'azione di nullità (art. 1421 c.c.); imprescrittibilità della stessa (art. 1422 c.c.); natura dichiarativa della pronuncia; travolgimento *ex tunc* del contratto e degli effetti *medio tempore* prodotti, con conseguenti obblighi restitutori e ripristinatori; insanabilità ed inammissibilità di convalida (1423 c.c.).

È evidente l'intento che muove i fautori di tale tesi: apprestare una tutela effettiva al concorrente illegittimamente pretermesso, che abbia ottenuto l'annullamento della gara, attraverso il riconoscimento di ampi poteri di rilevazione di tale patologia in ogni stato e grado del processo amministrativo, anche d'ufficio.

Tuttavia, per quanto apprezzabile sia l'esigenza perseguita da detto orientamento, lo stesso non è andato esente da critiche²⁹⁹: innanzitutto è stato rilevato come secondo gli schemi civilistici sia difficilmente inquadrabile tra le cause di nullità, l'annullamento dell'aggiudicazione, vicenda che, lungi dal configurare un difetto genetico del contratto in grado di inficiarne *ad origine* l'idoneità a produrre effetti

²⁹⁸ Sostiene tale tesi, Oberdan Forlenza, *Ribadito il principio della chance risarcibile se la lesione è certa e non solo probabile*, in *Guida dir.*, 2008, 13, 113-114) la quale richiama le argomentazioni espresse sul punto da Cass., Sez. Un., 11 febbraio 1982, n. 835, in *Foro it.*, 1983, I, 1081 e Cass., Sez. I, 4 settembre 1985, n. 3551, in *Resp. civ. prev.*, 1986, 48.

²⁹⁹ L. Pattonelli, *Annullamento degli atti di gara e sorte del contratto*, cit., 324; S. Tassone, *Illegittimità della procedura di evidenza pubblica e sorte del contratto*, cit., 416.

giuridici, si pone piuttosto come un evento sopravvenuto ed esterno alla struttura del medesimo.

In secondo luogo è stato evidenziato come sul piano processuale, il regime della nullità sia incompatibile con le regole tradizionali del giudizio di annullamento dinnanzi al giudice amministrativo: l'inoppugnabilità dei provvedimenti amministrativi non tempestivamente fatti oggetto di ricorso stride con la generale inammissibilità di convalida del contratto nullo; la necessaria impugnazione entro il termine di decadenza degli atti di gara al fine di ottenerne l'annullamento da parte dei soli soggetti legittimati al ricorso non collima con i caratteri fondamentali della nullità, quali la rilevabilità d'ufficio, la legittimazione assoluta e l'imprescrittibilità. Sotto quest'ultimo profilo si è altresì sottolineato come la proponibilità in ogni tempo e da parte di chiunque dell'azione di nullità, si risolverebbe in una lesione della certezza dei rapporti giuridici e dell'affidamento dell'aggiudicatario sulla stabilità e sul consolidamento dell'assetto dei propri interessi derivante dall'appalto, esponendo *sine die* il contratto al rischio di essere travolto con efficacia retroattiva. Nel tentativo di coordinare i tratti caratteristici dell'azione di nullità con le regole del giudizio amministrativo, certa giurisprudenza³⁰⁰ ha riproposto la tesi della nullità per mancanza dell'accordo, sulla base della natura ancipite dell'aggiudicazione – al contempo provvedimentale e negoziale – apportando in via interpretativa alcuni correttivi al regime civilistico di tale invalidità. Dette pronunce hanno riaffermato la necessaria pregiudizialità della tempestiva domanda di annullamento dell'aggiudicazione rispetto all'azione di nullità, restringendone la legittimazione attiva in capo al ricorrente, ed escludendone la rilevabilità d'ufficio, onde evitare un inammissibile sindacato del giudice amministrativo sull'atto amministrativo non fatto oggetto di apposita impugnativa. Come bene è stato notato³⁰¹ (20), questo indirizzo elabora una sorta di nullità relativa, dimostrando di seguire la moderna tendenza di alcuni settori dell'ordinamento civile, soprattutto di derivazione comunitaria, alla creazione di speciali forme di nullità c.d. di

³⁰⁰ C.G.A. Sicilia, 8 marzo 2005, n. 104, in *Cons. Stato*, 2005, I, 548; Cons. Stato, Sez. IV, 21 maggio 2004, n. 3355, in *Foro it.*, 2005, III, 551.

³⁰¹ L. Pattonelli, *loc. cit.*

protezione³⁰², connotate da una legittimazione ristretta, in quanto poste a tutela dell'interesse del contraente debole, ed in via indiretta della trasparenza, correttezza ed equilibrio del mercato concorrenziale. Peraltro una simile operazione ermeneutica, procedendo all'applicazione per analogia di norme contenute in codici settoriali, aventi carattere speciale, è vietata, stante la natura eccezionale delle disposizioni *de quibus*. Solo il legislatore può prevedere espressamente forme di nullità a regime speciale, ed in assenza di norme siffatte, non è consentito all'interprete³⁰³ di crearne di nuove. Infine, in ordine alla tesi della nullità virtuale, è stata ritenuta sintomatica di una certa "ipertrofia comunitaria"³⁰⁴, l'ascrizione generalizzata delle regole sull'evidenza pubblica al novero delle norme imperative a prescindere da una valutazione contenutistica della prescrizione violata nel caso concreto. Detta critica coglie nel segno, soprattutto se si considera che, applicando le norme generali sul procedimento amministrativo di cui alla l. n. 241 del 1990, come di recente novellate, bisogna convenire che non ogni illegittimità della procedura di evidenza pubblica porta necessariamente ad una pronuncia di annullamento degli atti di gara: l'art. 21-*octies* comma 2 l. cit., esclude che i vizi meramente formali del procedimento siano causa di invalidità dell'atto amministrativo; inoltre l'art. 21-*nonies* comma 2 l. cit. consente alla P.A. di procedere alla convalida del provvedimento annullabile, qualora sussistano ragioni di interesse pubblico e purché tale sanatoria intervenga entro un termine ragionevole³⁰⁵.

³⁰² Qual è ad esempio la nullità che colpisce le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori ex artt. 33, 34 e 36 d.lgs. n. 206 del 2005; nullità di protezione si rinvencono altresì all'art. 7 d.lgs. n. 231 del 2002 sui ritardi nei pagamenti; all'art. 9 l. n. 192 del 1998 c.d. legge sulla subfornitura; all'art. 23 T.u.f. ed all'art. 127 T.u.b.

³⁰³ Tenta tale analogia L.V. Moscarini, Vizi del procedimento, cit., 605, 611. Contra, F.G. Scoca, Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto, in Foro Amm. TAR, 2007, 804.

³⁰⁴ Sul punto, v. F. Cintoli, Annullamento dell'aggiudicazione, buona fede e metodo giuridico, in Dir. e form., 2003, 1145; S. Fantini, Gli effetti sul contratto dell'annullamento dell'aggiudicazione: profili di effettività della tutela giurisdizionale, in Urb. E app., 2003, 751.

³⁰⁵ Si sofferma sugli artt. 21-*octies* e 21-*nonies* l. n. 241 del 1990, introdotti dall'art. 14 l. n. 15 del 2005, C. Marrone, *L'invalidità del provvedimento amministrativo e i suoi riflessi nelle procedure ad evidenza pubblica sul contratto concluso dalla P.A. con l'aggiudicatario*, in Riv. Trim. dir. amm., 2006, 311, il quale nota come la situazione soggettiva del privato, laddove effettivamente lesa, sia divenuta ormai misura e limite del potere caducatorio, e come di conseguenza tali articoli restringano l'area delle illegittimità, con l'introduzione dell'atto solo irregolare, per il quale le

È stato notato³⁰⁶ come le disposizioni appena richiamate, assicurando la conservazione del provvedimento, ancorché adottato *contra legem*, abbiano trasformato il giudizio del giudice amministrativo da un processo di tipo caducatorio in un giudizio volto alla verifica della spettanza del bene della vita. A seguito della dequotazione dei vizi formali del procedimento amministrativo di cui alla l. n. 241 del 1990, il contratto di appalto dovrebbe ritenersi salvo in tutti quei casi in cui le illegittimità della procedura di evidenza pubblica non abbiano inciso sul contenuto dell'offerta presentata dall'aggiudicatario: in presenza di mere irregolarità, se persino l'aggiudicazione non è annullabile, sarebbe sproporzionato ritenere nullo il contratto per contrarietà alle norme sull'evidenza pubblica, in virtù della natura imperativa delle stesse, senza verificare la concreta incidenza causale delle prescrizioni violate rispetto all'assetto di interessi formatosi a valle della procedura.

Gli aspetti critici che la tesi della nullità non permette di superare, hanno indotto la giurisprudenza a spostare dal piano della validità a quello dell'efficacia l'indagine sulle conseguenze del contratto derivanti dall'annullamento dell'aggiudicazione.

Secondo la tesi della c.d. caducazione automatica³⁰⁷, l'annullamento dell'aggiudicazione pone nel nulla l'intero effetto-vicenda da essa derivato, a cominciare dal contratto di appalto, che non ha alcuna autonomia propria e non costituisce la fonte dei diritti ed obblighi tra le parti, ma, assumendo il valore di mero atto formale e riproduttivo dell'accordo già concluso, è destinato a subire gli effetti del vizio che inficia il provvedimento cui è inscindibilmente collegato e a restare automaticamente ed immediatamente caducato, senza necessità di pronunce costitutive del suo cessato effetto o di atti di ritiro della Pubblica amministrazione. Occorre precisare che si tratta di un orientamento consolidato, formatosi sulla base della disposizione di cui all'art. 16 comma 4 r.d. n. 2440 del

violazioni di legge verificatesi nel corso del procedimento non incidono sulla validità dell'atto finale.

³⁰⁶ D. Galli, *Gara virtuale e satisfattività della tutela*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, 772.

³⁰⁷ Cass., Sez. I, 26 maggio 2006, n. 12629, in *Riv. Trim. app.*, 2007, 213; Cass., Sez. Un., 28 novembre 2007, n. 24658, in *Urb. App.*, 2008, 58.

1923, secondo cui i verbali di aggiudicazione definitiva in seguito ad incanti pubblici o a private licitazioni equivalgono per ogni effetto legale al contratto. Benché la norma ora richiamata sia dettata in materia di contratti e contabilità dello Stato, la giurisprudenza ne ha tratto un principio di portata generale, applicabile alle gare esperite anche da altri enti pubblici. Come ben è stato sottolineato in dottrina³⁰⁸, il limite di operatività della tesi della caducazione automatica del contratto risiede proprio nell'ambito applicativo dell'art. 16 comma 4 r.d. cit., in quanto vi rimarrebbero estranee tutte le ipotesi in cui per volontà della stazione appaltante, o per il concorso di altre norme, non vi sia coincidenza tra provvedimento di aggiudicazione e contratto, venendo in concreto rinviata la genesi del rapporto negoziale alla formale stipulazione dell'appalto. La giurisprudenza sia del Consiglio di Stato che della Corte di Cassazione³⁰⁹, ha infatti riconosciuto il carattere dispositivo della norma in esame, sicché l'amministrazione sarebbe libera di procedere alla stipulazione del contratto. Del resto nella prassi ciò avviene per la maggior parte degli appalti aggiudicati dagli enti locali e dagli altri enti non statali, grazie all'inserimento nei disciplinari di gara di una deroga espressa all'art. 16 r.d. cit. Ma a ben vedere anche quei ristretti margini di operatività di siffatta regola devono ritenersi oggi ulteriormente ridotti - se non azzerati completamente³¹⁰ - per effetto della più recente normativa in materia di contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture di cui al d.lgs. n. 163 del 2006: l'art. 11 comma 7 del Codice degli appalti pubblici esclude espressamente che l'aggiudicazione definitiva equivalga ad accettazione dell'offerta³¹¹, rendendo necessaria ed ineludibile la stipulazione del contratto di

³⁰⁸ T. Ruiu, La Cassazione torna sul tema della sorte del contratto di appalto per effetto dell'annullamento dell'aggiudicazione: la teoria della caducazione automatica e la tutela del contraente "illegittimo", in Riv. trim. app., 2007, 233

³⁰⁹ Cons. Stato, 29 ottobre 2002, n. 5903, in Foro amm. CDS 2002, 2385; Cons. Stato, 18 aprile 2001, n. 2331, ivi, 2001, 874; Cons. Stato, 21 maggio 1982, n. 419, in Arch. Giur. op. pubb. 1982, 113; Cass., Sez. Un., 11 giugno 1998, n. 5807, in App. urb. ed., 1999, 478.

³¹⁰ A seguito dell'emanazione del Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs n. 163 del 2006 e s.m., il superamento dell'orientamento sopra riportato è stato riconosciuto dalle stesse Sezioni Unite della Corte di Cassazione, sia pur a livello di *obiter dictum*: v. Cass., Sez. Un., 23 aprile 2008, n. 10443, in *Urb. App.*, 2008, 1088.

³¹¹ Peraltro, il superamento della regola dell'equivalenza dell'aggiudicazione al contratto, era già avvenuto con il sistema normativo delineato dalla disciplina degli appalti di opere pubbliche di cui alla l. n. 109 del 1994 e al d.P.R. n. 554 del 1999. La stessa Autorità per la vigilanza sui lavori

appalto. Ne consegue la necessità di un'attenta revisione della tesi della caducazione automatica del contratto, onde verificare se i fondamenti su cui poggia non risultino ormai privi di attualità. Un'operazione simile sembra essere stata compiuta da alcune recenti pronunce³¹², le quali hanno fondato la tesi della caducazione automatica su un'interpretazione *a contrario* dell'art. 246 comma 4 d.lgs. n. 163 del 2006. Detta disposizione³¹³ esclude espressamente la caducazione del contratto quale conseguenza dell'annullamento dell'aggiudicazione limitatamente agli appalti relativi alle infrastrutture strategiche, ammettendo in tali casi che il risarcimento del danno avvenga solo per equivalente. Dal carattere eccezionale di tale norma, dettata unicamente per gli appalti di grandi opere, la giurisprudenza amministrativa ricava *a contrario* che la caducazione automatica del contratto debba considerarsi la regola valevole per tutti gli appalti ordinari, configurando la stessa quale "nuovo istituto descrittivo di una situazione di inefficacia successiva del contratto, discendente *ipso iure* da un fatto posteriore alla sua conclusione". Anche in dottrina vi è chi³¹⁴ aderisce a detta impostazione, ritenendo che il legislatore, sia pur con tecnica discutibile, ha inteso introdurre una nuova categoria, quella appunto del contratto caducabile, stipulato in forza di un'aggiudicazione illegittima, i cui effetti sarebbero dotati di una stabilità relativa, essendo destinati a venire retroattivamente meno, ove la loro fonte venga travolta a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione, potendo viceversa consolidarsi a partire dal momento in cui l'aggiudicazione diventi

pubblici, era intervenuta sulla questione, con la determinazione n. 24 del 2 ottobre 2002, rilevando che, avendo l'art. 109 d.P.R. n. 554 del 1999 imposto alla stazione appaltante dei termini entro cui la stipula del contratto deve avvenire, il vincolo contrattuale deve considerarsi instaurato con la stipula del contratto e non più con il solo verbale di aggiudicazione. V. inoltre, sull'art. 4 d.l. n. 490 del 1994 in materia di informazioni antimafia, M.G. Vivarelli, *Le conseguenze dell'annullamento della gara pubblica*, in *Riv. Trim. app.*, 2008, 199-200.

³¹² T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, 8 maggio 2008, n. 1370, in *Urb. App.*, 2008, 1026; TAR Puglia, Bari, sez. I, 29 marzo 2007, n. 945, *ivi*, 2007, 1143.

³¹³ Detta norma presenta una evidente somiglianza con l'ormai abrogato art. 14 comma 2 d.lgs. n. 190 del 2002 adottato in attuazione dell'art. 1 comma 2 lett. n. 1. n. 443 del 2001 per la realizzazione delle infrastrutture e degli insediamenti produttivi strategici e di interesse nazionale. Tuttavia, tra le due norme vi è una differenza che non sembra solo lessicale, in quanto l'art. 14 comma 2 d.lgs. n. 190 del 2002 escludeva la "risoluzione" del contratto per effetto dell'annullamento dell'aggiudicazione, mentre il vigente art. 246 comma 4 d.lgs. n. 163 del 2006 parla di "caducazione".

³¹⁴ L. Garofalo, La figura legislativa della caducazione del contratto, in *Urb. app.*, 2008, 1032

inoppugnabile e non più suscettibile di rimozione da parte dell'amministrazione ex art. 21-*nonies* l. n. 241 del 1990. Tuttavia questa tesi prova troppo, considerato che - come è stato evidenziato dal Consiglio di Stato nel parere reso sullo schema al Codice dei contratti pubblici³¹⁵ - il d.lgs. n. 163 del 2006 non si occupa della sorte del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione. Inoltre, se si guarda alla genesi storica della norma *de qua* e alla sua collocazione sistematica, appare chiaro come la stessa abbia una portata processuale, piuttosto che carattere sostanziale. Ed infatti tale articolo³¹⁶ rappresenta diretta attuazione delle previsioni di cui alle direttive c.d. ricorsi in materia di appalti pubblici nei settori ordinari (dir. n. 89/665/CEE, art. 2.6) e nei settori speciali (dir. n. 92/13/CEE, art. 2.6)³¹⁷, in forza delle quali gli Stati Membri sono liberi di prevedere delle eccezioni alla regola secondo cui l'intervenuta stipulazione del contratto non deve essere di ostacolo alla possibilità per l'organo giudicante di accordare una reintegrazione in forma specifica in favore del ricorrente nel caso di annullamento dell'aggiudicazione³¹⁸.

Il diritto nazionale, in presenza di esigenze imperative connesse ad un interesse generale, può contemplare casi in relazione ai quali gli effetti del contratto vengano mantenuti sebbene l'appalto sia stato aggiudicato illegittimamente. Più corretta appare quindi l'interpretazione della norma in esame secondo cui, nella normalità dei casi, e cioè al di fuori dello speciale ambito delle grandi opere, la conclusione del contratto non deve costituire un limite al risarcimento del danno in forma specifica per il ricorrente che abbia ottenuto l'annullamento

³¹⁵ Consiglio di Stato, Ad. Gen., 6 febbraio 2006, n. 355 in Foro amm., Cons. di Stato, 2006, 600. Sul tema, v. F. G. Scoca, Annullamento, cit., 798, nt. 3; S.R. Masera, Annullamento in autotutela di aggiudicazione e caducazione del contratto, in Urb. App., 2007, 1150.

³¹⁶ Così come l'abrogato art. 14 comma 2 d.lgs. n. 190 del 2002 nella disciplina delle infrastrutture strategiche previgente al Codice dei contratti pubblici.

³¹⁷ Tale facoltà per gli Stati Membri, è ora prevista dall'art. 2-quinquies.3 della direttiva 89/665/CEE, come novellata dall'art. 1 della nuova direttiva ricorsi 2007/66/CE e dall'art. 2-quinquies.3 della direttiva 92/13/CE, come novellata dall'art. 2 della nuova direttiva ricorsi 2007/66/CE.

³¹⁸ Siffatto principio è stato ribadito dalla stessa Corte di Giustizia: v. CGCE, sez. VI, 28 ottobre 1999, C-81/98, Alcatel Austria v. Bundes Ministerium fur Wissenschaft und Verkehr, in Edil. E terr., 1999, 45, 62; più di recente, v. CGCE, 3 aprile 2008, C- 444/06, Commissione v. Spagna, in Public Procurement Law Review, 2008, NA212, con nota di M. Oder, Requirements of effective remedies prior to the conclusion of a contract: a note on the judgement of the Court of Justice in Commission v. Spain.

dell'aggiudicazione³¹⁹. In ultima analisi l'art. 246 comma 4 d.lgs. n. 163 del 2006, in accordo con la sua stessa rubrica, reca «norme processuali ulteriori per le controversie relative ad infrastrutture e insediamenti produttivi», e non la disciplina di un nuovo istituto, quale la caducazione del contratto, che oltretutto non è nemmeno espressamente previsto dal testo della norma. Secondo altra tesi, seguita dalla giurisprudenza amministrativa maggioritaria³²⁰, l'annullamento dell'aggiudicazione determina l'inefficacia sopravvenuta del contratto. Questo orientamento, prendendo le mosse dall'indirizzo favorevole alla caducazione del contratto - essendo basato sul comune presupposto del legame inscindibile tra provvedimento amministrativo e contratto - ne rappresenta un ulteriore sviluppo, volto ad apportare dei temperamenti all'automatismo degli effetti caducanti derivanti dall'annullamento dell'aggiudicazione secondo l'impostazione tradizionale. Ed infatti si ribadisce che: «atteso il rapporto di consequenzialità necessaria che sussiste tra la procedura di gara e l'appalto successivamente stipulato, derivante dalla preordinazione funzionale, esistente tra aggiudicazione e contratto, deve condividersi la tesi dell'efficacia caducante dispiegata dall'annullamento del provvedimento di aggiudicazione nei riguardi del contratto stipulato *inter partes*, il quale non risulterà invalidato dalla demolizione dell'aggiudicazione, bensì privato di efficacia per l'incidenza *ad externo* di interessi giuridici di rango poziore, incompatibili con l'interesse interno negoziale». Tale inefficacia successiva - che deve formare oggetto di mera declaratoria da parte dello stesso giudice amministrativo che pronuncia l'annullamento dell'atto viziato - opera allorché l'appalto pienamente valido ed efficace al momento della sua stipula, diviene inefficace per il sopravvenire di una ragione nuova, a causa della quale il programma negoziale subisce una inidoneità non di tipo genetico, bensì funzionale. Questa impostazione applica al contratto il meccanismo operativo, tipicamente pubblicistico, della c.d. illegittimità

³¹⁹ Tale interpretazione è seguita, sia pur in riferimento al previgente art. 14 d.lgs. n. 190 del 2002, da M. De Palma, La responsabilità nelle gare d'appalto, in La responsabilità civile della P.A., diretta da F. Caringella-M. Protto, III, Torino, 2005, 1229.

³²⁰ Cons. Stato, sez. V, 12 febbraio 2008, n. 490, in Guida dir., 2008, 101; TAR Veneto, sez. I, 14 maggio 2007, n. 1461, in Riv. Trim. App., 2008, 273; Cons. Stato, sez. V, 28 maggio 2004, n. 3465, cit.

derivata³²¹, per cui in virtù del nesso di presupposizione tra atti, l'annullamento del provvedimento comporta il venir meno dell'atto successivo consequenziale, sebbene *ex se* conforme al referente normativo, per riflesso dell'illegittimità del primo. A confutazione dell'autorevole opinione³²² per cui il nesso di presupposizione non può operare tra atti aventi natura eterogenea, quali l'aggiudicazione ed il contratto, la giurisprudenza del Consiglio di Stato elabora un interessante parallelismo tra il rapporto di necessaria consequenzialità tra atti amministrativi ed il fenomeno del collegamento negoziale, basato sul comune principio di cui all'antico brocardo "*simul stabunt, simul cadent*": anche nel diritto civile, in virtù del nesso inscindibile di connessione che avvince i contratti collegati in via necessaria, la perdita di efficacia del contratto principale, non ingenera un'ipotesi di invalidità degli altri negozi, ma innesca un fenomeno di inefficacia delle fattispecie da esso derivanti che non possono sopravvivere orfane delle altre tessere del mosaico negoziale. A sostegno di questa tesi i giudici di Palazzo Spada, richiamano casi ove il nesso di consequenzialità è pacificamente riconosciuto in relazione ad atti di natura eterogenea, come, ad esempio, tra regolamento normativo e provvedimento amministrativo, o tra accordo endoprocedimentale e provvedimento finale, o tra sentenza e provvedimento adottato dalla P.A. in ottemperanza alla stessa, i quali dimostrano come sia rilevante non solo il legame endoprocedimentale, ma anche il collegamento esterno di tipo logico-giuridico tra atti non appartenenti alla medesima seriazione procedimentale. Certa dottrina³²³ ha aderito a tale orientamento, tentando di ricostruire in via interpretativa il regime giuridico dell'inefficacia, nella

³²¹ Sulla distinzione all'interno dell'illegittimità derivata tra invalidità ad effetto caducante ed invalidità ad effetto viziante, v. Cons. Stato, Ad. Plen., 19 ottobre 1955, n. 17, in Cons. Stato, 1955, I, 990; C. Stato, sez. V, 8 agosto 2005, n. 4207, in Foro amm. CDS, 2005, 2262; Cons. Stato, sez. VI, 17 maggio 2006, n. 2846, *ivi*, 2006, 1531; Cons. Stato, sez. V, 28 marzo 2008, n. 1331, in Urb. App., 2008, 781.

³²² M. Montedoro, *Illegittimità del procedimento ad evidenza pubblica e nullità del contratto d'appalto ex art. 1428, comma 1 c.c. Una radicale svolta della giurisprudenza tra luci ed ombre*, in Foro Amm., 2002, 2600; Sticchi Damiani, *La nozione di appalto pubblico*, Milano, 1999, 76.

³²³ P. Gallo, *Consiglio di Stato e Corte di Cassazione finalmente d'accordo?*, in Urb. App., 2008, 1150, individua le regole applicabili all'inefficacia: mancata produzione di effetti; non rilevanza d'ufficio, ma ad esclusiva iniziativa dei contraenti; non opponibilità nei confronti dei terzi; suscettibilità di sanatoria, ma non di conversione; se parziale, non estensibilità all'intero contratto.

consapevolezza che non prevedendo il codice civile una disciplina *ad hoc*, la legge potrebbe sempre disporre diversamente rispetto alle regole enucleate.

In particolare questa dottrina concorda con quella giurisprudenza³²⁴ che ritiene l'inefficacia un rimedio a legittimazione relativa, invocabile solo dal ricorrente illegittimamente pretermesso che abbia impugnato l'aggiudicazione, a differenza dell'inefficacia derivante dalla mancata approvazione del contratto, che può essere richiesta dalle parti contraenti, ha valore assoluto, opera *erga omnes* e comporta il travolgimento *ex tunc* degli eventuali diritti acquisiti *medio tempore* dai terzi. Si precisa infatti che l'approvazione è una *condicio iuris* dell'accordo, essendo inserita nel contratto in via imperativa dalla legge a tutela di esigenze di ordine generale, mentre l'aggiudicazione, lungi da costituire un presupposto legale di efficacia del contratto, conferisce alla Pubblica amministrazione la legittimazione a negoziare, sicché il suo annullamento pone la stazione appaltante nella condizione di aver stipulato *iniure*, priva della legittimazione che gli è stata conferita dal precedente provvedimento amministrativo. Si ribadisce come non venga in gioco l'annullabilità dell'appalto, bensì la sua inefficacia, in quanto nei contratti ad evidenza pubblica gli atti della serie pubblicistica incidono sull'efficacia del contratto, non sulla sua validità.

A differenza della tesi della caducazione, vengono introdotti dei temperamenti all'automatismo degli effetti derivanti sul contratto dall'annullamento dell'aggiudicazione, dando rilievo ora all'interesse del privato contraente al mantenimento del vincolo contrattuale qualora sia stato in buona fede ed abbia fatto affidamento senza sua colpa nella legittimità della procedura di gara, ora all'interesse della stessa Pubblica amministrazione a che l'esecuzione, se in fase ormai avanzata, sia regolarmente completata, qualora il subentro del ricorrente vittorioso nel contratto sia impossibile o risulti eccessivamente oneroso per l'interesse pubblico.

³²⁴ Cons. Stato, sez. V, 28 settembre 2005, n. 5196, in *Giur. it.*, 2006, I, 413; Cons. Stato, sez. IV, 27 ottobre 2003, n. 6666, cit., 85; Cons. Stato, sez. VI, 18 giugno 2002, n. 3338, in *Foro Amm.*, *CdST.*, 2002, 1506; Cons. Stato, sez. IV, 14 giugno 2001, n. 3169, in *Riv. giur. ed.*, 2001, I, 944.

Quanto a quest'ultimo correttivo, è stato sottolineato³²⁵ come a fronte di un'integrale esecuzione del contratto, il subentro nel rapporto da parte del ricorrente vittorioso, potrebbe costituire addirittura un pregiudizio per l'economia nazionale ex art. 2933 comma 2 c.c., secondo il principio per cui l'opera pubblica realizzata non può essere distrutta, sicché in tali casi, nell'impossibilità di accordare al concorrente illegittimamente pretermesso una reintegrazione in forma specifica, allo stesso spetterà il mero risarcimento per equivalente ex art. 2058 c.c. In ordine al primo temperamento, detta giurisprudenza ritiene applicabili per analogia le disposizioni del codice civile di cui agli artt. 23 comma 2 e 25 comma 2 c.c.³²⁶, concernenti la salvezza degli acquisti fatti dai terzi in buona fede in base ad atti compiuti in esecuzione di delibere successivamente annullate assunte da persone giuridiche, rilevando come la Pubblica amministrazione sia pur sempre una persona giuridica, anche se pubblica, ai sensi dell'art. 11 c.c. Si ritiene così che la regola dell'inefficacia sopravvenuta del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione sia inoperante tutte le volte in cui meriti tutela l'affidamento incolpevole riposto dall'originario aggiudicatario sulla legittimità della procedura di gara. In tali casi il privato contraente avrà diritto alla conservazione del contratto in virtù della propria buona fede, da intendersi in senso soggettivo, quale mancata consapevolezza del vizio che inficia il provvedimento di aggiudicazione da cui trae origine il proprio acquisto. La ricorrenza della buona fede nell'originario aggiudicatario andrà valutata alla luce delle circostanze concrete, dovendosi escludere, qualora questo abbia con la propria condotta partecipato alla causazione del vizio, o ne abbia avuto conoscenza.

Secondo un certo indirizzo giurisprudenziale³²⁷, in tali casi dovrebbe escludersi non solo la buona fede, ma la stessa possibilità di ritenere "terzo" rispetto alla

³²⁵ Sulla necessità di tale temperamento, sia pur in riferimento alla tesi della caducazione automatica del contratto, v. R. De Nictolis, *Il nuovo contenzioso in materia di appalti pubblici alla luce del codice dei contratti pubblici*, Milano, 2007, 151

³²⁶ In dottrina, F. Caringella, *Annullamento*, cit., 675, oltre ai citati articoli, richiama anche gli artt. 2377 comma 7 e 2391 comma 3 c.c.; F. G. Scoca, *Annullamento*, cit., 815 indica inoltre l'art. 2388 comma 5 c.c., sottolineando come nel caso in cui la stazione appaltante rivesta la forma di una S.p.A., tale norma sarà alla stessa applicabile in via diretta e non per analogia.

³²⁷ Cons. Stato n. 3355 del 2004, cit.

procedura di evidenza pubblica il contraente privato, avendo quest'ultimo partecipato alla gara, provocando o contribuendo a causare il vizio che ha dato luogo all'aggiudicazione illegittima. Quanto alla consapevolezza dell'illegittimità della procedura di gara, parte della dottrina ritiene in mala fede l'aggiudicatario in tutti i casi in cui gli venga notificato il ricorso in qualità di contro interessato prima della stipula del contratto. Alla luce dell'art. 11 comma 10 d.lgs. n. 163 del 2006, in forza del quale tra la comunicazione dell'aggiudicazione e la stipula del contratto deve intercorrere un termine di trenta giorni - si argomenta - dovrebbero circoscriversi le ipotesi in cui l'aggiudicatario possa dirsi in buona fede, ed aumentare per il concorrente pretermesso le opportunità di poter ottenere una declaratoria di inefficacia del contratto, qualora abbia la diligenza di adire le vie giudiziali prima che il contratto venga concluso³²⁸. Si è sottolineato come, la buona fede del contraente andrà valutata in riferimento non solo al momento della stipulazione del contratto, ma anche all'intera fase di formazione dell'accordo, con particolare attenzione al comportamento tenuto dal privato nello svolgimento delle trattative, prima come candidato, poi come partecipante alla gara ed infine come aggiudicatario. Secondo questa impostazione³²⁹ l'accertamento dell'opponibilità al "terzo" contraente dell'annullamento dell'aggiudicazione con conseguente declaratoria di inefficacia del contratto *medio tempore* stipulato, subordinata alla prova della mala fede dell'aggiudicatario nello svolgimento delle trattative, spetta al giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva ex art. 244 d.lgs. cit., non trattandosi di controversia relativa al contratto, ma al modo della sua formazione, coincidente sotto il profilo temporale con l'affidamento dell'appalto.

5.4. Implicazioni sulla competenza giurisdizionale in seguito all'annullamento dell'aggiudicazione

³²⁸ L. Pattonelli, *Annulamento*, cit., 326-327. L'Autrice, nota inoltre come attraverso l'accesso al rito speciale di cui all'art. 23-bis l. n. 1034 del 1971, unitamente alla possibilità di ottenere misure cautelari ex art. 246 comma 3 d.lgs. n. 163 del 2006, anche *ante causam* ai sensi dell'art. 245 comma 3 d.lgs. cit., con buone probabilità trenta giorni potranno essere sufficienti ad evitare che dalla stipula del contratto derivino conseguenze irreparabili per il ricorrente.

³²⁹ F.G. Scoca, *Annulamento*, cit., 820.

La problematica della sorte dell'appalto in caso di annullamento dell'aggiudicazione, è stata di recente oggetto di numerose pronunce proprio in tema di riparto di giurisdizione, le quali, senza occuparsi dell'individuazione del tipo di vizio da cui sarebbe affetto il contratto d'appalto sul piano sostanziale, hanno spostato l'attenzione sul profilo, non meno importante, della relativa tutela giurisdizionale. Occorre preliminarmente precisare che l'art. 244 del Codice dei contratti pubblici³³⁰ devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie, ivi comprese quelle risarcitorie, relative alle procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture, svolte da soggetti comunque tenuti nella scelta del contraente al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa comunitaria, statale e regionale. Secondo le Sezioni Unite della Corte di Cassazione³³¹, l'art. 244, nell'attribuire alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie riguardanti le procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture, conferma che, in linea di principio, rientra nella giurisdizione ordinaria lo scrutinio dei riflessi sul contratto di appalto delle irregolarità-illegittimità del procedimento amministrativo; in particolare non solo la radicale mancanza della procedura di evidenza pubblica, ma anche la successiva mancanza legale per annullamento dell'aggiudicazione, dato che il criterio di riparto non è fondato sul grado ed i profili di connessione tra dette disfunzioni ed il sistema di invalidità-inefficacia del contratto, e neppure sulla tipologia delle sanzioni civilistiche, ma unicamente sulla separazione imposta dall'art. 103 comma 1 Cost. tra il piano del diritto pubblico ed il piano negoziale, interamente retto dal diritto privato.

Tale indirizzo appare in linea con quanto statuito dalla stessa Corte costituzionale³³² in materia di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e

³³⁰ Tale norma sostituisce l'art. 6 l. n. 205 del 2000, e gli artt. 33 e 35 d.lgs. n. 80 del 1998.

³³¹ Cass., Sez. Un., 28 dicembre 2007, n. 27169, in *Foro Amm.*, 2008, 359; Cass., Sez. Un., 18 luglio 2008, n. 19805, *Urb. App.*, 2008, 1140.

³³² Corte Cost., sen. 6 luglio 2004, n. 204, in *Foro it.*, 2004, I, 2594, con nota di Travi, La giurisdizione esclusiva prevista dagli art. 33 e 34 d.lgs. n. 80/98 dopo la sentenza della Corte costituzionale 6 luglio 2004, n. 204 e di Fracchia, La parabola del potere di disporre il risarcimento: dalla "giurisdizione esclusiva" alla giurisdizione del giudice amministrativo; Corte cost., 11 maggio 2006, n. 191, in *Urb. App.*, 2006, 805, con nota di Conti, I comportamenti (buoni e cattivi) e la giurisdizione.

relativi criteri di riparto, secondo cui quando la controversia riguarda diritti soggettivi e non si colloca in alcun modo in un'area di rapporti nella quale la P.A. agisce attraverso poteri autoritativi, la cognizione della stessa appartiene al giudice ordinario. Si è da alcuni notato, peraltro, come siffatta impostazione comporti delle conseguenze negative sotto il profilo della concentrazione della tutela giurisdizionale per il concorrente escluso: lo stesso sarebbe infatti costretto, con una duplicazione di giudizi, prima ad adire il giudice amministrativo per ottenere l'annullamento dell'aggiudicazione, e poi il giudice ordinario per l'accertamento dei riflessi sull'appalto delle irregolarità-illegittimità della gara. Alcune decisioni delle Sezioni Unite³³³, pur ribadendo come la pronuncia con forza di giudicato sulla sorte dell'appalto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione spetti al giudice ordinario, tuttavia evidenziano come, qualora si contesti l'illegittimo modo in cui è stata organizzata la gara, della relativa controversia debba conoscere il giudice amministrativo, il quale potrà in via incidentale disapplicare l'aggiudicazione, ancorché non tempestivamente impugnata, e statuire sulla domanda di risarcimento anche in forma specifica avanzata dal ricorrente. La Cassazione³³⁴ esclude che vi sia pregiudizialità tra azione di annullamento e domanda risarcitoria, riconoscendo che è possibile domandare al giudice amministrativo la sola tutela risarcitoria, senza necessità di impugnare entro il termine di decadenza il provvedimento lesivo, quando vi sia collegamento con l'esercizio in concreto del potere autoritativo.

La tematica del riparto di giurisdizione in materia di appalti pubblici è stata affrontata anche dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato³³⁵, la quale, pur formalmente aderendo all'orientamento delle Sezioni Unite della Cassazione, secondo cui deve ritenersi sottratta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo la domanda volta a far accertare con efficacia di giudicato l'avvenuta caducazione del contratto a seguito dell'annullamento della gara, ha

³³³ Cass., Sez. Un., 7 novembre 2008, n. 26790, in Urb. App., 2009, 26; Cass., Sez. Un., 28 novembre 2007, n. 27187, *ivi*, 2008, 589.

³³⁴ Cass., Sez. Un., 13 giugno 2006, nn. 13659 e 13660, in Corr. merito, 2006, 1096.

³³⁵ Cons. Stato, ad. plen., 30 luglio 2008, n. 9, in Guida dir., 2008, 41, 85. Tale pronuncia è stata resa a seguito dell'ordinanza di rimessione della sezione V del Consiglio di Stato (Cons. Stato, sez. V, 28 marzo 2008, n. 1328, in Urb. App., 2008, 781).

tuttavia puntualizzato come, in sede di ottemperanza il giudice amministrativo - qualora la pubblica amministrazione non dia esecuzione spontanea al giudicato in conformità all'annullamento dell'aggiudicazione nell'ambito degli ulteriori provvedimenti che sono fatti salvi dall'art. 26 l. n. 1034 del 1971 (c.d. legge T.A.R.), il cui contenuto non può prescindere dall'effetto caducatorio del contratto stipulato - possa realizzare il contenuto conformativo della sentenza di annullamento, sostituendo, tramite la nomina di un commissario *ad acta*, il concorrente illegittimamente pretermesso nella posizione dell'aggiudicatario quale reintegrazione in forma specifica. Occorre puntualizzare come, nell'ottica dell'Adunanza Plenaria, la domanda di reintegrazione in forma specifica svolta dal concorrente pretermesso, dovendo passare attraverso una pronuncia sugli effetti del contratto derivanti dall'annullamento dell'aggiudicazione, resti estranea alla cognizione del giudice amministrativo; tuttavia tale impostazione non comporta sul piano del sistema della giustizia amministrativa alcuna diminuzione della tutela del soggetto che abbia ottenuto l'annullamento dell'aggiudicazione, in quanto la pubblica amministrazione, in presenza di una sentenza favorevole al ricorrente, ha l'obbligo di conformarsi alle conseguenze giuridiche da questa derivanti e di orientare conseguentemente la sua ulteriore azione, in modo tale che, nel caso di inosservanza o di inerzia della Pubblica amministrazione nel provvedere alla rimozione degli effetti derivanti dall'aggiudicazione illegittima, tra i quali rientra anche il contratto, l'interessato potrà instaurare il giudizio di ottemperanza. A ben vedere, l'Adunanza Plenaria recupera al giudice amministrativo quella competenza che gli sarebbe interdotta in sede di cognizione, attraverso la massima valorizzazione del giudizio di ottemperanza, facendo rientrare l'effetto caducatorio del contratto nel più generale obbligo della Pubblica amministrazione di conformarsi al giudicato di annullamento dell'aggiudicazione, sicché in caso di mancata rilevazione da parte della stazione appaltante della sopravvenuta inefficacia del contratto in esecuzione della sentenza, il giudice amministrativo in sede di ottemperanza potrà sanzionare detta violazione/elusione del giudicato e, attraverso la nomina di un commissario *ad acta*, disporre la sostituzione del ricorrente all'originario aggiudicatario quale reintegrazione in

forma specifica. Tale orientamento si inserisce in un preciso filone della giurisprudenza del Consiglio di Stato³³⁶, volto alla massima estensione dei poteri del giudice dell'ottemperanza, secondo la teorica del c.d. giudicato progressivo. Secondo questo indirizzo, il giudice amministrativo in sede di ottemperanza ha il potere di integrare ed attuare il contenuto della sentenza di annullamento dell'aggiudicazione, dando luogo al c.d. giudicato progressivo, potendo valutare *incidenter tantum* e senza efficacia di giudicato la validità del contratto a valle dell'aggiudicazione illegittima. A critica dell'impostazione abbracciata dall'Adunanza Plenaria, attenta dottrina rileva³³⁷ come non sia possibile sostenere l'esistenza di una giurisdizione di "esecuzione", in difetto di una giurisdizione di cognizione sulla materia, in quanto la sentenza di annullamento dell'aggiudicazione, come ribadito dalle Sezioni Unite della Cassazione, nulla può dire sulla sorte del contratto di appalto, con conseguente difetto di ogni possibile contenuto decisorio sul punto, suscettibile di passare in giudicato e formare oggetto di un futuro giudizio di ottemperanza. Come bene è stato detto, l'Adunanza Plenaria "tende a conciliare l'inconciliabile". Occorre inoltre evidenziare come nelle pronunce ora citate e nella stessa decisione dell'Adunanza Plenaria si coglie una certa ambiguità di fondo, dovuta alla sovrapposizione tra gli strumenti della esecuzione in forma specifica e della reintegrazione in forma specifica, la cui distinzione non sembra correttamente delineata. Tuttavia è bene fare chiarezza tra i due istituti, dato che hanno presupposti e funzioni differenti, come del resto messo in luce da parte della giurisprudenza amministrativa più rigorosa³³⁸, la quale ha escluso che il potere di disporre il risarcimento del danno attraverso la reintegrazione in forma specifica possa essere inteso alla stregua di

³³⁶ Cons. Stato, sez. VI, 27 novembre 2007, n. 6071, in *Urb. App.*, 2008, 753; Cons. Stato, sez. VI, 3 marzo 2008, n. 796, *ibidem*, 751.

³³⁷ V. Oberdan Forlenza, *Con l'annullamento dell'aggiudicazione può scattare il giudizio di ottemperanza*, in *Guida dir.*, 2008, 41, 94-95.

³³⁸ Per un'analisi dei diversi presupposti sottesi a risarcimento in forma specifica, giudizio di ottemperanza e azione di adempimento, v. Cons. Stato, sez. VI, 18 giugno 2002, n. 3338, in *Dir. Proc. Amm.*, 2003, 994, con note di A. Travi, *Processo amministrativo e azioni di risarcimento del danno*, e di S.R. Maserà, *La reintegrazione in forma specifica nel processo amministrativo*; Cons. Stato, sez. VI, 3 aprile 2003, n. 1716, in *Cons. Stato*, 2003, I, 819; Cons. Stato, sez. V, 15 marzo 2004, n. 1280, in *Foro Amm.*, *CdST*, 2004, 825; Cons. Stato, sez. V, 6 maggio 2005, n. 2095, *ivi*, 2005, 1447.

un'azione di adempimento o di esecuzione in forma specifica. L'esecuzione in forma specifica è disciplinata dall'art. 2930 ss. c.c. quale tutela ripristinatoria, mentre la reintegrazione in forma specifica è regolata dagli artt. 2043 e 2058 c.c., quale forma di risarcimento del danno alternativa rispetto a quella per equivalente. La condanna al risarcimento presuppone l'accertamento di tutti gli elementi costitutivi della responsabilità civile, vale a dire della condotta (quantomeno) colposa della Pubblica amministrazione, del danno ingiusto e del nesso di causalità. A rigore quindi, la condanna al risarcimento potrebbe essere disposta dal giudice dell'ottemperanza, solo se la sentenza da ottemperare contenga l'accertamento in capo alla Pubblica amministrazione della ricorrenza nel caso concreto di tutti gli elementi costitutivi della responsabilità aquiliana, primo tra i quali, quello della colpevolezza³³⁹. Il problema ermeneutico di fondo non risolto dalle sentenze esaminate riguarda la definizione dei rapporti tra azione risarcitoria ed effetti conformativi del giudicato di annullamento. A nostro avviso il criticato indirizzo non affronta tale tematica con la necessaria chiarezza al preciso scopo di aggirare il divieto per il giudice amministrativo di pronunciarsi sulla sorte del contratto, che una statuizione sulla reintegrazione in forma specifica in sede di cognizione inevitabilmente implicherebbe, conferendo a detto giudice in sede di ottemperanza il potere di disporre il subentro nel rapporto contrattuale quale forma di tutela del ricorrente discendente in via diretta dall'obbligo della pubblica amministrazione di conformarsi al giudicato di annullamento dell'aggiudicazione. Meno problematiche e più aderenti al *decisum* delle Sezioni Unite, appaiono le conclusioni cui perviene un'altra recente pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato³⁴⁰, secondo cui è preclusa al giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva cognitoria l'indagine sulla caducazione del contratto

³³⁹ Sul punto, v. S.R. Masera, La eliminazione del danno ingiusto tra tutela di annullamento e tutela risarcitoria, in *Urb. App.*, 2008, 978; G. Sigismonidi, Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto: una questione definita con l'affermazione della giurisdizione del giudice ordinario?, *ibidem*, 1151; V. Gabrieli, Ancora sulla sorte del contratto di appalto per effetto dell'annullamento dell'aggiudicazione: la tesi dell'inefficacia sopravvenuta, i risvolti sulla giurisdizione, la tutela riparatoria, in *Riv. Trim. App.*, 2008, 267; M. Volpato, Annullamento dell'aggiudicazione ed effetti sul contratto. Rapido excursus degli orientamenti prevalenti, in *Contratti dello Stato ed enti pubblici*, 2004, 125.

³⁴⁰ Cons. Stato, Ad. Plen., 21 novembre 2008, n. 12 in *Urb. App.*, 2009, 29.

d'appalto, che necessariamente precede in via logica la pronuncia sulla reintegrazione del ricorrente vittorioso nella posizione del contraente quale domanda di risarcimento del danno in forma specifica. L'Adunanza Plenaria ha inoltre precisato che sussiste il potere-dovere del giudice amministrativo di decidere sulla domanda di risarcimento del danno per equivalente, pur se non inizialmente prospettata dal ricorrente, ma introdotta in corso di causa sotto forma di *mutatio libelli*, per il sopravvenuto difetto di interesse al subentro dovuto all'integrale esecuzione del contratto intervenuta nelle more del giudizio. Tra la giurisprudenza amministrativa di primo grado, si segnalano infine due interessanti sentenze del T.A.R. Lombardia, volte a garantire una tutela pienamente soddisfacente al concorrente escluso. La prima pronuncia³⁴¹, precisa che nel caso in cui il ricorrente abbia impugnato innanzi al giudice amministrativo il provvedimento di esclusione dalla gara, formulando domanda di risarcimento del danno in forma specifica o, in via subordinata, per equivalente, il giudice amministrativo può procedere attraverso C.t.u. ad una gara virtuale ai soli fini della liquidazione del danno ex art. 7 l. n. 1034 del 1971, senza invadere il merito dell'azione amministrativa, qualora la procedura di evidenza pubblica sia espressione di attività vincolata o di discrezionalità tecnica e la gara si sia ormai svolta senza la partecipazione del ricorrente. Maggior dirimente appare la portata della seconda sentenza³⁴², laddove, pur riconoscendo che la verifica delle conseguenze sul contratto derivanti dall'annullamento dell'aggiudicazione rientri nella giurisdizione del giudice ordinario, tuttavia ammette che anche il giudice amministrativo possa conoscere di tale questione in via incidentale ex art. 8 l. n. 1034 del 1971, qualora il ricorrente vittorioso nel giudizio di annullamento abbia chiesto il risarcimento del danno mediante reintegrazione in forma specifica. Il tentativo di riappropriarsi della giurisdizione sul contratto, già compiuto dall'Adunanza Plenaria nella pronuncia n. 9 del 2008 sopra criticata, è in questa pronuncia del TAR di Milano ancor più temerario: lì infatti, la questione della sorte del contratto di appalto era stata ricondotta ad una sorta di effetto

³⁴¹ T.A.R. Lombardia, Sez. dist. Brescia, 19 marzo 2007, in *Giorn. Dir. amm.*, 2008, 766.

³⁴² TAR Lombardia, Milano, sez. I, 8 maggio 2008, n. 1370, cit.

conformativo del giudicato di annullamento, che in caso di elusione da parte della P.A. è passibile di giudizio di ottemperanza, mentre qui viene assunta a questione oggetto, sia pur in via incidentale, dello stesso giudizio di cognizione del giudice amministrativo. Evidente appare lo sforzo di superare il *decisum* delle Sezioni Unite, sia pur nell'ottica della concentrazione di tutela per il ricorrente. Tuttavia tale indirizzo non tiene conto di quanto ulteriormente precisato dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione³⁴³, secondo cui in materia di contratti pubblici, il criterio di riparto della giurisdizione deve fondarsi unicamente sulla separazione imposta dall'art. 103 Cost. tra il piano del diritto pubblico ed il piano negoziale, non già sul grado e profili di connessione tra le disfunzioni dell'evidenza pubblica ed il sistema di invalidità inefficacia del contratto, sicché devono ritenersi viziate da eccesso di potere giurisdizionale esterno tanto le decisioni del giudice amministrativo che si pronunciano in via principale sulla validità del contratto, quanto quelle che affrontano la questione in via incidentale. Secondo attenta dottrina³⁴⁴, in materia vige la regola generale dell'inderogabilità della giurisdizione per ragioni di connessione, dato che nella normativa *de qua* non vi sono espresse eccezioni idonee ad escluderne l'operatività. Dalle decisioni della giurisprudenza sinora analizzate, sembra emergere come il concorrente illegittimamente pretermesso che si rivolga al giudice amministrativo per ottenere l'annullamento dell'aggiudicazione ed il conseguente risarcimento del danno, sia destinato a ricevere una tutela meramente obbligatoria e non di tipo reale, sia per la riserva di giurisdizione del giudice ordinario sul contratto, sia per la frequente evenienza che, nelle more del giudizio, l'appalto sia stato in tutto o in buona parte ormai eseguito. Certa dottrina³⁴⁵ nota come l'intervenuta esecuzione del contratto

³⁴³ Cass., Sez. Un., 23 aprile 2008, n. 10443, in *Urb. App.*, 2008, 1088; Cass., Sez. Un., n. 13659 del 2006 cit.; Cass., Sez. Un., 11 giugno 2001, n. 7859, in *Foro it.*, 2002, I, 2968.

³⁴⁴ T. Ruiu, Ancora sulla sorte del contratto di appalto per effetto dell'annullamento dell'aggiudicazione: la tesi dell'inefficacia sopravvenuta, i risvolti sulla giurisdizioni, la tutela riparatoria, in *Riv. Trim. App.*, 2008, 259; D. Beccari, La sorte del contratto in caso di annullamento dell'aggiudicazione: questioni di giurisdizione e giudizio di ottemperanza, in *Urb. app.*, 2008, 760.

³⁴⁵ Varrone, *L'invalidità del provvedimento amministrativo e i suoi riflessi nelle procedure di evidenza pubblica sul contratto concluso dalla P.A. con l'aggiudicatario*, in *Riv. trim. dir. amm.*, 2006, 345-346.

si ponga quale fatto impeditivo della tutela reale per il ricorrente, precludendo alla stazione appaltante la possibilità di procedere ad una nuova aggiudicazione.

La Corte costituzionale, con la sentenza n. 401 del 2007³⁴⁶, si è occupata, come è noto, del riparto di competenze tra Stato e Regioni nel settore degli appalti pubblici disciplinati dal decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE). Nondimeno, nella risoluzione delle questioni di legittimità costituzionale proposte, il giudice delle leggi ha svolto argomentazioni che possono essere utilizzate per definire o, per meglio dire, per tentare di “ridurre” le incertezze che continuano ad aleggiare attorno al tema relativo alla sorte del contratto a seguito dell’annullamento dell’atto di aggiudicazione.

La Corte costituzionale, con la citata sentenza n. 401 del 2007, sembra aderire all’impostazione tradizionale nella parte in cui afferma che “l’attività contrattuale della pubblica amministrazione, essendo funzionalizzata al perseguimento dell’interesse pubblico, si caratterizza per la esistenza di una struttura bifasica: al momento tipicamente procedimentale di evidenza pubblica segue un momento negoziale”. Del resto, questa sembra essere stata anche la scelta effettuata dallo stesso legislatore: l’art. 11, comma 4, del d.lgs. n. 163 del 2006 - stabilendo che “l’aggiudicazione definitiva non equivale ad accettazione dell’offerta” - chiaramente enuncia la regola secondo cui l’atto finale della procedura amministrativa non produce effetti negoziali.

Il riconoscimento dell’esistenza di due procedimenti (amministrativo e negoziale) paralleli e autonomi è idoneo, a mio avviso, a delimitare i possibili rimedi azionabili nei confronti del contratto a seguito dell’annullamento, giudiziale o in via di autotutela, del provvedimento finale di scelta del contraente.

Si potrebbe, infatti, ritenere che, avendo riguardo alle molteplici soluzioni prospettate in dottrina e in giurisprudenza, sia, allo stato, più problematico

³⁴⁶ La sentenza n. 401/2007 è pubblicata in Corriere giuridico 08/08 pag. 1075 con nota di A. De Luca e A. di Majo i quali affrontano i profili relativi al riparto di competenze tra Stato e Regioni.

sostenere la tesi della nullità del contratto per mancanza del consenso³⁴⁷, la quale - facendo leva proprio sulla unitarietà del procedimento e sulla produzione da parte dell'atto di aggiudicazione dell'effetto negoziale di accettazione del regolamento contrattuale - assume che annullato tale atto venga conseguentemente meno il consenso in esso manifestato³⁴⁸. Infatti, una volta che si è escluso che la procedura amministrativa contenga in sé «momenti di rilevanza negoziale», non è possibile ipotizzare un rimedio che si fonda essenzialmente sulla esistenza di un unico procedimento e di un provvedimento finale idoneo a produrre effetti aventi una duplice natura (amministrativa e contrattuale). Ciò non significa ovviamente che questa ricostruzione non possa valere con riferimento a modelli convenzionali diversi dal contratto di appalto.

Invero, anche la tesi della “caducazione automatica” sembra essere maggiormente in linea con la ricostruzione in termini unitari del procedimento di evidenza pubblica: nell'ottica in esame, infatti, il venir meno dell'intera procedura (atto presupposto), in una sequenza unitaria dei fenomeni, determina la caducazione del contratto (atto presupponente) e, dunque, la inefficacia dello stesso. È bene, però, puntualizzare che, ferma restando la sussistenza di altri punti di criticità dell'orientamento in esame³⁴⁹, lo stesso potrebbe comunque risultare “compatibile” anche con la ricostruzione bifasica del procedimento di scelta del contraente. Al di là dei profili evidenziati, non mi sembra che dalla implicita opzione del giudice delle leggi a favore della tesi “classica” della doppia procedura, possano trarsi altre utili indicazioni per la esatta individuazione della patologia che inficia il contratto.

Se ci spostiamo dal piano strutturale a quello funzionale, la sentenza n. 401 offre un ulteriore contributo per lo studio della questione in esame nella parte in cui

³⁴⁷ Prima delle recenti modifiche legislative e dell'intervento della Consulta, la tesi in esame mi sembrava, invero, quella «meno criticabile»: V. Lopilato, *Vizi della procedura di evidenza pubblica e patologie contrattuali*, in *giustamm.it*.

³⁴⁸ G. Scoca, *Annulamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto*, in *www.giustamm.it*, n. 1, 2007, spec. 2. Appare opportuno segnalare che la tesi della nullità per mancanza del consenso è, invero, stata recentemente sostenuta da Cons. Stato, sez. IV, 28 marzo 2008, n. 1328, in *www.giustamm.it*, n. 3, 2008.

³⁴⁹ Su cui vedi V. Lopilato, *Vizi della procedura di evidenza pubblica e patologie contrattuali*, cit., 1531 e ss.

individua, sia pure per delimitare ancora una volta le competenze legislative tra i diversi livelli istituzionali di governo, gli interessi pubblici protetti dalle norme che disciplinano la procedura di evidenza pubblica. È noto che l'orientamento tradizionale della Corte di cassazione muoveva proprio dalla individuazione della funzione della procedura di evidenza pubblica nella esigenza di tutelare in via esclusiva l'interesse dell'amministrazione, per inferirne la mera annullabilità del contratto stipulato. In particolare, si riteneva che, essendo le norme di disciplina del procedimento amministrativo funzionali essenzialmente ad assicurare una corretta formazione della volontà della Pubblica amministrazione, la loro violazione determinava un "vizio" del consenso (non riconducibile, invero, a nessuno degli schemi tipizzati dal codice civile) che, in quanto tale, poteva essere fatto valere soltanto dal soggetto interessato.

La dottrina³⁵⁰ e la giurisprudenza³⁵¹ hanno, invece, chiarito che gli interessi tutelati dalle norme di disciplina del procedimento di scelta del contraente hanno valenza generale, essendo finalizzate a garantire la tutela della concorrenza, nonché l'osservanza dei principi di buon andamento e di imparzialità dell'azione della pubblica amministrazione.

Il giudice delle leggi, nel fare propria questa impostazione, chiarisce definitivamente quale sia la specifica natura degli interessi afferenti al momento procedimentale distinguendo espressamente tra interessi pubblici "comunitari"³⁵² e "interni"³⁵³.

³⁵⁰ Per maggiori approfondimenti in argomento sia consentito rinviare a V. Lopilato, *Appalti e servizi pubblici fra Stato e Regioni*, in *www.giustamm.it*, n. 12, 2007.

³⁵¹ La Corte costituzionale ritiene, pertanto, che la concorrenza rilevi nella sua valenza strumentale rispetto alla tutela delle fondamentali libertà comunitarie. Si segnala, inoltre, che assicurare la concorrenza "per" il mercato implica anche proteggere in via indiretta la posizione dei consumatori: l'esistenza di più imprese nella fase competitiva, assicurando normalmente la scelta della offerta migliore, sia in relazione agli aspetti attinenti alla tipologia di prestazione che al corrispettivo dovuto dall'amministrazione aggiudicatrice, produce, infatti, effetti benefici per i consumatori non soltanto sul piano della fiscalità ma anche in relazione ai costi dei beni o dell'attività che eventualmente, a sua volta, l'amministrazione rivolge all'utenza.

³⁵² Sul *versante comunitario*, si sottolinea che gran parte delle norme del Codice degli appalti relative al procedimento di evidenza pubblica tutelano la concorrenza "per" il mercato, la quale impone di «assicurare la più ampia apertura del mercato a tutti gli operatori economici (...) in ossequio ai principi comunitari della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi». Si legge, inoltre, che «si tratta di assicurare l'adozione di uniformi procedure di evidenza pubblica (...) idonee a garantire, in particolare, il rispetto dei

Tali interessi, oltre ad avere una loro “autonomia” per espressa previsione costituzionale, sono anche funzionali al migliore soddisfacimento dello stesso interesse pubblico “finale”. A titolo esemplificativo, la previsione di metodi di gara volti a consentire la «massima partecipazione» degli operatori economici assicura la scelta dell’offerta migliore (efficacia) e più conveniente (efficienza) e, dunque, la più incisiva tutela degli interessi pubblici finali sottesi a quello specifico contratto di appalto. A loro volta, questi risultati in termini di buon andamento dell’azione amministrativa si possono raggiungere soltanto se l’azione della p.a. risulti, altresì, improntata al rispetto del principio di imparzialità³⁵⁴.

Alla tutela di questi interessi pubblici occorre aggiungere la tutela degli “interessi privati” che fanno capo agli operatori economici che intendono “concorrere”, nell’esercizio della propria libera iniziativa economica, in un determinato mercato per l’ottenimento del bene della vita oggetto dell’aggiudicazione. Si tratta di quella che viene qualificata concorrenza in senso soggettivo³⁵⁵.

In definitiva, dunque, gran parte delle norme di evidenza pubblica sono finalizzate ad assicurare: gli interessi pubblici alla concorrenza che sono strumentali alla protezione delle libertà comunitarie; gli interessi pubblici finali sottesi al contratto di appalto; i principi di buon andamento e imparzialità dell’azione amministrativa; nonché gli interessi degli imprenditori del settore.

principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di proporzionalità e di trasparenza». La Corte costituzionale ritiene, pertanto, che la concorrenza rilevi nella sua valenza strumentale rispetto alla tutela delle fondamentali libertà comunitarie.

³⁵³ Sul *versante interno*, dalla motivazione della sentenza n. 401, si evince, innanzitutto, il riferimento all’interesse pubblico “finale” che giustifica la stipulazione del contratto di appalto e che viene perseguito mediante l’emanazione degli atti e provvedimenti che precedono la stipulazione del contratto stesso. Si tratta, più precisamente, dell’interesse alla realizzazione di quella determinata opera pubblica o alla fornitura di quel bene o ancora allo svolgimento di quel servizio, che viene normalmente “evidenziato” nella determinazione a contrarre. La Corte precisa, inoltre, sempre «sul piano interno», che le norme di evidenza pubblica tutelano gli interessi pubblici alla «imparzialità» e al «buon andamento» «che devono guidare l’azione della pubblica amministrazione ai sensi dell’art. 97 Cost.».

³⁵⁴ E. Cannada-Bartoli, *Imparzialità e buon andamento in tema di scrutini di merito comparativo*, in *Foro amm.*, 1964, II, 72, ha posto bene in evidenza come l’imparzialità sia lo strumento del buon andamento, in quanto garanzia che siano adottate scelte ottimali secondo criteri oggettivi.

³⁵⁵ A tal proposito, si veda, G. Corso, *Tutela della concorrenza*, in G. Corso - V. Lopilato, *Il diritto amministrativo dopo le riforme costituzionali*, parte speciale, I vol., Milano, 2006, 4-5; M. Libertini, *La tutela della concorrenza nella Costituzione italiana*, in *Giur. cost.*, 2005, 1429 ss.

Come è noto, l'art. 244 del d.lgs. n. 163 del 2006, riprendendo sostanzialmente il contenuto dell'art. 6 della legge n. 205 del 2000, prevede che sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie (ivi incluse quelle risarcitorie) relative a procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture.

La Cassazione, con sentenza 28 dicembre 2007, n. 27169, ha ritenuto che la giurisdizione in ordine alle controversie relative al contratto a seguito dell'annullamento di un atto della procedura di evidenza pubblica spetti al giudice ordinario. Ciò in quanto, si sottolinea, l'art. 244 del Codice degli appalti è, innanzitutto, chiaro nell'attribuire al giudice amministrativo la cognizione della sola fase pubblicistica che si conclude con l'emanazione dell'atto di aggiudicazione. Né sarebbe possibile, dopo la sentenza n. 204 del 2004 della Corte costituzionale, una interpretazione estensiva del disposto normativo per ampliare, ai fini di concentrazione della tutela, l'ambito della giurisdizione esclusiva. La tesi era stata ribadita dalle sezioni unite anche nel corso del 2008³⁵⁶.

Nel febbraio 2010 le sezioni unite della Cassazione hanno operato un espresso *revirement* della tesi formulata nel corso del 2007 e del 2008, ribaltandola e attribuendo la giurisdizione sulla sorte del contratto al giudice amministrativo.

Tanto hanno fatto in espressa applicazione in via immediata e diretta della direttiva 2007/66/CE, anticipandone *in parte qua* il recepimento da parte del legislatore nazionale, e ritenendo la direttiva applicabile, si noti bene, a tutte le procedure di gara bandite dopo la sua entrata in vigore (dicembre 2007) ancorché anteriori alla data di scadenza della direttiva (dicembre 2009) e alla data del suo recepimento da parte del legislatore nazionale.

Nel loro percorso argomentativo, le sezioni unite ricordano il contrario orientamento espresso nel 2007-2008, ma ricordano anche l'orientamento minoritario favorevole alla giurisdizione del giudice amministrativo, e facente leva sull'art. 35, d.lgs. n. 80/1998, secondo cui il giudice amministrativo conosce

³⁵⁶ Cass., sez. un., 23 aprile 2008 n. 10443, in *Urb. e app.*, 2008, 1083, con nota di C. Lamberti, *L'esecuzione dell'annullamento: prove di un dialogo* (1089-1095); Cass., sez. un., 18 luglio 2008 n. 19805, segnalata in *Urb. e app.*, 2008, 1140.

del risarcimento del danno, nel cui ambito rientra quello in forma specifica che si consegue con la privazione di effetti del contratto³⁵⁷.

Le Sezioni Unite riconoscono che l'orientamento tradizionale che nega rilevanza alla connessione tra annullamento dell'aggiudicazione e privazione di effetti del contratto e scinde la giurisdizione tra le due domande, rischia di rendere inutile il processo amministrativo e si pone in contrasto con l'effettività della tutela e l'esigenza di concentrazione processuale. Anche la soluzione seguita dalla plenaria, che recupera la giurisdizione del giudice amministrativo sulla sorte del contratto in sede di giudizio di ottemperanza, è, secondo le sezioni unite, non congrua, perché comunque differisce la tutela ad un momento successivo rispetto al giudizio di cognizione.

Le sezioni unite affermano poi che il sistema vigente è da ritenere modificato per effetto dell'entrata in vigore della direttiva 2007/66/CE che pone i principi di concentrazione processuale, effettività della tutela e ragionevole durata del processo.

5.5. La nuova disciplina dell'inefficacia del contratto e prime applicazioni

La direttiva ricorsi disciplina la sorte del contratto in funzione della gravità delle violazioni commesse dalla stazione appaltante, violazioni che vengono distinte in violazioni gravi, meno gravi, non gravi.

La direttiva impone che il contratto sia considerato privo di effetti nel caso delle più gravi violazioni, vale a dire quando:

- a) l'aggiudicazione di un appalto è avvenuta senza previa pubblicazione del bando, laddove la pubblicazione del bando sia imposta dal diritto comunitario;
- b) la stazione appaltante ha violato lo *standstill* o l'effetto sospensivo automatico, se tale violazione si aggiunge a violazioni sostanziali delle procedure di gara, e abbia privato il ricorrente della possibilità di avvalersi di mezzi di ricorso prima della stipula del contratto;
- c) il contratto è stato aggiudicato a seguito di accordo quadro o sistema dinamico di acquisizione, violando le relative procedure.

³⁵⁷ Cass., sez. un., 19 agosto 2008 n. 18735, ord., e Cass., sez. un., 31 ottobre 2008 n. 26302, ord.

In tali casi la privazione di effetti del contratto è in linea di principio doverosa, e secondo la direttiva può essere prevista direttamente dalle legislazioni nazionali, o demandata dalle legislazioni nazionali ad una pronuncia di un giudice.

Tuttavia, anche nel caso di violazioni gravi: gli Stati membri possono demandare all'organo che decide il ricorso di non privare di effetti il contratto, se ciò appaia necessario per esigenze imperative connesse ad un interesse generale; in tal caso si applicano sanzioni alternative; inoltre gli Stati membri possono scegliere se la privazione di effetti è retroattiva o limitata agli effetti che si devono ancora produrre (*ex nunc*), in questo secondo caso applicando sanzioni alternative.

Se la violazione riguarda lo *standstill* o l'effetto sospensivo automatico, ma non ha impedito la tutela giurisdizionale, e non si somma violazioni sostanziali del procedimento di aggiudicazione (nel senso che l'aggiudicazione è legittima), la violazione è considerata meno grave, per cui gli Stati membri possono scegliere tra la privazione di effetti del contratto e le sanzioni alternative, o lasciare tale scelta al giudice. Se, infine, non vi sono violazioni inerenti la pubblicità dei bandi, lo *standstill* o l'effetto sospensivo, ma solo violazioni inerenti il procedimento di aggiudicazione, esse sono considerate violazioni non gravi, per cui la scelta in ordine alla sorte del contratto è lasciata al legislatore nazionale, e non si applicano le sanzioni alternative.

Le sanzioni alternative non si identificano con il risarcimento del danno, e possono essere o pene pecuniarie o riduzioni della durata del contratto, purché siano effettive, proporzionate, e dissuasive.

Con il recepimento della direttiva comunitaria il legislatore italiano ha colto l'occasione per disciplinare, per la prima volta, la sorte dell'appalto dopo l'annullamento dell'aggiudicazione, ponendo fine ad un annoso dibattito.

La nuova disciplina può essere riassunta in alcuni punti essenziali che di seguito si sintetizzano e poi verranno esaminati analiticamente nelle loro criticità. Se l'aggiudicazione viene annullata, il vizio che affligge il contratto è un vizio radicale di invalidità derivata dall'illegittimità dell'aggiudicazione, e dunque tale invalidità, qualificata come "inefficacia", consegue in linea di principio automaticamente all'annullamento dell'aggiudicazione, a prescindere dalla

domanda di parte (art. 245-*bis*, co. 1, codice appalti e, dal 16 settembre 2010, art. 121, c.p.a.). Siffatto automatismo, combinato con i principi di effettività della tutela, accelerazione e concentrazione, ha indotto il legislatore ad attribuire al giudice amministrativo, che conosce dell'aggiudicazione, la giurisdizione anche sulla sorte del contratto (art. 244, codice appalti e, dal 16 settembre 2010, art. 133, co. 1, lett. e), c.p.a.).

L'inefficacia del contratto è conseguenza immediata e diretta dell'annullamento dell'aggiudicazione, a prescindere dalla domanda di parte, ma gli spazi che la direttiva lascia per salvare il contratto sono affidati dal legislatore italiano al giudice amministrativo, chiamato a compiere delicate valutazioni sugli interessi pubblici e privati in gioco.

In conformità alla direttiva, il contratto deve, di regola, essere dichiarato inefficace nel caso delle più gravi violazioni vale a dire quando: l'aggiudicazione di un appalto è avvenuta senza previa pubblicazione del bando, laddove la pubblicazione del bando sia imposta dal diritto comunitario o nazionale; la stazione appaltante ha violato lo *standstill* o l'effetto sospensivo automatico, se tale violazione si aggiunge a violazioni sostanziali delle procedure di gara, e abbia privato il ricorrente della possibilità di avvalersi di mezzi di ricorso prima della stipula del contratto o della possibilità di conseguire l'affidamento; il contratto è stato aggiudicato a seguito di accordo quadro o sistema dinamico di acquisizione, violando le relative procedure.

Tuttavia, anche nel caso di violazioni gravi, spetta al giudice: scegliere di mantenere il contratto, valutate tutte le circostanze, alla luce delle esigenze imperative connesse ad un interesse generale (art. 245-*bis*, co. 2, codice appalti e, dal 16 settembre 2010, art. 121 c.p.a.); in tal caso si applicano sanzioni alternative; in mancanza di tali esigenze imperative, dichiarare inefficace il contratto, in tal caso fissando la relativa decorrenza, retroattiva o *ex nunc*, (art. 245-*bis*, co. 1, codice appalti e, dal 16 settembre 2010, art. 121 c.p.a.), e applicando sanzioni alternative se la privazione di effetti avviene *ex nunc*.

Le esigenze imperative che giustificano il mantenimento del contratto devono essere connesse non ad un semplice interesse "pubblico" quale può essere quello

della stazione appaltante, ma ad un più qualificato “interesse generale”, e tra le esigenze imperative non rientrano i soli interessi economici legati direttamente al contratto. Nel caso di violazioni dello *standstill* o dell’effetto sospensivo, che non abbiano impedito la tutela giurisdizionale e la possibilità di ottenere l’affidamento, e che non si sommano a vizi sostanziali dell’aggiudicazione, la violazione è considerata meno grave, e la legge direttamente stabilisce che il contratto resta in vita e si applicano solo le sanzioni alternative (art. 245-*quater*, co. 3, codice appalti e, dal 16 settembre 2010, art. 123 c.p.a.).

Fuori dai casi sopra visti, quando ci sono solo violazioni del procedimento di aggiudicazione, il giudice valuta caso per caso se dichiarare inefficace il contratto, ovvero mantenerlo accordando il risarcimento del danno solo per equivalente, e in tal caso, se il contratto resta in vita, non si applicano sanzioni alternative (art. 245-*ter*, codice appalti e, dal 16 settembre 2010, art. 122 c.p.a.).

Nel caso di violazioni dello *standstill* o dell’effetto sospensivo, che non abbiano impedito la tutela giurisdizionale e la possibilità di ottenere l’affidamento, e che si sommano a vizi sostanziali dell’aggiudicazione, nulla dice espressamente la disciplina statale, anche se la versione originaria per tale ipotesi lasciava al giudice la scelta tra declaratoria di inefficacia del contratto, o suo mantenimento con applicazione di sanzioni alternative. Da una interpretazione sistematica si desume che a tale caso si applicano sia l’art. 245-*ter* che l’art. 245-*quater*, co. 3, codice appalti (dal 16 settembre 2010 rispettivamente artt. 122 e 123, c.p.a.), rientrando esso in entrambe le previsioni; per cui il giudice valuta se dichiarare inefficace il contratto, ovvero mantenerlo applicando sanzioni alternative.

Nel caso di infrastrutture strategiche e insediamenti produttivi, solo nel caso di violazioni più gravi si impone l’alternativa tra privazione di effetti del contratto, o suo mantenimento con applicazione di sanzioni alternative; nel caso di violazioni meno gravi è la legge che stabilisce che il contratto è mantenuto; nel caso di violazioni non gravi la scelta tra privazione di effetti del contratto o risarcimento per equivalente non è demandata al giudice, ma direttamente operata dalla legge in favore della seconda alternativa: il contratto già stipulato non può essere privato di effetti, e il risarcimento dell’eventuale danno avviene solo per equivalente (art.

246, co. 4, codice appalti, come novellato e, dal 16 settembre 2010, art. 125 c.p.a.).

Le sanzioni alternative previste sono la pena pecuniaria proporzionata al valore del contratto e la riduzione della durata residua del contratto (art. 245-*quater*, codice appalti e, dal 16 settembre 2010, art. 123 c.p.a.); spetta al giudice applicarle, alternativamente o cumulativamente, e graduarle tra i minimi e i massimi di legge.

Se il giudice ritiene che il contratto non debba essere privato di effetti, accorda al ricorrente il risarcimento del danno solo per equivalente pecuniario (art. 245-*quinquies*, co. 1, codice appalti e, dal 16 settembre 2010, art. 124 c.p.a.); il danno deve essere comprovato dal ricorrente, e spetta solo al ricorrente avente titolo all'aggiudicazione; se invece il giudice ritiene che il contratto debba essere privato di effetti, non ne consegue senz'altro il subentro nel contratto in favore del ricorrente avverso l'aggiudicazione, perché a tal fine occorre la domanda, non solo di annullamento dell'aggiudicazione, ma anche di ottenere l'aggiudicazione e il contratto; ma se il ricorrente, senza giustificato motivo, non chiede l'aggiudicazione e il contratto, oppure, pur avendoli inizialmente chiesti, li rifiuta in prosieguo senza giustificato motivo, tale condotta viene valutata dal giudice ai sensi dell'art. 1227 c.c., vale a dire che il giudice potrà negare il risarcimento del danno per equivalente (art. 245-*bis*, ultimo periodo, e art. 245-*quinquies*, co. 2, codice appalti e, dal 16 settembre 2010, rispettivamente artt. 121 e 124 c.p.a.).

Le nuove regole sulla sorte del contratto introdotte nell'ordinamento dall'art. 245-*ter* del d.lgs. 163/2006 come integrato e modificato dal d.lgs. 20 marzo n. 53 del 2010 hanno quindi la possibilità che il giudice che annulla l'aggiudicazione può dichiarare l'inefficacia del contratto eventualmente già stipulato. La valutazione deve riguardare l'interesse delle parti, lo stato di esecuzione del contratto e la possibilità di subentrare nel contratto oltre che l'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi dedotti in giudizio. Peraltro i giudici amministrativi riconoscono che, in disparte l'entrata in vigore del D.lgs. n. 53 del 2010, la Corte di Cassazione, con ordinanza delle SSUU n. 2906 del 10 febbraio 2010, già aveva ritenuto che il giudice competente a valutare

la legittimità della procedura ad evidenza pubblica potesse, per economia procedurale, conoscere anche della eventuale efficacia del contratto di appalto, in conseguenza della richiesta del ricorrente di reintegrazione in forma specifica. Per i T.A.R., poi, le prescrizioni dell'art. 245-ter del Codice dei contratti pubblici, per la loro natura processuale, hanno natura retroattiva e si applicano pure nei giudizi instaurati precedentemente all'entrata in vigore.

La giurisprudenza, pur se con diverso percorso argomentativo, dichiara, in più sentenze, l'inefficacia del contratto di appalto stipulato dopo aver dichiarato l'illegittimità delle procedure di aggiudicazione delle gare³⁵⁸. Alcuni giudici seguono l'interpretazione della Corte di Cassazione³⁵⁹ sulla sorte del contratto conseguente all'annullamento dell'aggiudicazione con devoluzione di entrambi i momenti alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, in chiara applicazione dei principi costituzionali di concentrazione processuale di cui agli artt. 24 e 111 e della effettività della tutela giurisdizionale e nel rispetto dei limiti esterni dei poteri del giudice degli interessi³⁶⁰. Altri giudici, invece, dispongono l'annullamento dell'aggiudicazione e l'inefficacia del contratto medio tempore stipulato, previa verifica della sussistenza dei requisiti prescritti dall'art. 245-ter; la possibilità di subentro, e lo stato di esecuzione del contratto appena iniziato, l'effettiva possibilità per la società istante di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati. È noto l'orientamento giurisprudenziale³⁶¹, secondo cui, anche prima della novella legislativa, una volta iniziata l'esecuzione del lavoro, servizio e fornitura, alla parte vittoriosa nel giudizio spetta la facoltà di scegliere se subentrare nel contratto, laddove non integralmente eseguito, ovvero beneficiare della tutela risarcitoria. Ciò in quanto, mentre l'interesse originario è, di certo,

³⁵⁸ Si vedano le sentenze Tar Lombardia Milano n. 1524 del 17 maggio 2010 e Tar Veneto n. 1838 del 7 maggio 2010 in Urbanistica e appalti n. 10/10.

³⁵⁹ Cass. SS.UU. Ord. n. 2906 del 10 febbraio 2010 secondo cui il giudice competente a valutare la legittimità della procedura ad evidenza pubblica può, per economia processuale, conoscere anche della eventuale inefficacia del contratto di appalto, in conseguenza della richiesta del ricorrente di reintegrazione in forma specifica, in Urbanistica e appalti n. 4/2010 pag. 421 e ss.

³⁶⁰ A riguardo si può richiamare la disposizione (art. 44 della legge comunitaria n. 88/2008) secondo cui il potere di decisione sugli effetti dei contratti spetta proprio al Giudice che annulla l'aggiudicazione. Infine, derivando questa interpretazione da una presupposta normativa comunitaria, se ne valuta la portata retroattiva.

³⁶¹ Consiglio di Stato sez. VI, 10 novembre 2004 n. 7256 in www.giustizia-amministrativa.it e 25 gennaio 2008 n. 213 in Foro Amm. CdS 2008 I, 147.

l'esecuzione integrale dell'appalto, la prestazione parziale non può avere alcun interesse per la ricorrente e tanto anche in applicazione dall'art. 1181 del codice civile, secondo cui il creditore può sempre rifiutare l'adempimento parziale³⁶².

In breve, dalla lettura dell'art. 245-ter sembrerebbe dunque desumersi che se vi è richiesta della parte il giudice in presenza di tutte le condizioni, dispone dell'inefficacia del contratto e/o il subentro o la rinnovazione della gara³⁶³. Peraltro, se non vi è alcuna domanda della parte interessata, e non vi siano ragioni per rinnovare la procedura, si dovrebbe desumere che il giudice non possa dichiarare l'inefficacia del contratto. Di conseguenza, pur in presenza dell'annullamento della procedura per motivi di particolare gravità (si pensi alla mancanza dei requisiti di moralità, professionali, di capacità economica ecc.) il contratto andrebbe necessariamente eseguito dall'illegittimo aggiudicatario. È pur vero che la Pubblica amministrazione conserva sempre il potere di agire in autotutela, tuttavia sarebbe stato meglio se la norma avesse espressamente attribuito al giudice il potere di dichiarare comunque l'inefficacia del contratto, pure in assenza di una richiesta di subentro. Peraltro, anche in questa ipotesi ci si potrebbe trovare in situazione di non facile comprensione; si pensi ad esempio al caso in cui il giudice annulli l'aggiudicazione e dichiari l'inefficacia del contratto nonostante vi sia la domanda di subentro. È poi da chiedersi se nel caso in cui alla gara partecipino solo due imprese in quanto altre non ne hanno avuto alcun interesse, sia consentito all'amministrazione di revocare o di annullare la procedura ed, eventualmente, di bandire una nuova gara (non potendosi neppure avvallare delle procedure di cui agli artt. 56 e 57 del Codice degli appalti). Anche in questo caso non sembra che sia garantito l'interesse specifico dei due partecipanti o l'interesse pubblico alla celere definizione delle procedure di appalto o, per altro aspetto alla più ampia partecipazione dei concorrenti. È peraltro da considerare in contrario che l'art. 2-quater della direttiva 2007/66/CE prescrive

³⁶² Sul punto si veda Consiglio di Stato sez V 15 giugno 2010 n. 3579 in [www.giustizia – amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). secondo cui il subentro "...non appare conforme all'interesse della stazione appaltante, né all'interesse generale a garantire la continuità dal servizio in corso".

³⁶³ M. Lipari, Il recepimento della direttiva ricorsi: il nuovo processo super-accelerato in materia di appalti e l'inefficacia flessibile del contratto in www.federalismi.it

che l'organo indipendente "abbia facoltà" di non considerare privo di effetti un contratto illegittimo stipulato, subordinatamente al rispetto di esigenze imperative connesse ad un preminente interesse generale. In tali casi possono però essere previste delle sanzioni alternative. Mentre l'art. 245-bis del codice degli appalti in caso di inefficacia del contratto in caso di gravi violazioni rispetta la norma comunitaria, l'art. 245-ter sembra discostarsi dal dettato comunitario posto che la conservazione degli effetti è subordinata ad alcuna verifica di un interesse superiore.

La recente giurisprudenza³⁶⁴ attribuisce natura processuale all'art. 245-ter e quindi, in mancanza di una diversa disciplina transitoria, un effetto retroattivo applicabile ai giudizi instaurati prima della sua entrata in vigore. Tale retroattività vale per tutte le controversie in cui la procedura di affidamento sia intervenuta dopo il dicembre 2007, data di entrata in vigore della direttiva comunitaria CE 66/2007 che come si sta sottolineando anche nell'interpretazione delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione ha attribuito al giudice amministrativo sia le questioni di legittimità sottese alla richiesta di annullamento dell'aggiudicazione che a quelle di diritto soggettivo relative alla privazione degli effetti del contratto.

5.6. Il rapporto tra annullamento dell'aggiudicazione e contratto nell'esperienza europea

Confrontando le tradizioni giuridiche europee più significative sulle relazioni esistenti tra il momento della scelta del contraente ed il momento della stipulazione del contratto, si evidenzia in via preliminare come, da una parte, vi siano l'esperienza giuridica anglosassone, che appare dominata dall'anima di *common law* della disciplina contrattuale, e quella tedesca, che si regge sull'attribuzione alla pubblica amministrazione di un'autonomia negoziale in tutto simile a quella di ciascun soggetto dell'ordinamento, dall'altra, gli ordinamenti francese e spagnolo, che, come quello italiano, sono caratterizzati da un'impronta fortemente pubblicistica della fase di formazione della volontà contrattuale

³⁶⁴ Tar Lombardia Milano n. 1524 del 17 maggio 2010 in Urbanistica e appalti n. 10/10 e Consiglio di Stato sez V 15 giugno 2010 n. 3579 in www.giustizia-amministrativa.it.

dell'amministrazione, alla quale consegue il regime di sindacabilità degli atti amministrativi che la compongono³⁶⁵.

Nel rispetto dei principi di pubblicità e concorrenza che sono funzionali al mercato unico europeo, peraltro, l'atto di scelta del contraente diviene, negli appalti di importo superiore alla soglia di rilevanza comunitaria, sindacabile ed annullabile in ogni ordinamento.

Il lavoro di comparazione, tuttavia, mette in rilievo che la tutela dei terzi offerenti non dipende tanto dalla possibilità di influire sul contratto quanto dagli strumenti specifici apprestati dalle discipline nazionali nella fase precedente alla stipulazione del contratto e, in questi termini, appaiono particolarmente significativi sia gli oneri di comunicazione preventiva di rigetto dell'offerta sia la normativa processuale volta a prevedere una tutela cautelare immediata ed efficace, in grado di precludere all'amministrazione aggiudicatrice la successiva stipulazione del contratto.

La soluzione prescelta negli ordinamenti francese, inglese e tedesco, infatti, è il mantenimento della assoluta impermeabilità del contratto stipulato alle vicende patologiche della fase preparatoria, mentre la Spagna sanziona con l'annullabilità del contratto le ipotesi in cui vi sia stata violazione delle regole dell'evidenza pubblica, salvo ricollegare la nullità assoluta ad ipotesi radicali di deviazione dallo schema legale.

L'ordinamento italiano, quindi, sebbene condivide con gli ordinamenti francese e spagnolo l'impronta fortemente pubblicistica della fase di formazione della volontà contrattuale dell'amministrazione, ha la caratteristica di un legame talmente forte tra il momento di scelta del contraente e quello della stipulazione del contratto che, a differenza che negli altri ordinamenti esaminati, l'annullamento dell'aggiudicazione determina l'automatica caducazione degli effetti del contratto, conseguenza che, come detto, è sconosciuta agli altri ordinamenti, ad eccezione in parte di quello spagnolo, i quali, nel ritenere intangibile il contratto stipulato, hanno però sviluppato sistemi procedurali,

³⁶⁵ B. Marchetti, Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto: Esperienze europee a confronto, in *Diritto Processuale Amministrativo*, Milano, 1/2008.

sotto forma di comunicazioni preventive e termini dilatori tra comunicazione e stipulazione del contratto, e processuali, sotto forma di tutele cautelari particolarmente efficaci, che rendono la complessiva protezione del terzo illegittimamente pretermesso più incisiva nella fase precedente alla stipulazione del contratto.

Meccanismi di comunicazione e tutela preventiva, sono stati introdotti anche nell'ordinamento nazionale soprattutto in ragione delle spinte fornite dal diritto comunitario.

In particolare, l'art. 11 d.lgs. 163 del 2006, da un lato, nell'escludere, al settimo comma, qualunque valenza negoziale del provvedimento di aggiudicazione distingue decisamente la fase di scelta del contraente, che si conclude appunto con l'aggiudicazione, dalla fase di esecuzione del contratto, che ha avvio con la stipulazione del contratto, dall'altro, prevede al decimo comma un termine di trenta giorni, a partire dalla comunicazione ai controinteressati del provvedimento di aggiudicazione, nel quale il contratto non può essere stipulato³⁶⁶.

Sul versante della tutela cautelare, l'art. 245, comma 3, d.lgs. 163 del 2006 ha introdotto in materia di contratti pubblici la tutela cautelare c.d. *ante causam*, stabilendo che, in caso di eccezionale gravità ed urgenza, tale da non consentire neppure la previa notifica del ricorso, il soggetto legittimato può proporre istanza per l'adozione di misure interinali e provvisorie che appaiono indispensabili durante il tempo occorrente per la proposizione del ricorso di merito e della ordinaria domanda cautelare³⁶⁷.

Nella stessa ottica, volta, per quanto possibile, alla definizione dei giudizi in materia di appalti con la celerità utile ad evitare che l'eventuale annullamento

³⁶⁶ Anche tali profili sono ben evidenziati in B. Marchetti, Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto: Esperienze europee a confronto, cit.

³⁶⁷ L'introduzione dell'istituto della tutela cautelare *ante causam* è stato sollecitato dalla Corte di Giustizia CE che, con ordinanza 29 aprile 2004, ha statuito, nella causa C-202/03, sulla questione pregiudiziale proposta alla Corte a norma dell'art. 244 CE dal Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, sezione staccata di Brescia, stabilendo che l'art. 2, n. 1, lett. a), della direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989, 89/665/CEE, in materia di appalti pubblici di forniture e lavori, deve essere interpretata nel senso che gli Stati membri sono tenuti a conferire ai loro organi competenti a conoscere dei ricorsi la facoltà di adottare, indipendentemente dalla previa proposizione di un ricorso di merito, qualsiasi provvedimento provvisorio, compresi i provvedimenti intesi a sospendere o a far sospendere la procedura di aggiudicazione pubblica dell'appalto in esame.

dell'aggiudicazione possa essere inutile alla soddisfazione in forma specifica dell'interesse sostanziale del ricorrente, le norme acceleratorie di cui all'art. 23-bis l. 1034 del 1971, introdotte dall'art. 4 della legge n. 205 del 2000.

Il diritto comunitario è il motore delle prospettive evolutive in materia. La direttiva n. 2007/66/CE, c.d. direttiva ricorsi, apporta consistenti innovazioni alla precedente normativa comunitaria per il miglioramento dell'efficacia delle procedure contenziose in materia di appalti pubblici, atteso che (considerando n. 3) “le consultazioni delle parti interessate e la giurisprudenza della Corte di giustizia hanno evidenziato una serie di lacune nei meccanismi di ricorso esistenti negli Stati membri”.

L'obiettivo principale della direttiva è quello di evitare che la stipulazione del contratto costituisca un ostacolo alla tutela effettiva del partecipante che contesta la legittimità dell'aggiudicazione della gara aspirando a divenire contraente della pubblica amministrazione.

L'effettività della tutela, pertanto, si presenta come una via obbligata per stare al passo con l'Europa³⁶⁸.

5.7. Le prospettive evolutive a seguito della direttiva ricorsi 2007/66/CE

Il d.lgs. n. 53/2010 e il codice del processo amministrativo hanno riscritto il rito processuale in materia di pubblici appalti. La disciplina previgente, recata dall'art. 23-bis, l. Tar si applica ancora, *ratione temporis*, per i processi già introdotti.

L'art. 245, co. 1, codice, dispone che gli atti delle procedure di affidamento, nonché degli incarichi e dei concorsi di progettazione, relativi a lavori, servizi e forniture previsti dal codice, nonché i provvedimenti dell'Autorità, sono impugnabili, alternativamente, mediante ricorso al tribunale amministrativo regionale competente o mediante ricorso straordinario al Presidente della Repubblica. Il richiamato rimedio del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica si colloca nella tematica delle *a.d.r.* (*alternative dispute resolutions*).

³⁶⁸ P.M. Zerman, Annullamento dell'aggiudicazione illegittimità ed effettività della tutela giurisdizionale: la sorte del contratto medio tempore stipulato (commento alla decisione del Consiglio di Stato, sez. V, 19 maggio 2009 n. 3070), in www.giustizia-amministrativa.it, luglio 2009.

Nell'art. 246, codice vengono riprodotte le speciali disposizioni processuali per le grandi infrastrutture dettate dall'art. 14, d.lgs. n. 190/2002. Viene disposto che la sospensione o l'annullamento dell'affidamento non comporta la caducazione del contratto stipulato, e il risarcimento del danno eventualmente dovuto avviene solo per equivalente (art. 246, co. 4, codice). Viene estesa la regola del risarcimento solo per equivalente anche all'ipotesi di procedure di affidamento in caso di fallimento dell'esecutore o risoluzione del contratto per grave inadempimento dell'esecutore (art. 246, co. 5, codice)³⁶⁹.

L'ultimo comma dell'art. 246, codice degli appalti, estende le disposizioni del co. 4, vale a dire la regola secondo cui la sospensione o l'annullamento dell'affidamento non comporta la caducazione del contratto già stipulato, e il risarcimento del danno eventualmente dovuto avviene solo per equivalente anche alle controversie relative alle procedure di cui all'art. 140, codice, di affidamento in caso di fallimento dell'esecutore o risoluzione del contratto per grave inadempimento dell'esecutore. Si tratta di disposizione processuale già esistente, mutuata dall'art. 5, co. 12-*quater*, d.l. n. 35/2005, convertito nella legge n. 80/2005.

Sul versante processuale, si introducono misure processuali acceleratorie, ulteriori rispetto a quelle già previste dall'art. 23-*bis*, l. Tar, e dall'art. 246, codice n. 163/2006, ma ad ambito oggettivo circoscritto, in quanto tali ulteriori misure processuali riguardano solo i provvedimenti adottati ai sensi dell'art. 20, d.l. n. 185/2008. Mentre le misure processuali di cui all'art. 23-*bis*, l. Tar e di cui all'art. 246, codice, riguardano solo gli atti inerenti le "procedure di affidamento" di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, le misure processuali di cui all'art. 20, co. 8, d.l. n. 185/2008, riguardano tutti i provvedimenti contemplati dall'art. 20, d.l., che non sono solo gli atti di gara, ma anche i d.P.C.M. di

³⁶⁹ In tale articolo del codice non è stata riprodotta la norma, contenuta nell'art. 14, d.lgs. n. 190/2002, secondo cui "il soggetto aggiudicatore comunica il provvedimento di affidamento ai controinteressati almeno trenta giorni prima della stipulazione del contratto". Infatti, tale regola è stata generalizzata (v. combinato disposto dell'art. 11, co. 10 e dell'art. 79, co. 5, lett. a), codice). Inoltre non si tratta di un disposizione processuale in senso proprio, e per questo è stata messa in altra sede ritenuta più idonea (il termine per la stipulazione (art. 11, codice), le comunicazioni ai partecipanti alle procedure di affidamento (art. 79, codice).

individuazione degli investimenti pubblici prioritari, di nomina dei commissari straordinari, e i provvedimenti adottati dai commissari straordinari.

La fase di esecuzione del contratto rimane dunque attratta al giudice ordinario, se e nella misura in cui essa si svolga con atti paritetici. Se invece nel corso di essa vengono adottati provvedimenti sostitutivi da parte del commissario, su tali provvedimenti vi è giurisdizione del giudice amministrativo e si applica il giudizio immediato.

In aperta rotta di collisione con la nuova 2007/66, era la previsione, - inserita dalla Camera con emendamento parlamentare in sede di conversione del decreto legge - , dell'art. 20, co. 8-*bis*, secondo cui ai contratti stipulati ai sensi dell'art. 20, d.l. n. 185/2008, non si applica il termine dilatorio di stipulazione previsto dall'art. 11, co. 10, codice appalti (c.d. *standstill*). Secondo la direttiva 2007/66, il contratto non può essere stipulato prima di un dato lasso temporale decorrente dall'aggiudicazione (c.d. *standstill*), e, tanto, al fine di consentire agli interessati di avviare le procedure di ricorso, e di conseguire la sospensione dell'aggiudicazione prima della stipula del contratto. Invece, il meccanismo ipotizzato dall'art. 20, co. 8-*bis*, è che il contratto può essere stipulato immediatamente, e che pertanto in nessun caso la tutela giurisdizionale potrà far conseguire l'aggiudicazione e la stipula del contratto al ricorrente vittorioso, ma solo il risarcimento per equivalente. Tale previsione è stata abrogata dal d.lgs. n. 53/2010.

Nonostante la legge delega richiedesse di incentivare l'accordo bonario³⁷⁰, poche misure sono state in concreto dettate dal delegato. In concreto gli incentivi previsti possono riassumersi come segue: a) maggiore garanzia di competenza e professionalità del presidente della commissione di accordo bonario; b) maggior termine per la proposta della commissione di accordo bonario; c) riduzione del compenso alla detta commissione, sicché il ricorso alla procedura è meno costoso che in passato; d) necessità che l'esecutore del contratto formalizzi un rifiuto

³⁷⁰ Si veda Cesare Lamberti, L'accordo bonario nel codice degli appalti in Urbanistica e appalti, Ipsos n. 4/2008.

espresso della proposta di accordo bonario, per poter adire gli arbitri o il giudice ordinario.

Sull'arbitrato in materia di pubblici contratti di lavori, servizi e forniture era incombente, ormai da dicembre 2007, il divieto assoluto, ancorché mai entrato in vigore, essendo stata l'operatività del divieto differita da una serie reiterata di decreti legge. Ma per scongiurare una annunciata imminente entrata in vigore del divieto di arbitrato, si è reso necessario procedere ad una sua razionalizzazione (*recte* moralizzazione), correggendo le sue maggiori storture, così sintetizzabili: a) insufficiente attuazione del principio di facoltatività dell'arbitrato; b) insufficienti garanzie di indipendenza dell'arbitro presidente e degli altri arbitri; c) costo eccessivo della procedura; d) sostanziale insindacabilità nel merito del lodo arbitrale; e) eccessiva durata dei giudizi di impugnazione davanti alla Corte di appello (nei casi tassativi di impugnabilità del lodo).

Sulla bozza di decreto di attuazione della Direttiva ricorsi, che appunto prevede la reintroduzione dell'arbitrato negli appalti pubblici, si è pronunciato il Consiglio di Stato con il proprio parere n. 5098/2010 del 25 gennaio 2010. Il parere, che si sviluppa per circa settanta pagine, può essere riassunto nei suoi tratti salienti: rendere sempre obbligatorio l'accordo bonario³⁷¹; svincolare la disciplina delle tariffe per gli arbitrati dalla competenza del Ministero³⁷²; divieto di esecuzione anticipata del contratto³⁷³; accesso ai documenti³⁷⁴; procedimento precontenzioso³⁷⁵.

³⁷¹ Il Consiglio di Stato suggerisce di rendere sempre obbligatori i procedimenti volti al raggiungimento di un accordo bonario allorché l'iscrizione di riserve sui documenti contabili determini la variazione dell'importo economico dell'opera in misura non inferiore al 10% dell'importo contrattuale. Il Consiglio di Stato chiede, inoltre, al Governo di recepire le osservazioni formulate di recente dall'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici ed estendere a tutti gli appalti e le concessioni la previsione dell'avvio obbligatorio del procedimento finalizzato alla formulazione di una proposta da parte dell'apposita commissione prevista dall'art. 240 del Codice dei Contratti pubblici e non solo allorché il valore dell'appalto superi i 10 milioni di euro.

³⁷² Il comma 12 dell'art. 241 del Codice dei Contratti pubblici attribuisce tale compito al Ministero, da eseguire mediante apposito decreto. Detta competenza dovrebbe essere demandata al più ampio potere legislativo. Lo scopo è quello di subordinare l'aggiornamento delle tariffe stesse a un procedimento normativo aggravato, quale è quello del potere legislativo, piuttosto che a un procedimento più snello, quale è quello affidato al Ministro, così da rendere meno rapidi gli aggiornamenti tariffari.

³⁷³ Il Consiglio di Stato richiede di chiarire meglio la disposizione del decreto di attuazione della direttiva 2007/66 nella parte in cui si prevede che la stipulazione del contratto di appalto venga

Il legislatore delegato ha corretto tali distorsioni, procedendo così anche a cancellare dall'ordinamento il divieto di arbitrato³⁷⁶. Sono stati infatti abrogati espressamente i co. 19, 20, 21, dell'art. 3, l. n. 244/2007, contenenti il divieto di arbitrato (art. 15, co. 5, d.lgs. n. 53/2010).

sospesa in caso di riproposizione di ricorso giurisdizionale avverso un provvedimento di aggiudicazione definitiva accompagnato da contestuale domanda cautelare atteso che, sempre a parere del Consiglio di Stato, “non sembra sufficiente il richiamo ai principi riguardanti la diretta e obbligatoria applicabilità delle direttive comunitarie, anche in mancanza di esplicito recepimento”.

³⁷⁴ Il Consiglio di Stato ritiene che sia dubbio che la legge delega di attuazione della direttiva preveda anche una specifica delega per la disciplina dell'accesso ai documenti e suggerisce, pertanto, che venga espunta dal corpo normativo.

³⁷⁵ Il Consiglio di Stato non sembra condividere l'utilità di un procedimento precontenzioso come ipotizzato dal decreto di attuazione; ossia basato su una semplice comunicazione preventiva circa l'intenzione di proporre ricorso giurisdizionale, e ciò in considerazione del già ridotto termine di trenta giorni per la proposizione del ricorso al TAR. Detta procedura non appare, al Consiglio di Stato, idonea a realizzare gli scopi deflattivi del contenzioso cui, invece, si ispira.

³⁷⁶ Con il decreto legge “milleproroghe” l'operatività del divieto degli arbitrati negli appalti pubblici è stata prorogata al 30 giugno 2010. Si tratta della terza proroga sebbene si possa già presagire che il divieto venga meno in favore di una disciplina finalizzata alla velocizzazione dei ricorsi giurisdizionali e alla valorizzazione del cosiddetto “accordo bonario”, nonché delle procedure di precontenzioso dette anche ADR (Alternative dispute resolution), ossia quei meccanismi finalizzati a risolvere una controversia in modo alternativo alla classica lite giudiziaria tra cui, appunto, il ricorso ai procedimenti arbitrali, che il decreto di attuazione della direttiva ricorsi (2007/66) – emanato in attuazione dell'art. 44 della legge 80 del 7 luglio 2009 – reintroduce.

Conclusioni

Dall'analisi effettuata si evidenzia l'impossibilità di descrivere compiutamente il fenomeno rappresentandolo nella rigida contrapposizione di due distinte fasi, senza tener conto degli effetti che ciascuna produce sull'altra, facendone sfumare peraltro i connotati anche in ragione della frequente possibilità di qualificare sotto il profilo privatistico le medesime fattispecie a seconda del particolare caso concreto che di volta in volta occorre affrontare e risolvere.

Da ultimo il comma 1 dell'articolo 121 del D.lgs. n. 104 del 2010 attribuisce al giudice amministrativo la giurisdizione sulla sorte del contratto e sulle sanzioni alternative. Quanto al concreto modo di operare della privazione di effetti del contratto, sia dalla direttiva comunitaria che dalla delega si evince una gradualità di ipotesi, nel senso che nei casi più gravi la regola è la privazione di effetti del contratto, salvo deroghe tassative. Fuori dai casi più gravi, spetta al diritto nazionale disciplinare la privazione di effetti del contratto. In generale, l'inefficacia del contratto è la traduzione di diritto interno della locuzione privazione di effetti contenuta nella direttiva. Nell'attuare le indicazioni della direttiva, la norma riprodotta all'articolo 121 enuclea quali casi di gravi violazioni, pur con diversa scansione normativa, le stesse ipotesi previste dall'articolo 2-*quinqies* della direttiva: l'affidamento diretto, derivante dalla mancanza della necessaria procedura comparativa (lettera *b*) ovvero dal mancato rispetto delle necessarie misure di pubblicità preventiva (lettera *a*); il mancato rispetto della sospensione sostanziale (lettera *c*) e processuale (lettera *d*), qualora tale violazione, aggiungendosi a vizi propri dell'aggiudicazione, abbia influito sulla possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento.

In definitiva, la norma in commento, oltre ad affidare la giurisdizione al Ga, ha introdotto nel contenzioso in materia di contratti pubblici la tanto discussa pregiudiziale amministrativa; infatti, con una disposizione generale rilevante per tutti i casi di inefficacia del contratto, si prevede che presupposto della stessa pronuncia di inefficacia sia l'annullamento dell'aggiudicazione. Il successivo comma 2 pone dei limiti alla declaratoria di inefficacia di cui sopra, *sub specie* del rispetto di esigenze imperative connesse a un interesse generale imponga che i

suoi effetti siano mantenuti. A titolo esemplificativo, e al fine di dare delle coordinate più dettagliate al giudice (il quale spesso non ha la possibilità di acquisire gli elementi di fatto, specie a fronte della iper celerità del processo e del suo carattere comunque dispositivo), la stessa norma precisa che “tra le esigenze imperative rientrano, fra l’altro, quelle imprescindibili di carattere tecnico o di altro tipo, tali da rendere evidente che i residui obblighi contrattuali possono essere rispettati solo dall’esecutore attuale”.

Ad analoghi fini di regolazione dei confini, viene ulteriormente limitata la rilevanza degli interessi economici, i quali possono essere presi in considerazione come esigenze imperative «solo in circostanze eccezionali in cui l’inefficacia del contratto conduce a conseguenze sproporzionate, avuto anche riguardo all’eventuale mancata proposizione della domanda di subentro nel contratto nei casi in cui il vizio dell’aggiudicazione non comporta l’obbligo di rinnovare la gara»; comunque, secondo la stessa norma non rilevano gli interessi economici legati direttamente al contratto, che comprendono fra l’altro i costi derivanti dal ritardo nell’esecuzione del contratto stesso, dalla necessità di indire una nuova procedura di aggiudicazione, dal cambio dell’operatore economico e dagli obblighi di legge risultanti dalla dichiarazione di inefficacia.

Va condivisa quell’autorevole opinione dottrinale per cui, se per un verso la norma esprime un criterio di forte rigore, rafforzando l’idea che l’inefficacia rappresenti la regola mentre la conservazione può affermarsi solo in seguito all’accertamento puntuale di particolari situazioni di fatto, per un altro verso occorrerà verificare quale atteggiamento assumerà la giurisprudenza dinanzi ai margini di elasticità comunque lasciati dalla norma e a fronte dei predetti limiti di cognizione.

Il resto della disposizione prevede due norme di rilievo processuale. Il comma 4, che contiene una norma di copertura prevedendo che nei casi in cui, nonostante le violazioni, il contratto sia considerato efficace o l’inefficacia sia temporalmente limitata si applicano le sanzioni pecuniarie alternative di cui all’articolo 245-*quater*. Il comma 5, che disciplina invece i casi particolari nei quali, pur essendovi violazione delle regole comunitarie giudicate gravi, le regole sull’inefficacia del

contratto non trovano applicazione. Occorre tuttavia che la stazione appaltante attui preventivamente la seguente procedura: *a*) dichiarare, con atto motivato e anteriore all'avvio della procedura di affidamento, che a suo avviso la mancata previa pubblicazione del bando o dell'avviso sia consentita dal codice dei contratti pubblici; *b*) per i contratti di rilevanza comunitaria e per quelli sotto soglia, pubblicati rispettivamente, nella «Gazzetta Ufficiale» dell'Unione europea o della Repubblica Italiana, un avviso volontario per la trasparenza preventiva (*ex ante*) nel quale manifesta l'intenzione di concludere il contratto ai sensi dell'articolo 79-*bis*, disposizione introdotta dall'articolo 3 del D.lgs. in esame in attuazione dell'articolo 3-*bis* della direttiva n. 665/89/Cee secondo cui il predetto avviso volontario è strumentale alla procedura di consultazione; *c*) il contratto non sia stato concluso prima dello scadere di un termine di almeno dieci giorni decorrenti dal giorno successivo alla data di pubblicazione dell'avviso volontario per la trasparenza preventiva.

Il sistema delineato dalla norma precedente si completa con l'articolo 122, il quale riproduce l'articolo 245-*ter* del codice degli appalti introdotto in attuazione della direttiva ricorsi, il quale disciplina i casi di violazioni valutate meno gravi.

La norma attribuisce al giudice il potere di scelta tra dichiarazione di inefficacia del contratto e sanzioni alternative. Prescrive in particolare che fuori dei casi indicati dagli articoli precedente e successivo (inefficacia obbligatoria e sanzioni alternative), il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva stabilisce se dichiarare inefficace il contratto fissandone la decorrenza. Per fare ciò il giudice valuta una serie di elementi: gli interessi delle parti; l'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati; lo stato di esecuzione del contratto e la possibilità di subentrare nel contratto, nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara e la relativa domanda sia stata proposta. Sul punto la direttiva non ha imposto un indirizzo agli Stati membri, lasciandoli liberi di prevedere, al di fuori delle violazioni più gravi, altri casi d'inefficacia del contratto ovvero di salvaguardarne la stabilità riversando la tutela interamente sul piano del risarcimento per equivalente. La direttiva sul punto prevedeva la facoltatività della privazione

degli effetti cosicché l'ordinamento può scegliere tra tale inefficacia e l'applicazione di sanzioni alternative; più in particolare, la scelta può essere compiuta in via generale e astratta dal legislatore ovvero rimessa di volta in volta all'autorità giurisdizionale. In precedenza l'ordinamento nazionale, a sua volta, aveva espresso un principio diverso da quello formatosi negli altri Stati membri. Mentre in questi ultimi era dominante la regola per cui l'annullamento dell'aggiudicazione non provoca la nullità ovvero l'inefficacia del contratto, nell'ordinamento italiano si è imposto il principio opposto. Nel corso dell'ultimo decennio, anche sulla scorta delle norme in tema di giurisdizione esclusiva, il giudice amministrativo ha provato a scardinare la tesi che separava nettamente la fase procedimentale dell'evidenza pubblica da quella negoziale, sovvertendo la tesi tradizionale della mera annullabilità del contratto e ammettendo che l'annullamento del provvedimento amministrativo di chiusura della prima fase potesse determinare la caducazione del contratto.

Tale strada si era poi infranta contro il muro della giurisdizione; i tentativi di recupero tramite l'ottemperanza sono stati scavalcati, nelle più rosee aspettative dei sostenitori della giurisdizione amministrativa, proprio con la direttiva ricorsi e con la relativa attuazione.

Il D.lgs. 140/2010 imbrocca la seconda alternativa della direttiva, statuendo nei casi reputati a livello comunitario come meno gravi (cioè quelli diversi dall'articolo 121), la facoltatività dell'inefficacia e affidando tale delicato compito al giudice amministrativo. Dall'analisi della norma, appare evidente come il bilanciamento degli elementi e interessi indicati dall'articolo 122 venga ad attribuire un potere discrezionale tanto ampio, tale da o integrare finalmente in pieno il concetto di giurisdizione esclusiva o, altrimenti, da sfociare nella giurisdizione di merito (invero compresa dalla delega). Nella prima direzione, invero più consona all'immagine del giudice amministrativo del nuovo processo, effettivamente nel caso *de quo* paiono intrecciarsi situazioni qualificabili tradizionalmente quali interessi legittimi - delle imprese quali partecipanti alla gara e rispetto alle contestazioni degli atti di questa fino all'approvazione

dell'aggiudicazione – e diritti soggettivi - delle imprese che hanno stipulato il contratto.

Rispetto ad alcuni precedenti nazionali, la norma svela la propria origine comunitaria per un carattere pragmatico e concreto, in quanto non pare esprimere un *favor* di principio per l'una o l'altra soluzione, cioè per l'inefficacia ovvero per la conservazione del contratto. Vengono dettati una serie di criteri e di parametri da cui emergono tre ordini di profili da valutare e riordinare nel caso di specie: il principio della domanda e la posizione del ricorrente; la condizione di chi è risultato aggiudicatario e la relativa buona fede (da intendersi evidentemente in senso oggettivo); non ultimo, e seppur non direttamente espresso, l'interesse pubblico sotteso alle esigenze della stazione appaltante e degli interessi della collettività legato allo svolgimento del contratto. Quest'ultimo è un profilo che tradizionalmente il giudice amministrativo è chiamato a valutare e che anche in tale occasione ne influirà le statuizioni.

La prova cui è chiamato il giudice amministrativo non è semplice, sebbene gli strumenti e la tradizione facciano deporre per un cauto ottimismo, nella misura in cui riescano a combinarsi due opposte esigenze: il rispetto della celerità dei tempi processuali dettati dalle nuove norme; la necessità di acquisire, pur in tali brevi tempi, adeguati elementi istruttori e di fatto, in quanto la decisione presuppone la piena conoscenza della concreta situazione su cui si va direttamente a incidere.

Il richiamo mira a regolare i rapporti tra domanda di annullamento dell'aggiudicazione con conseguente privazione di effetti del contratto e domanda di risarcimento del danno per equivalente.

Secondo le richiamate disposizioni delle direttive, gli Stati membri possono prevedere che, qualora venga richiesto un risarcimento dei danni conseguenti a un provvedimento illegittimo, per prima cosa l'organo competente annulli il provvedimento. Si consente, cioè, agli Stati membri, di dare priorità alla cosiddetta tutela di annullamento, in virtù della quale, rimossa l'illegittima aggiudicazione, il ricorrente trova ristoro nella possibilità di conseguire l'aggiudicazione.

Tale meccanismo pone le stazioni appaltanti al riparo dal rischio di dover pagare il medesimo appalto una pluralità di volte, da un lato all'esecutore, dall'altro lato ai concorrenti che, impugnando l'aggiudicazione, non chiedono l'aggiudicazione e il contratto per sé, ma solo il risarcimento del danno. Tale meccanismo autorizza, in definitiva, gli Stati membri a dettare imperativamente una priorità delle domande giurisdizionali, sottraendola alla disponibilità delle parti. Sicché, l'impugnazione degli atti di gara e dell'aggiudicazione va sempre interpretata, anche in difetto di espressa indicazione, come domanda volta a conseguire l'aggiudicazione e il contratto.

Bibliografia:

- AA.VV., *Codice commentato della L. 241/90 riformata*, Maggioli, Rimini, 2006;
- AA.VV., *Diritto Amministrativo, I, Parte Generale*, a cura di G. Greco, Bologna, 2001;
- AA.VV., *L'azione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2005;
- Albonetti Daniela, *Le patologie nei lavori pubblici*, Maggioli, 2005;
- Amirante, voce *Locazione* (dir. Romano), in *Noviss. Dig. It., Vol. IX*;
- Amore Giuliana, *Appalto e claim*, Padova, Cedam, 2007;
- Baldi M. e Tomei R., *La disciplina dei contratti: commentario al codice degli appalti*, Milano, Ipsoa, 2009;
- Barbera, *La presupposizione nel sistema dei rimedi contrattuali, in sopravvenienze e dinamiche di equilibrio tra controllo e gestione del rapporto contrattuale*, Giappichelli, 2006;
- Barone G., *L'incidenza della nuova disciplina dell'invalidità degli atti amministrativi sui poteri di autotutela della pubblica amministrazione*, in www.giustamm.it;
- Bavetta G., *Il fallimento dell'appaltatore di opere pubbliche*, in *Dir. fall.*, , I, 1964;
- Beccari D., *La sorte del contratto in caso di annullamento dell'aggiudicazione: questioni di giurisdizione e giudizio di ottemperanza*, in *Urb. app.*, 2008;
- Benedetti, *I contratti della Pubblica Amministrazione tra specialità e diritto comune*, Torino, Giappichelli, 1999;
- Bertini, *La revoca degli atti di gara e la responsabilità della stazione appaltante in urbanistica e appalti n. 7/2009*;
- Bovis Christofer H., *EU public procurement law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2007;
- Busnelli F., voce *Illecito civile*, in *Enc. giur.*, XV, Roma, 1991;
- Cagnasso, *Appalto e sopravvenienza contrattuale. Contributo a una revisione della dottrina della eccessiva onerosità*, Giuffrè, Milano, 1979;

Cannada-Bartoli E., *Imparzialità e buon andamento in tema di scrutini di merito comparativo*, in *Foro amm.*, II, 196,;

Carbone e Maiellaro, *La risoluzione del contratto di appalto di lavori pubblici a tutela dell'appaltatore*, *Riv. Trim. app. n. 1/2010*;

Carbone P.A., *Cessione del ramo d'azienda e opere pubbliche*, *Riv. trim. appalti I*, 1995;

Caringella F., *Affidamento e autotutela: la strana coppia*, in www.giustizia-amministrativa.it;

Caringella F., *Annullamento della procedura di evidenza a monte e sorte del contratto a valle: patologia o inefficacia*, in *Corr. giur.*, 2004;

Caringella F., L. Delpino, F. del Giudice, *Diritto Amministrativo*, Napoli, 2003;

Caringella F., M.T. Sempreviva, *Il Procedimento amministrativo*, Napoli, 2005;

Caringella F., *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione: un istituto dal sesso incerto*, in www.giustizia-amministrativa.it;

Casetta E., *Manuale di Diritto amministrativo*, Milano 2004;

Casetta E., *Attività amministrativa*, in *Dig. isc. Pubbl.*, vol. I, Torino Utet, 1987;

Cassano Giuseppe, a cura di, *L'attività contrattuale della pubblica amministrazione*, Padova, Cedam, 2005;

Cassese Sabino, *Corso di diritto amministrativo*, Milano Giuffrè, 2007;

Castelli-Avolio, *Sulla natura contrattuale del contratto dell'appalto di opere pubbliche*, Padova 1940;

Cedon Paolo, *Commentario al Codice Civile*, 2008;

Centofanti Nicola, *La patologia del contratto di appalto di opere pubbliche nella giurisprudenza*, Padova, Cedam, 2000;

Cerulli Irelli, *Diritto amministrativo e diritto comune: principi e problemi*, in *scritti in onore di Guarino*, Padova, Cedam, 1998;

Cerulli Irelli, *L'annullamento dell'aggiudicazione e la sorte del contratto*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, Ipsa, 2002;

Cerulli Irelli, *Osservazioni sulla legge di modifica della L. n. 241/90 - I parte*, in www.giustamm.it;

Chiti M.P., *Monismo o dualismo in diritto amministrativo: vero o falso dilemma?*, In *Riv. Trim. di dir. Pubbl.*, 2000;

Cianfalone Antonio e Giovannini Giorgio, *L'appalto di opere pubbliche*, XI edizione Milano 2003;

Cintoli F., *Annullamento dell'aggiudicazione, buona fede e metodo giuridico*, in *Dir. e form.*, 2003;

Cogliolo, *La c.d. clausola rebus sic stantibus e la teoria dei presupposti*, in *Scritti vari di diritto privato*, Torino, 1913;

Contaldi La Grotteria Carlo, *La Pubblica Amministrazione può revocare l'aggiudicazione*, in *Il sole 24ore*, n. 10, 2009;

Conti, *I comportamenti (buoni e cattivi) e la giurisdizione*. *Urb. App.*, 2006;

Coraggio G., *Effettività del giudicato e invalidità del contratto stipulato a seguito di aggiudicazione illegittima*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2003;

Corso G., *Tutela della concorrenza*, in G. Corso - V. Lopilato, *Il diritto amministrativo dopo le riforme costituzionali, parte speciale, I vol.*, Milano, 2006;

De Luca A. e di Majo A., *con nota di, Corte Cost. sentenza n. 401/2007 in Corriere giuridico 08/08*;

De Luca F., *Cessione ramo di azienda e successione nel contratto di appalto: brevissime considerazioni*, *Riv. trim. appalti I*, 1999;

De Nictolis R., *Il nuovo contenzioso in materia di appalti pubblici alla luce del codice dei contratti pubblici*, Milano, 2007;

De Nictolis R., *Le novità del terzo correttivo del codice dei contratti pubblici in urbanistica e appalti*, n. 11/2008;

De Nictolis, *La nuova disciplina antimafia in materia di appalti*, *Urbanistica e appalti*, 10/2010;

De Palma M., *La responsabilità nelle gare d'appalto*, in *La responsabilità civile della P.A.*, diretta da F. Caringella-M. Protto, III, Torino, 2005;

De Tilla, *L'appalto privato e pubblico*, Milano, I, 1996;

Fantini S., " *La revoca dei provvedimenti incidenti su atti negoziali*", in *Dir. proc. amm.*, 2009;

Fantini S., *Gli effetti sul contratto dell'annullamento dell'aggiudicazione: profili di effettività della tutela giurisdizionale*, in *Urb. E app.*, 2003;.

Follieri E., *Il modello di responsabilità per lesione di interessi legittimi nella giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo: la responsabilità amministrativa in diritto pubblico*, in questa Rivista, 2006;

Follieri E., *La fase cautelare*, in F.G. Scoca (a cura di), *La giustizia amministrativa*, torino 2006;

Fracchia, *La parabola del potere di disporre il risarcimento: dalla "giurisdizione esclusiva" alla giurisdizione del giudice amministrativo*, *Foro it.*, 2004;

Franchini C., *Tendenze recenti dell'amministrazione italiana e accentuazione delle interferenze tra diritto pubblico e diritto privato*, in *Scritti in onore di G. Guarino*, vol.II, Padova, Cedam, 1998;

Franchini Claudio, a cura di, *I contratti con la pubblica amministrazione*, Utet, Milano, 2007

Franzoni M., *Il danno risarcibile*, in *Trattato della responsabilità civile*, diretto da M. Franzoni, Milano, 2004;

Gabrieli V., *Ancora sulla sorte del contratto di appalto per effetto dell'annullamento dell'aggiudicazione: la tesi dell'inefficacia sopravvenuta, i risvolti sulla giurisdizione, la tutela riparatoria*, in *Riv. Trim. App.*, 2008;

Galgano F., *Diritto Civile e commerciale*, vol. I, 1999, Padova, Cedam;

Galgano Francesco, a cura di, *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca, Dell'appalto*, Bologna, Zanichelli, 2007;

Galli D., *Gara virtuale e satisfattività della tutela*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008;.

Gallo P., *Consiglio di Stato e Corte di Cassazione finalmente d'accordo?*, in *Urb. App.*, 2008;.

Gallo, *Il Consiglio di Stato sulle varianti per la realizzazione delle opere pubbliche, in urbanistica e appalti fasc. 8* 2004;

Gallo, *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano, 1992;

Garofalo L., *La figura legislativa della caducazione del contratto*, in *Urb. app.*, 2008;

Garofalo, *La responsabilità dell'amministrazione: per l'autonomia degli schemi ricostruttivi*, in *Dir. amm.*, 2005;

Garofoli Roberto e De Gioia Valerio, *Appalti e contratti, Percorsi giurisprudenziali*, Milano, Giuffrè, 2007;

Giampieri, *Rischio contrattuale in common law*, in *Contr. impr.*, 1996;

Giannatanasio, *Appalto*, in *Trattato dir. civ. comm.*, diretto da Cicu e Messineo XXIV, II, Milano, 1974,;

Giannini M.S., *Diritto amministrativo*, 2^a ed., Milano, 1988;

Giaviazzi M., *L'effetto invalidante del vizio del procedimento di evidenza pubblica sull'attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2005;

Giazzi F., *Considerazioni in tema di responsabilità precontrattuale della P.A.*, in *Danno e Resp. n. 12/2007*;

Guarino, *L'organizzazione pubblica*, Milano Giuffrè, 1977;

Guarino, *Locazione*, Milano Giuffrè, 1964;

Guidarelli G., *La reintegrazione in forma specifica nella tutela giurisdizionale dell'interesse legittimo*, in questa Rivista, 2006;

Imarisio, *Il subappalto*, in *Obbl. e contr.*, 2008;

Immordino M., *L'attività contrattuale della P.A.*, in *Diritto Amministrativo*, a cura di F.G. Scoca, Torino, 2008;

L. Kunz, *Percorsi verso la concretizzazione delle clausole generali. Quale contributo della scienza giuridica tedesca del Diritto privato europeo? (Giornata di studi, 29 aprile)*, in *Die Generalklausel im Europäischen Privatrecht*, a cura di C. Baldus, P.C. Muller-Graff, Munchen, 2006;

Lamberti C., *L'esecuzione dell'annullamento: prove di un dialogo (1089-1095)* in *Urb. e app.*, 2008;

Lamberti Cesare, *L'accordo bonario nel codice degli appalti in Urbanistica e appalti*, *Ipsa n. 4/2008*;

Leggiadro F., *Il concetto di irregolarità contributiva o fiscale. Il TAR Lazio investe la Corte di Giustizia, commento a TAR Lazio, 28 aprile 2004, 3606 in Urbanistica e appalti, IPSOA, 2004*;

Libertini M., *La tutela della concorrenza nella Costituzione italiana*, in *Giur. cost.*, 2005;

Lipari M., *Aggiudicazione, stipulazione ed approvazione del contratto*, in AA.VV., *L'appalto di opere pubbliche*, (a cura di R. Villata), Padova, 2001;

Lipari M., *Il recepimento della direttiva ricorsi: il nuovo processo super-accelerato in materia di appalti e l'inefficacia flessibile del contratto* in www.federalismi.it;

Lombardi L., *la disciplina dei requisiti di ordine generale nel Codice De Lise*, in *Urb. e app.*, 2007;

Lopilato V., *Appalti e servizi pubblici fra Stato e Regioni*, in www.giustamm.it, n. 12, 2007;

Lopilato V., *Vizi della procedura di evidenza pubblica e patologie contrattuali*, in *Foro Amm. TAR*, 2006;.

Lopilato, *Le clausole di rinegoziazione nei contratti ad evidenza pubblica in Giustizia amministrativa*, rivista di diritto pubblico, n. 9/2006;

Marchetti B., *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto: Esperienze europee a confronto*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1/2008;

Marrone C., *L'invalidità del provvedimento amministrativo e i suoi riflessi nelle procedure ad evidenza pubblica sul contratto concluso dalla P.A. con l'aggiudicatario*, in *Riv. Trim. dir. amm.*, 2006;

Masera S.R., *Annullamento in autotutela di aggiudicazione e caducazione del contratto*, in *Urb. App.*, 2007;

Masera S.R., *La eliminazione del danno ingiusto tra tutela di annullamento e tutela risarcitoria*, in *Urb. App.*, 2008;

Masera S.R., *La reintegrazione in forma specifica nel processo amministrativo* in *Dir. Proc. Amm.*, 2003;

Massera A., *I contratti*, in *Trattato di diritto Amministrativo*, 2003;

Massera, *I principi generali dell'azione amministrativa tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, in *Diritto amministrativo*, 4, 2005;

Mele Eugenio, *I contratti delle Pubbliche Amministrazioni*, Giuffrè, 2002;

Mezzotero Alfonso, *Le informative prefettizie antimafia: natura, tipologie ed effetti interdittivi*, in *Giur. Merito* 2009;

Miele, *La manifestazione della volontà del privato nel campo del diritto amministrativo*, Roma, 1931;

Milazzo Francesco, *Appalti pubblici in epoca proto repubblicana*, in *Archivum Historicum Mothycense* n. 5, 1995;

Montedoro M., *Illegittimità del procedimento ad evidenza pubblica e nullità del contratto d'appalto ex art. 1428, comma 1 c.c. Una radicale svolta della giurisprudenza tra luci ed ombre*, in *Foro Amm.*, 2002;

Montedoro, *I rapporti tra evidenza pubblica e contratto di appalto. Urb. e app.*, 2003

Monteferrante, *La disciplina privatistica degli atti di natura non autoritativa della pubblica amministrazione, Testo provvisorio della relazione tenuta al Convegno su "Le nuove norme generali dell'azione amministrativa: la legge 11.2.2005 n. 15 e le successive modifiche" organizzato a Pescara il 21.6.2005 dalla Provincia di Pescara in collaborazione con gli Avvocati Amministrativisti e con l'Osservatorio sugli Enti Locali della Regione Abruzzo*.in www.giustizia-amministrativa.it;

Moscarini L.V., *Vizi del procedimento e invalidità o inefficacia del contratto*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2004;

Mucio C., *Mancata aggiudicazione e autotutela della p.a.*, in *Urbanistica e appalti, Ipsoa*, 1999;

Musolino, *Caso fortuito e forza maggiore nel contratto d'appalto*, in *Riv. Trim. appalti*, 2003, n.3;

Musolino, *Il recesso ad nutum del committente nell'appalto pubblico e privato e l'inadempimento dell'appaltatore*, in *Riv. Trim. app. n. 2/2007*;

Musolino, *La risoluzione del contratto nell'appalto pubblico*, in *Riv. Trim. app. n. 2/2008*;

Napolitano Giulio, *L'attività amministrativa e il diritto privato*, in *Giornale di diritto amministrativo*, Milano, Ipsoa n. 5, 2005;

Oberdan Forlenza, *Con l'annullamento dell'aggiudicazione può scattare il giudizio di ottemperanza*, in *Guida dir.*, 2008;

Oberdan Forlenza, *Ribadito il principio della chance risarcibile se la lesione è certa e non solo probabile*, in *Guida dir.*, 2008;

Pajno A., *Il giudice amministrativo e la tutela dei diritti*, in *Diritto proc. amministrativo*, 2005;

Panzani Luciano e Fauceglia Giuseppe *Fallimento e altre procedure concorsuali di*, Utet, 2009;

Patrito Paolo, *L'art. 38 del Codice dei contratti pubblici nuovamente al vaglio della giurisprudenza*, in *Urb. e App.*, 2009;

Patti Salvatore, *Risoluzione per inadempimento, contratti di durata e contratto di appalto*, in *Il contratto e le tutele, prospettive di diritto europeo a cura di Salvatore mazza muto*, Giappichelli, 2002;

Pattonelli L., *Annullamento degli atti di gara e sorte del contratto*, in *Urb. e app.*, 2008;

Pavoni, *La revoca alla luce della più recente giurisprudenza*, Riv. Civ. prev. 2010;

Perfetti Luca, *La cessione del contratto di appalto con la pubblica Amministrazione*, in *Diritto amministrativo*, 2002;

Peron Sabrina, *Ius Variandi nel contratto di appalto in Obbligazioni e contratti*, 2009;

Picozza E., *La tipologia e gli effetti del processo cautelare*, Cedam, 2003;

Pifferi G., *Annullamento di ufficio di un atto illegittimo da breve tempo adottato*, in *Amm. It.*, 1994;

Pittalis, voce *Appalto pubblico*, in *Dig. Disc. Pubbl*, IV, Torino, 1987;

Quadri Elena, *Dichiarazione di inizio attività ed esercizio del potere di autotutela dell'amministrazione*, in *Urbanistica e appalti*, Ipsosa n.2, 2009;

Rescigno P., *Capacità giuridica in Dig. disc. Priv. Sez. civile*, vol. II, 1988, Torino Utet;

Rescigno P., *L'appalto*, in *Trattato di diritto privato*, UTET, 1991;

Ricciuto, voce *Subcontratto*, in *Enc.dir.*, XXX, 1997;

Rubino Domenico e Moscati Enrico, *L'appalto*, in *trattato di diritto civile italiano*, Utet, 1980;

Rubino, Iudica, *Dell'appalto*, in *Comm. Cod.civ. Scialoja-branca a cura di Galgano sub art. 1655-1677*, Bologna 1992;

Ruiu T., *La Cassazione torna sul tema della sorte del contratto di appalto per effetto dell'annullamento dell'aggiudicazione: la teoria della caducazione automatica e la tutela del contraente "illegittimo"*, in *Riv. trim. app.*, 2007;

Ruiu, *Ancora sulla sorte del contratto di appalto per effetto dell'annullamento dell'aggiudicazione: la tesi dell'inefficacia sopravvenuta, i risvolti sulla giurisdizioni, la tutela riparatoria*, in *Riv. Trim. App.*, 2008;

Salvi C., *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto privato, a cura di Iudica e Zatti, Milano, 2005*;

Sandulli, *Deliberazione di negoziare e negozio di diritto privato della P.A.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965;

Sanino M., *Commento al Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi forniture D.lg. 12 aprile 2006 n. 163 Torino 2006*;

Sanino M., *Procedimento amministrativo e attività contrattuale della pubblica amministrazione, Torino, Giappichelli, 2003*;

Santoro Pelino, *Trattato breve dei contratti pubblici, Maggioli editore, 2007*;

Santoro Pelino, *Il ritorno all'aggiudicazione provvisoria (atto secondo). Brevi considerazioni*, in *Riv. Trim. appalti 2006*;

Santoro Pelino, *La responsabilità civile, penale ed amministrativa nei contratti pubblici*, Giuffrè, 2009;

Scoca F.G., *"Autorità e consenso"*, in *Dir. amm.*, 2003;

Scoca F.G., *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto*, in *Foro Amm. TAR*, 2007;

Sigismonidi, *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto: una questione definita con l'affermazione della giurisdizione del giudice ordinario in Urb. App.*, 2008;

Sticchi Damiani, *La nozione di appalto pubblico, Milano, 1999*;

Tarullo S, *con il commento di, La Corte di giustizia e la tutela cautelare ante causam nel processo amministrativo: un nodo da sciogliere*, www.giustamm.it;

Tassan Mazzocco, Angeletti, Bombelli, Guffanti, Manzi, Perulli, Robaldo, Sciumè, Zoppolato, *Legge quadro sui lavori pubblici (Merloni quater)*, Giuffrè editore, Milano, 2003;

Tassone S., *Illegittimità della procedura di evidenza pubblica e sorte del contratto privatistico medio tempore stipulato*, in *Giur. It.*, I, 2006;

Travi A., *Processo amministrativo e azioni di risarcimento del danno*, *Dir. Proc. Amm.*, 2003;

Travi, *La giurisdizione esclusiva prevista dagli art. 33 e 34 d.lgs. n. 80/98 dopo la sentenza della Corte costituzionale 6 luglio 2004, n. 204 Foro it.*, 2004;

Trimarchi Banfi, *i rapporti contrattuali della pubblica amministrazione* in *Dir. Pubbl.* I, 1998;

Vagnozzi D. *Il subappalto nei contratti pubblici*, in *Riv. Trim. appalti*, 4, 2001;

Varrone, *L'invalidità del provvedimento amministrativo e i suoi riflessi nelle procedure di evidenza pubblica sul contratto concluso dalla P.A. con l'aggiudicatario*, in *Riv. trim. dir. amm.*, 2006;

Vinti Stefano, *Limiti funzionali all'autonomia negoziale della pubblica amministrazione nell'appalto di opere pubbliche*, Padova, Cedam, 2008;

Virga G., *Nomen juris del provvedimento e conseguenze che derivano dall'esatta qualificazione del potere esercitato (Il ritiro del bando di gara tra annullamento e revoca)*, in www.lexitalia.it;

Visintini, *Trattato breve della responsabilità civile*, Padova, 2005;

Visintini, *Trattato della responsabilità contrattuale: vol. I Inadempimento e rimedi*, Cedam 2009;

Vivarelli M.G., *Le conseguenze dell'annullamento della gara pubblica*, in *Riv. Trim. app.*, 2008;

Volpato M., *Annulamento dell'aggiudicazione ed effetti sul contratto. Rapido excursus degli orientamenti prevalenti*, in *Contratti dello Stato ed enti pubblici*, 2004;

Windscheid, *Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung*, Dusseldorf, 1850;

Zatti P., *Persona giuridica e soggettività: per una definizione nel concetto di persona nel rapporto con la titolarità delle situazioni soggettive*, Padova Cedam, 1975;

Zerman P.M., *Annulamento dell'aggiudicazione illegittimità ed effettività della tutela giurisdizionale: la sorte del contratto medio tempore stipulato (commento alla*

decisione del Consiglio di Stato, sez. V, 19 maggio 2009 n. 3070), in www.giustizia-amministrativa.it, luglio 2009;

Zweigert e Kotz, *Introduzione al diritto comparato*, II, Milano, 1995.

Sentenze:

*Appello Palermo 30 marzo 1999, in *Fallimento 2000*, II, 182;*

*C.G.A. Sicilia, 8 marzo 2005, n. 104, in *Cons. Stato*, 2005, I, 548;*

*Cass., Sez. I, 17 novembre 2000, n. 14901, in *Giustizia civile, Massimario annotato della Cassazione*, Giuffrè editore, Milano, 2002;*

*Cass., Sez. I, 26 maggio 2006, n. 12629, in *Riv. Trim. app.*, 2007, 213;*

*Cass., Sez. I, 4 settembre 1985, n. 3551, in *Resp. civ. prev.*, 1986, 48.*

*Cass., Sez. III, 9 febbraio 2002, n. 193, in *Massimario della Giurisprudenza Italiana*, Utet Giuridica, 2002;*

*Cass., Sez. Un., 11 giugno 1998, n. 5807, in *Urbanistica e Appalti, Ipsoa 1999*, 478.*

*Cass., Sez. Un., 11 giugno 2001, n. 7859, in *Foro it.*, 2002, I, 2968.*

*Cass., Sez. Un., 13 giugno 2006, nn. 13659 e 13660, in *Corr. merito*, 2006;*

*Cass., sez. un., 18 luglio 2008 n. 19805, in *Urbanistica e Appalti, Ipsoa 2008*;*

*Cass., Sez. Un., 23 aprile 2008, n. 10443, in *Urbanistica e Appalti, Ipsoa*, 2008;*

*Cass., Sez. Un., 28 dicembre 2007, n. 27169, in *Foro Amm.*, Giuffrè, 2008;*

*Cass., Sez. Un., 28 novembre 2007, n. 24658, in *Urbanistica e Appalti, Ipsoa*, 2008;*

*Cass., Sez. Un., 7 novembre 2008, n. 26790, in *Urbanistica e Appalti, Ipsoa*, 2009;*

*Cassazione Civile 3 giugno 1967 n.1218, *Foro Amm*, Giuffrè, 1967;*

*Cassazione Civile 7 agosto 1993, n. 8565, in *Giust. Civ. 1994*, I pag 3245*

*Cassazione Civile, Sez. III, 19 ottobre 2006, n. 22396, in *I contratti, Ipsoa 6/2007*.*

*Cassazione Civile. 14 aprile 1942 n. 963 in *Mass. foro it. 1942**

*Cassazione Civile. 5 settembre 1994 n. 7649 in *Rep. Gius. civ.1994*, n. 29*

*Cassazione Civile., sez. I, 26 febbraio 1991 n. 2052, in *Giust. civ. Mass. 1991*, II*

*Cassazione SS.UU. Ord. n. 2906 del 10 febbraio 2010 in *Urbanistica e Appalti, Ipsoa*, 2010;*

*Cassazione, Sez. Un., 11 febbraio 1982, n. 835, in *Foro it.*, 1983, I, 1081*

CGCE, 3 aprile 2008, C- 444/06, *Commissione v. Spagna*, in *Public Procurement Law Review*, 2008, NA212, con nota di M. Oder, *Requirements of effective remedies prior to the conclusion of a contract: a note on the judgement of the Court of Justice in Commission v. Spain*.

CGCE, sez. VI, 28 ottobre 1999, C-81/98, *Alcatel Austria v. Bundes Ministerium fur Wissenschaft und Verkehr*, in *Edil. E terr.*, 1999, 45, 62;

Cons. di Stato sez. IV 24 febbraio 2004 n. 717, in *Urbanistica e Appalti*, Ipsoa, 2004;
Cons. Giu. Amm. della Sicilia 22 marzo 2000 n. 119 in *Consiglio di stato voll* , 754,2000;

Cons. giust. amm., 19 ottobre 2006, n. 587 in *Urbanistica e Appalti*, Ipsoa 2007;

Cons. Stato, Sez. V, 30 novembre 2007, n. 6137, in *Giorn. dir. amm.*, Ipsoa, 2008;

Consiglio di Stato Ad. Plen., 23 gennaio 2003, n. 3, in *Foro Amm. CdS*, 2003, 497.

Consiglio di Stato sez V 15 giugno 2010 n. 3579 in www.giustizia-amministrativa.it.

Consiglio di Stato sez. V n. 5427 del 10 settembre 2009 *sole24ore* n.10/2009

Consiglio di Stato sez. VI 25 gennaio 2008 n. 213 in *Foro Amm. CdS* 2008 I, 147.

Consiglio di Stato sez. VI, 10 novembre 2004 n. 7256 in www.giustizia-amministrativa.it,

Consiglio di Stato sez. VI, 21 maggio 1982, n. 419, in *Arch. Giur. op. pubb.* 1982, 113;

Consiglio di Stato sez. VI, 24 dicembre 1982, n. 721, in *Cons. Stato*, 1982, I, 1610.

Consiglio di Stato sez. VI, 29 ottobre 2002, n. 5903, in *Foro amm. CDS* 2002, 2385;

Consiglio di Stato, Ad. Plen., 19 ottobre 1955, n. 17, in *Cons. Stato*, 1955, I, 990;

Consiglio di Stato Ad. Plen., 21 novembre 2008, n. 12 in *Urbanistica e Appalti*, Ipsoa, 2009;

Consiglio di Stato, ad. plen., 30 luglio 2008, n. 9, in *Guida dir.*, 2008;

Consiglio di Stato, sez. V, 28 marzo 2008, n. 1328, in *Urb. App.*, 2008;

Consiglio di Stato, sez. IV, 14 giugno 2001, n. 3169, in *Riv. giur. ed.*, 2001, I, 944.

Consiglio di Stato, sez. IV, 20 luglio 2005, n. 3909, in *Foro Amm. CdS*, 2005, 2132;

Consiglio di Stato, Sez. IV, 21 maggio 2004, n. 3355, in *Foro it.*, 2005, III, 551.

Consiglio di Stato, sez. IV, 28 marzo 2008, n. 1328, in www.giustamm.it, n. 3, 2008.

Consiglio di Stato, sez. V, 12 febbraio 2008, n. 490, in *Guida dir.*, 2008, 101;

Consiglio di Stato sez. V, 15 marzo 2004, n. 1280, in Foro Amm., CdST, 2004, 825;
Consiglio di Stato, sez. V, 22 giugno 2004, n. 4371, in questa Rivista, 2004, 973;¹
Consiglio di Stato, Sez. V, 28 maggio 2004, n. 3465, in Giust. civ., 2005, I, 2205.
Consiglio di Stato, sez. V, 28 marzo 2008, n. 1331, in Urb. App., 2008, 781.
Consiglio di Stato sez. V, 28 settembre 2005, n. 5196, in Giur. it., 2006, I, 413;
Consiglio di Stato, Sez. V, 5 marzo 2003, n. 1218, in Foro amm. CDS, 2003, 959, con nota di Ieva;
Consiglio di Stato, sez. V, 8 agosto 2005, n. 4207, in Foro amm. CDS, 2005, 2262;
Consiglio di Stato sez. VI, 13 gennaio 1983, n. 2, in Riv. Amm., 1983, 138;
Consiglio di Stato sez. VI, 14 marzo 2005, n. 1047, in Urbanistica e Appalti, Ipsoa, 2005;
Consiglio di Stato sez. VI, 18 giugno 2002, n. 3338, in Foro Amm., CdST., 2002, 1506;
Consiglio di Stato sez. VI, , 19 dicembre 1986, n. 937, in Cons. Stato, 1986, I, 1948
Consiglio di Stato sez. VI, , 27 novembre 2007, n. 6071, in Urb. App., 2008, 753;
Consiglio di Stato sez. VI, 29 marzo 1996, n. 518, in App. Urb. Edil., 1996, 1097;
Consiglio di Stato sez. VI, 3 aprile 2003, n. 1716, in Cons. Stato, 2003, I, 819;
Consiglio di Stato sez. VI, , 30 aprile 1994, n. 652, in Cons. Stato, 1994, I, 633;
Consiglio di Stato sez. VI, , 5 maggio 2003, n. 2332, in Urb. e app., 2003;
Consiglio di Stato, 13 marzo 2000, n. 1311, in Foro Amm., 2000, 890;
Consiglio di Stato, 7 settembre 2001, n. 4669, in Foro Amm., 2001, 9;
Consiglio di Stato, Ad. Gen., 6 febbraio 2006, n. 355 in Foro amm., Cons. di Stato, 2006;
Consiglio di Stato, sez. IV, 18 ottobre 2004, n. 6409, in Foro Amm. CdS, 2004, 2801;
Consiglio di Stato, sez. IV, 20 luglio 2005, n. 3909, in Foro Amm. CdS, 2005, 2132;
Consiglio di Stato, sez. IV, 27 giugno 2007 n. 3750, in www.dirittodeiservizipubblici.it;
Consiglio di Stato, Sez. IV, 6 giugno 2008, n. 2680, in Giust amm, 2330,
Consiglio di Stato, sez. V 2208/2002, in Urbanistica e Appalti, Ipsoa 10/2002;
Consiglio di Stato, sez. V, 15 ottobre 2003, n. 6316, in Foro Amm. CdS, 2003, 2977;
Consiglio di Stato, sez. V, 18 ottobre 1996, n. 1253, in Cons. Stato, 1996, 1511;

Consiglio di Stato, Sez. V, 19 maggio 1998, n. 633, in Cons. Stato I, 886, 1998;
Consiglio di Stato, sez. V, 27 novembre 1981, n. 609, in Cons. Stato, 1981, 2820;
Consiglio di Stato, Sez. V, 30 novembre 2007, n. 6137, in Giorn. dir. amm., 2008;
Consiglio di Stato, sez. V, 6 giugno 2002, n. 3173, in Giur. It., 2002, 2408;
Consiglio di Stato, Sez. VI, 11 settembre 2003, n. 5102, in www.giustizia-amministrativa.it;
Consiglio di Stato, sez. VI, 13 maggio 2009, n. 2964, in www.lexitalia.it.
Consiglio di Stato, sez. VI, 14 ottobre 2004, n. 6656, in Foro Amm. CdS, 2004, 2921.
Consiglio di Stato, sez. VI, 14 ottobre 2004, n. 6656, in Foro Amm. CdS, 2004, 2921.
Corte Cost., 11 maggio 2006, n. 191, in Urb. App., 2006, 805,
Corte Cost., 23 novembre 2007, n. 401, in Riv. giur. ed., 2008, 101.
Corte Cost., sen. 6 luglio 2004, n. 204, in Foro it., 2004, I, 2594;
T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 2 novembre 2006, n. 6431, in www.ambientediritto.it
T.A.R. Campania, Napoli, sez. IV, 13 febbraio 2006, n. 2026, in Foro Amm. TAR, 2006;
T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 4 dicembre 2006, n. 13597, in Foro Amm. TAR, 2006;
T.A.R. Lazio, Roma, sez. I-bis, 11 luglio 2006, n. 5766, in www.altalex.com;
T.A.R. Lazio, Roma, sez. II bis, 20 giugno 2008, n. 6078, www.altalex.com;
T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 20 aprile 2009, n. 3984 in Urbanistica e appalti, Ipsosa, n. 7/2009;
T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 9 marzo 2009, n. 2372 in Urbanistica e appalti, Ipsosa 2009;
T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, 8 maggio 2008, n. 1370, in Urbanistica e appalti, Ipsosa, 2008;
T.A.R. Lombardia, Sez. dist. Brescia, 19 marzo 2007, in Giorn. Dir. amm., 2008;
Tar Campania sez I Salerno 28.11.2001 n. 1503 Foro Amm., Giuffrè, 2001;
TAR Campania, Napoli, Sez. VIII, 24 settembre 2008, n. 10735, in Foro amm. TAR, 2008;
TAR Lazio Roma, sez III 9 marzo 2009 n. 2372 in Urbanistica e appalti 7/2009;
TAR Lazio, Roma, Sez. I-bis, 11 luglio 2006, n. 5766, in Foro amm. TAR, 2006;
TAR Lazio, Roma, Sez. II, 9 novembre 2009, n. 10991, in Foro amm. TAR, 2009;

TAR Lazio, Roma, Sez. III, 10 gennaio 2007, n. 76, in Foro amm. TAR, 2007;
TAR Lazio, Roma, Sez. III, 10 gennaio 2007, n. 76,, in Giust. amm 2007;
TAR Lombardia Milano n. 1524 del 17 maggio 2010 in Urbanistica e appalti, Ipsoa, n. 10/2010;
TAR Piemonte, 30 gennaio 2007, n. 464, in Foro amm. TAR, 2007;
TAR Puglia, Bari, sez. I, 29 marzo 2007, n. 945, Foro amm. TAR 2007;
TAR Puglia, Lecce, sez. II, n. 242/1997 in TAR, 1997;
TAR Puglia, Sez. II, 2 maggio 2004, n. 2775, in Foro amm. TAR, 2004;
TAR Sardegna, Cagliari, Sez. I, 12 giugno 2009, n. 976, in Foro amm. TAR, 2009;
TAR Sicilia, Palermo, Sez. I, 8 aprile 2008, n. 456, in Foro amm. TAR, 2008;
TAR Trentino Alto Adige, Trento, 30 luglio 2009, n. 228, in Foro amm. TAR, 2009, 1992,
TAR Veneto n. 1838 del 7 maggio 2010 in Urbanistica e appalti n. 10/10.
TAR Veneto, sez. I, 14 maggio 2007, n. 1461, in Riv. Trim. App., 2008, 273;
TAR Veneto, Sez. I, 3 novembre 2003, n. 5462, in Foro amm. TAR, 2003, 3198;
TAR Veneto, Sez. I, 3 settembre 2003 n. 4608, in Serv. Pubblici e appalti, 2004, 187;
Tribunale Roma, 19 aprile 2002 in Giur. romana 2003, 76;
Tribunale Torino, 1° dicembre 1987, in Giur. it. 1988, I, 2, 254;
Tribunale Treviso, 3 giugno 1999 in Foro Padano 2000, I, 440;