

Diritto amministrativo

RIVISTA TRIMESTRALE

ANNO XVIII - FASCICOLO 2 - 2010

2/2010

In questo numero:

Servizi pubblici, contratti
e concorrenza



GIUFFRÈ EDITORE

ROBERTO CAVALLO PERIN - GABRIELLA M. RACCA

LA CONCORRENZA NELL'ESECUZIONE DEI CONTRATTI PUBBLICI (*)

SOMMARIO: 1. La scelta del contraente e l'esecuzione del contratto. — 2. La rilevanza dei terzi sull'accertamento dell'esatta o inesatta esecuzione contrattuale. — 3. La correttezza nelle trattative e nell'esecuzione degli appalti pubblici come disciplina sulla concorrenza e sulla validità dei contratti pubblici. — 4. Definizione di particolari clausole contrattuali a garanzia della corretta esecuzione della « migliore prestazione ». — 5. Le centrali di committenza e la peculiare professionalità negli appalti pubblici.

1. La disciplina sulla concorrenza garantisce il mercato come libero incontro della domanda e dell'offerta non come fine in sé considerato, ma per offrire ai consumatori un giusto rapporto qualità-prezzo di beni e servizi, incentivando così l'innovazione tecnologica e lo sviluppo delle forze produttive, cioè le capacità professionali di coloro che sono chiamati a partecipare alle produzioni destinate al mercato.

Si è ormai chiarito che la disciplina comunitaria sulla concorrenza è rivolta anzitutto alla tutela delle posizioni soggettive delle imprese (1), cui dovrebbe corrispondere in capo alla pubblica am-

(*) Lo scritto riproduce con aggiornamenti gli interventi di R. CAVALLO PERIN e G.M. RACCA al convegno: *Consip e il sistema italiano di public procurement: concorrenza, regolazione e innovazione*, Bologna, 15 giugno 2009.

(1) A. ROMANO, *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili sono diritti soggettivi*, in questa Rivista, 1998, 1 ss., ove si evidenziano i differenti obiettivi della disciplina nazionale ed europea. G.M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale delle pubbliche amministrazioni nella stipulazione dei contratti pubblici*, in Atti dell'incontro di studio « *Conclusione del contratto preliminare e responsabilità precontrattuale* », Roma, 19-21 gennaio 2009, ove si analizza la tutela accordata ai partecipanti alle gare pubbliche e le forme di responsabilità

ministrazione l'obbligo di tenere un corretto comportamento verso i concorrenti alle gare pubbliche, sicché l'indicata *ratio* normativa (sviluppo tecnologico e delle capacità produttive, un giusto rapporto qualità-prezzo di beni e servizi) si può anche intendere come criterio interpretativo delle norme giuridiche che riguardano la competizione tra le imprese, secondo una interpretazione che coinvolge in definitiva gli stessi rapporti giuridici che queste ultime hanno con i consumatori.

Nei servizi pubblici si è distinto tra concorrenza per il mercato (2) e concorrenza nel mercato (3), ove la prima riguarda le

delle pubbliche amministrazioni; ID., *La responsabilità della pubblica amministrazione e il risarcimento del danno*, in *Responsabilità della pubblica amministrazione e risarcimento del danno innanzi al giudice amministrativo*, a cura di R. GAROFOLI, G.M. RACCA, M. DE PALMA, 40 ss., Milano, 2003; ID., *La responsabilità precontrattuale della Pubblica Amministrazione tra autonomia e correttezza*, Napoli, 2000, 333; F. DE LEONARDIS, *Soggettività privata e azione amministrativa*, Padova, 2000, 2; D. CASALINI, *Il recepimento nazionale del diritto europeo dei contratti pubblici tra autonomia regionale ed esigenze nazionali di « tutela dell'unità giuridica ed economica » dell'ordinamento*, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2009, 1215.

(2) G. ROMANO, *Commento all'art. 113*, in *Commentario breve al testo unico sulle autonomie locali*, a cura di A. ROMANO e R. CAVALLO PERIN, Padova, 2006, I, 628 ss.; M. D'ALBERTI, *La tutela della concorrenza in un sistema a più livelli*, in questa *Rivista*, 2004, 705 ss., ove si definisce il principio di libera concorrenza quale « canone generale del mercato libero, in virtù del quale sono garantite eguali chances alle imprese che (...) intendono entrare in un certo mercato o continuare ad operare in esso »; M. CLARICH, *Servizi pubblici e diritto europeo della concorrenza: l'esperienza italiana e tedesca a confronto*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2003, 91 ss.

(3) AGCM AS 222 *Servizi pubblici locali* del 8 novembre 2001 in Boll. 43/2001; AGCM 23 maggio 2002, n. 10763, caso A299 *International Mail Express Italy/Poste Italiane*, in Boll. 21/2002; F. MERUSI, *Cent'anni di municipalizzazione: dal monopolio alla ricerca della concorrenza*, in questa *Rivista*, 2004, 37 ss.; G. NAPOLITANO, *I modelli di regolazione dei servizi di pubblica utilità e il consorzio regolamentare europeo*, in *www.giustamm.it*, 18 gennaio 2010; ID., voce *Servizi pubblici*, in *Dizionario di Diritto Pubblico*, diretto da S. CASSESE, Milano, 2006, 5517 ss.; G. DELLA CANANEA, *Dalla concorrenza per il mercato alla concorrenza nel mercato: gli appalti pubblici nei servizi di comunicazioni elettroniche*, in Atti del Convegno: « Il partenariato Pubblico-Privato e il Diritto Europeo degli Appalti e delle Concessioni », Firenze, 28 gennaio 2005, 138; G. ROMANO, *Commento all'art. 113*, cit., 630, ove viene analizzata la disciplina europea e statale sulla concorrenza; E. SCOTTI, *Brevi note in tema di servizi pubblici ed aiuti di Stato*, nota a Corte giust. CE, 24 luglio 2003, causa C-280/00, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2003, 3223 ss., ove l'autrice riporta la disciplina comunitaria della concorrenza al mercato dei servizi

norme che regolano la scelta del gestore che deve avvenire normalmente con gara, mentre la seconda attiene alla disciplina che impone la competizione tra gestori di servizio pubblico — siano essi contingentati o illimitati — cioè alle norme sulla concorrenza che limitano i casi di monopolio naturale o legale nella produzione (art. 106, § 2, TFUE, già art. 86, § 2, TCE) (4), anzi si potrebbe sostenere che il vero momento dell'attuazione della disciplina della concorrenza stia proprio nella competizione tra gli imprenditori di un dato settore.

Se l'analisi teorica ha in tal modo segnalato l'importanza della disciplina sulla concorrenza anche nella fase d'esecuzione del rapporto, che è cronologicamente successiva alla scelta dei gestori (5), al contrario la giurisprudenza ha preferito segnarne

pubblici; P. LAZZARA, *Libera circolazione di capitali e « golden share »*, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2002, 1607 ss., in cui vengono analizzate le clausole statutarie « speciali » che i Governi inseriscono all'interno degli statuti di imprese pubbliche che operano in settori strategici prima della cessione del pacchetto statale di controllo.

(4) Corte cost., 23 novembre 2007, n. 401, in *Foro it.*, 2008, I, 1787, con nota di G. CORSO e G. FARES, *Il codice dei contratti pubblici: tra tutela della concorrenza ed ordinamento civile*; Corte giust. CE, 8 giugno 2000, causa C-258/98, *Giovanni Carra e altri*, in cui la Corte chiarisce che le disposizioni contenute nell'art. 86 TCE hanno effetto diretto negli stati nazionali aggiungendo che i diritti contenuti in tale norma devono essere tutelati dai giudici nazionali; R. CAVALLO PERIN, *I principi come disciplina giuridica del pubblico servizio tra ordinamento interno ed ordinamento europeo*, in questa *Rivista*, 2000, 71 ss., ove, nell'esaminare i principi fondamentali dei pubblici servizi, si rileva come la normativa comunitaria, *ratione temporis* vigente, abbia cercato di « superare i vincoli derivanti dal monopolio naturale derivante dall'uso di beni pubblici » al fine di evitare una limitazione della concorrenza tra i produttori; G.M. RACCA, *I servizi pubblici nell'ordinamento comunitario*, in Atti del Convegno « *La concessione di servizio pubblico* » (S. Margherita Ligure 26-27 marzo 1993), Milano, 1995, già in questa *Rivista*, 1995, 201 ss., sul concetto di onere di servizio pubblico.

(5) G.M. RACCA, *La professionalità nei contratti pubblici della sanità: centrali di committenza ed accordi quadro*, in Atti dell'incontro studio « Gianfranco Mor » « *Sanità e salute alla prova del regionalismo - L'organizzazione della sanità tra stato e regioni* », Milano, 3-4 dicembre 2009, in corso di pubblicazione, dove, con particolare riferimento all'ambito sanitario, la necessità di garantire il corretto adempimento dei contratti stipulati con le pubbliche amministrazioni viene analizzata in relazione alle nuove modalità organizzative delle centrali di committenza, ed all'introduzione normativa di strumenti contrattuali quali l'accordo quadro e le aste elettroniche nonché all'informatizzazione del processo di *e-procurement* dal bando fino al completamento dell'esecuzione contrattuale. Si veda anche: S. SIMONE e

l'irrelevanza, confermando una perfetta continuità con l'originaria interpretazione delle norme sulle gare come poste nell'esclusivo interesse dell'amministrazione pubblica.

La mancata accettazione dell'innovazione comunitaria ha così oscurato la diversa *ratio* normativa imposta dall'ordinamento dell'Unione europea, il quale ha caratterizzato la disciplina sulle gare come norme a favore della concorrenza di tutela dei diritti soggettivi dei concorrenti (6), forse giungendo a relegare l'amministrazione ad una tutela riflessa o secondaria rispetto all'interesse ad un corretto funzionamento del mercato.

Da tale punto di vista l'interpretazione della disciplina comunitaria sulla concorrenza riguarda la disciplina complessiva degli appalti o servizi pubblici, cioè ha ad oggetto il dovere essere dell'amministrazione a partire dall'indizione di un procedimento di scelta dell'imprenditore sino al compiuto adempimento del rapporto contrattuale dell'appaltatore o gestore, che involge rispettivamente i poteri dell'amministrazione pubblica di scelta del contraente e quelli di verifica dell'esatto adempimento delle prestazioni contrattuali, ove quest'ultimo al pari del primo può assumere un rilievo determinante nell'osservanza della disciplina sulla concorrenza.

L'idea di una disciplina unitaria che vede un ritorno circolare a partire dall'esecuzione del rapporto giuridico alla sua definizione (titolo) non è nuova, sia in sede di rilevazione teorica sia empirica.

Nell'interpretare il contratto è noto che ha rilievo la comune intenzione delle parti (art. 1362, comma 1, c.c.) tratta dal comportamento complessivo di queste, anche successivo alla conclusione del contratto (art. 1362, comma 2, c.c.) tra cui vi è certo il fatto

L. ZANETTINI, *Appalti pubblici e concorrenza*, in *Lo Stato compratore, L'acquisto di beni e servizi nelle pubbliche amministrazioni*, a cura di L. FIORENTINO, Bologna, 2007, 142 ss.; G.L. ALBANO, F. DINI e G. SPAGNOLO, *Strumenti a sostegno della qualità negli acquisti pubblici*, in *Quaderni Consip*, 2008, I, 3.

(6) A. ROMANO, *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili sono diritti soggettivi*, cit., 1 ss.; Id., *Sono risarcibili; ma perché devono essere interessi legittimi*, nota a Cass., 22 luglio 1999, n. 500, in *Foro it.*, 1999, I, 3222.

dell'esecuzione — non importa ora se d'adempimento o inadempimento — che nel diritto pubblico, definendo l'interpretazione del contenuto del contratto, assume rilievo nel ragionamento a ritroso della sequenza procedimentale come atto contrattuale che è atto esecutivo (7) dell'esito della gara (c.d. aggiudicazione).

Anche con il principio di buona fede detta oggettiva (art. 1175 c.c.) si prevede una clausola generale di correttezza che s'impone non solo in fase di formazione del contratto, ma anche nell'esecuzione del rapporto obbligatorio che trova specificazione nei successivi artt. 1176 c.c. e 1375 c.c. (8).

La diligenza nell'adempimento (art. 1176 c.c.) identifica la misura idonea a stabilire fino a che punto sia esigibile la prestazione del debitore a seconda della tipologia della prestazione. La clausola generale di buona fede nell'esecuzione del contratto (art. 1375 c.c.) — un tempo considerata mero criterio per la valutazione delle condotte — è più di recente riletta come principio d'integrazione degli obblighi contrattuali che segnano l'individuazione di condotte che contribuiscono alla definizione della prestazione principale e dunque alla sua esecuzione (artt. 1374 e 1375 c.c.) (9).

La buona fede oggettiva (art. 1375 c.c.) assurge a limite contrattuale del « sistema mercato » ove si accolga l'idea che la correttezza sia un limite essenziale alle relazioni tra operatori economici, poiché il perseguimento dell'utile individuale trova limite nella necessità di preservare l'utilità e l'interesse della controparte (solidarietà: art. 2, Cost.) (10) e debbono essere considerate meri-

(7) SALV. ROMANO, *L'attività privata degli enti pubblici: problemi generali, la capacità giuridica privata*, Milano, 1979.

(8) M.C. BIANCA, *Diritto civile*, III, Milano, 2000, 1 ss.; U. DI BENEDETTO, *Diritto civile*, Ravenna, 2002, 495 ss.

(9) Cass., 9 aprile 1987, n. 3480, in *Giur. it.*, 1988, I, 1, 1609.

(10) Cass., 18 febbraio 2005, n. 3370, in *www.cortecassazione.it*; Cass., Sez. un., 28 febbraio 2007, n. 4631, *ivi*; Cass., 18 giugno 2006, n. 14598, *ivi*; Cass., Sez. III, 5 marzo 2009, n. 5348, in *Mass.*, 2009, 1197; Cass., Sez. III, 4 maggio 2009, n. 10182, in *Giust. civ.*, 2009, I, 1817; Cass., Sez. I, 6 agosto 2008, n. 21250, in *Mass.*, 2008, 1208; Cass., Sez. un., 25 novembre 2008, n. 28056, in *Mass.*, 2008, 1615; Cass., Sez. III, 12 aprile 2006, n. 8619, in *Obbl. e contr.*, 2007, 120; Cass., Sez. III, 15 febbraio 2007, n. 3462, in *Mass.*, 2007, 1148. La questione è di rilievo

tevoli di tutela (art. 1322, comma 2, c.c.) solo le relazioni tra imprenditori vincolate alla correttezza anzitutto nelle trattative (11) e dunque nella successiva fase di esecuzione contrattuale.

La tutela della concorrenza comporta infine l'adempimento del dovere inderogabile di solidarietà economica come limite d'ordine pubblico economico dell'ordinamento dell'Unione europea, poiché solo il mantenimento di un libero mercato garantisce un equilibrio tra qualità e costi, che va assicurato nel rispetto delle regole di correttezza sancite come elementi d'integrazione del negozio giuridico (artt. 1375 c.c. e 1374 c.c.) (12).

Nella più recente interpretazione la clausola di buona fede esecutiva ha assunto inoltre un ruolo di limite funzionale all'esercizio del diritto soggettivo (abuso) (13) in applicazione dell'*exceptio doli generalis* (14).

Empiricamente si è rilevato che la gara non sempre riesce ad assicurare un'effettiva concorrenza tra le imprese se l'offerta risultata vincente non sia stata correttamente adempiuta, poiché la ragione dell'aggiudicazione è tradita dall'inesatta o infedele esecuzione contrattuale, non importa se per effetto di interessi collusivi

in quanto la buona fede, clausola sostanzialmente ampia e atipica, diventa una fonte d'integrazione del contratto oltre a quelle tipiche sancite dall'art. 1374 c.c. (legge, usi e equità): A. MUSSA, *I principi della concorrenza nella fase di esecuzione dei contratti pubblici*, Tesi di dottorato di ricerca, Torino, 2010.

(11) Sul principio istituzionale di correttezza: G.M. RACCA, voce *Correttezza* (dir. amm.), in *Dizionario di Diritto Pubblico*, a cura di S. CASSESE, vol. II, 1529.

(12) Corte giust. CE, 21 febbraio 2006, C-255/02, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, II, 237; Cass., Sez. III, 18 settembre 2009, n. 20106, cit., 1427.

(13) P. ABAS, *Non c'è due senza tre: con la sentenza 15150/2003 la corte di cassazione italiana, come già la giurisprudenza olandese, accoglie la funzione limitativa della buona fede oggettiva*, in *Contr. e impr.-Europa*, 2007, 517; Cass., Sez. I, 13 gennaio 1993, n. 343, con nota di G. SICCHIERO, *Appunti sul fondamento costituzionale del principio di buona fede*, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, 2129. Corte giust. CE, 21 febbraio 2006, C-255/02, cit.; Cass., Sez. III, 18 settembre 2009, cit.

(14) Cass., Sez. I, 7 marzo 2007, n. 5273, in *www.cortecassazione.it*; Cass., Sez. un., 28 marzo 2006, n. 7030, *ivi*; Cass., Sez. II, 20 marzo 2009, n. 6896, in *Mass.*, 2009, 1074; Cass., Sez. I, 7 marzo 2007, n. 5274 con nota F. FESTI, *L'ambito di applicazione ed i limiti dell'exceptio doli generalis*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2007, II, 710. A. MUSSA, *I principi della concorrenza nella fase di esecuzione dei contratti pubblici*, cit., ricorda che si tratta di uno strumento sorto in epoca romana per risolvere lo iato creatosi tra diritto formale e diritto pretorio.

tra l'aggiudicatario e la pubblica amministrazione, oppure per mancanza di un efficace controllo sull'esecuzione contrattuale ed ancora prima per una incoerente ed inadeguata redazione dei capitolati.

Al termine dell'esecuzione della prestazione si può di frequente constatare una tolleranza dell'amministrazione pubblica verso inadempimenti parziali oppure si assiste ad un assetto contrattuale mutato in accordo tra le parti, che può pregiudicare l'equilibrio contrattuale definito in sede di aggiudicazione: tolleranza del contraente pubblico ad inadempimenti anche gravi senza pervenire ad imporre penali o la stessa risoluzione del contratto; imprese che subiscono gravi ritardi nei pagamenti (15); infine la tolleranza della p.a. sulla minore qualità delle prestazioni erogate può trovare « compensazione » nel ritardo del pagamento del corrispettivo (16). Il solo aggiudicatario si distinguerebbe dagli altri concorrenti poiché avrebbe la peculiare possibilità di offrire in sede di esecuzione contrattuale prestazioni non conformi all'oggetto dell'aggiudicazione e del successivo contratto.

L'inadempimento non contrastato dalla parte pubblica si afferma come violazione della disciplina sulla concorrenza ogni qualvolta l'eseguita prestazione possa essere diversa da quella promessa in ragione di una non corretta relazione tra le imprese (artt. 1337 e 1338 c.c.), sia essa quella relativa alla fase di scelta del contraente oppure la successiva d'esecuzione contrattuale (art. 1375 c.c.).

Se nei contratti tra privati la rilevanza giuridica della scorret-

(15) G.L. ALBANO, F. DINI e G. SPAGNOLO, *Strumenti a sostegno della qualità negli acquisti pubblici*, cit., 3 ss., ove si evidenzia la connessione tra i ritardi di pagamento da parte delle pubbliche amministrazioni ed il livello qualitativo di beni e servizi a loro forniti.

(16) G.M. RACCA, *Le modalità organizzative e le strutture contrattuali delle aziende sanitarie*, in *Oltre l'aziendalizzazione del servizio sanitario, un primo bilancio*, a cura di A. PIOGGIA, M. DUGATO, G.M. RACCA, S. CIVITARESE MATTEUCCI, Milano, 2008, 293 ss., ove si evidenzia la connessione fra inadempimenti parziali dei contraenti privati e ritardi nei pagamenti degli enti pubblici. Si veda anche: E. MORLEY - FLETCHER e A. DE MARCO, *L'innovazione dei sistemi di pagamento come leva per una razionalizzazione delle procedure di acquisto: le purchase cards*, in *Lo Stato compratore, L'acquisto di beni e servizi nelle pubbliche amministrazioni*, a cura di L. FIORENTINO, cit., 250 ss.

tezza è tradizionalmente circoscritta alle parti contrattuali, con la pubblica amministrazione l'inadempimento può assumere rilevanza giuridica anche per i terzi in tutti i casi in cui il comportamento scorretto si qualifichi come violazione della disciplina sulla concorrenza.

2. La disciplina sulla concorrenza si è espressa per tradizione nella fase di scelta del contraente nella quale si assiste a trattative parallele (17) fra i diversi concorrenti, che si concludono con l'individuazione dell'offerta migliore e con il conseguente recesso giustificato della pubblica amministrazione dalle trattative con gli altri concorrenti, secondo una vicenda che trasforma il diritto di recesso in un vero e proprio obbligo dell'amministrazione che è a ciò tenuta in applicazione del criterio d'aggiudicazione, tutte vicende che nel nostro ordinamento sono sottoposte alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Con la stipulazione del contratto la pubblica amministrazione accetta l'offerta irrevocabile dell'aggiudicatario che diviene il fondamento giuridico della fase d'esecuzione del contratto le cui vicende sono soggette nel nostro ordinamento alla giurisdizione del giudice ordinario.

Nell'ottocento l'aggiudicatario (18) — con scelta del tutto fiduciaria — indicava nel contratto il proprio supplente per il caso

(17) G.M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della Pubblica Amministrazione tra autonomia e correttezza*, 41 ss., in cui vengono descritte le modalità di conduzione delle trattative delle organizzazioni complesse private e pubbliche; ID., *Vendita di cosa futura e recesso corretto della parte pubblica dalle trattative*, nota a Cons. Stato, Sez. VI, 1° marzo 2005, n. 816, in *Urb. e app.*, 2005, 944 ss., ove si considera legittimo il recesso dalle trattative instaurate con gara informale per l'acquisto di un immobile da costruire in ragione del carattere elusivo della procedura avviata rispetto alla disciplina nazionale ed europea degli appalti pubblici.

(18) V. PALMIERI, *L'inadempimento negli appalti pubblici*, Tesi di dottorato in Diritto pubblico, Università di Torino, 2009; A. CIANFLONE e G. GIOVANNINI, *L'appalto di opere pubbliche*, Giuffrè, 2003, 157; d.m. 28 maggio 1895, *Capitolato generale per gli appalti delle opere dipendenti dal Ministero dei lavori pubblici*, art. 9, Supplente dell'appaltatore. « L'appaltatore dovrà, all'atto della stipulazione del contratto, presentare un supplente, il quale diventerà il principale obbligato in caso di morte o di fallimento, o altro assoluto impedimento dell'appaltatore medesimo salvo il diritto che l'Amministrazione formalmente si riserva di sciogliersi, in sif-

di fallimento o comunque ogni qualvolta non fosse in grado di eseguire la prestazione.

La vigente disciplina stabilisce che il bando di gara preveda che le stazioni appaltanti possano progressivamente interpellare le imprese in graduatoria per la stipula del contratto di completamento dei lavori, in caso di fallimento dell'appaltatore o di risoluzione del contratto per grave inadempimento del medesimo (19).

Escluso l'originario aggiudicatario l'interpello procede dall'immediato migliore offerente fino al quinto concorrente, con affidamento secondo le medesime condizioni già proposte all'amministrazione dall'originario aggiudicatario (art. 140, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, *Codice dei contratti pubblici* mod. da d.lgs. n. 152/2008, art. 1, comma 1, lett. *dd*), affermandosi così una novazione soggettiva del contratto a suo tempo stipulato con l'originario aggiudicatario.

Presupposto della novazione soggettiva sono: la cessazione

fatti casi, dal contratto senza alcun indennizzo. La nuova gestione del supplente, qualora l'Amministrazione non abbia creduto di sciogliersi dal contratto, avrà luogo senza bisogno di consegna o di altro atto fuorché una dichiarazione dell'Amministrazione, e sarà considerata come immediata continuazione di quella dell'appaltatore primitivo. Rimarrà perciò garantita dalla medesima cauzione, alla quale clausola s'intenderanno avere espressamente aderito tanto l'obbligato principale, quanto il supplente all'atto del contratto d'appalto. L'Amministrazione rimane affatto estranea alle vertenze di interessi fra il supplente e gli eredi o rappresentanti dell'appaltatore, dalle quali non potrà in veruna maniera venire sospeso o incagliato il progresso dei lavori. In caso di morte, fallimento o di assoluto impedimento dell'appaltatore tutti indistintamente i pagamenti, fino alla definitiva e completa liquidazione dell'appalto, compresi quelli già disposti, ma eventualmente non ancora riscossi dall'appaltatore, saranno fatti al supplente dopo che esso abbia assunto regolarmente la continuazione dei lavori. Il supplente dovrà intervenire nella stipulazione del contratto, provare la sua idoneità nei modi indicati all'art. 2 ed eleggere un domicilio a norma del successivo art. 10 ».

(19) F. GOGGIAMANI, *La gara a scorrimento*, in *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI, cit., V, 3689 ss., ove si descrive la disciplina dello scorrimento della graduatoria e l'applicazione dell'art. 140, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163. Cons. Stato, Sez. VI, 11 gennaio 2010, n. 20, in www.giustizia-amministrativa.it, ove si applica l'art. 140, d.lgs. n. 163 del 2006, cit., precisando che in caso di fallimento o grave inadempimento dell'esecutore l'affidamento per il completamento delle opere deve avvenire alle medesime condizioni già proposte dall'originario aggiudicatario in sede di offerta.

del contratto originario per qualsiasi causa (risoluzione, recesso, decadenza, ecc.), la volontà dell'amministrazione pubblica di volere proseguire nel rapporto contrattuale, l'attualità della gara e della conseguente aggiudicazione sia per gli aspetti economico-finanziari, sia per quelli tecnologici.

Verificati gli indicati presupposti si afferma (20) un « diritto allo scorrimento alle condizioni dell'aggiudicatario » degli offerenti qualificatisi ulteriormente in graduatoria come 2°, 3°, 4° o 5° qualificato (21).

Per l'effetto si deve riconoscere a tali offerenti anche un interesse qualificato a sollecitare la committente pubblica ed ancor più a partecipare (artt. 7, 10, l. 7 agosto 1990, n. 241) all'attività di vigilanza della stessa sull'esatto adempimento del contratto, siccome istruttoria necessaria all'adozione del provvedimento di decadenza, recesso o di risoluzione, che sono presupposto necessario per l'esercizio del « diritto di scorrimento » della graduato-

(20) Cons. Stato, Sez. VI, 7 gennaio 2008, n. 4, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2008, 866. Commissione Comunità Europea, nota, 31 gennaio 2008, n. 2007/2309, che oppone osservazioni all'originaria versione dell'art. 140 del Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, da cui gli emendamenti del d.lgs. 11 settembre 2008, n. 152, *Ulteriori modifiche ed integrazioni al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante il codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, a norma dell'art. 25, comma 3, della legge 18 aprile 2005, n. 62.*

(21) Anche in materia di concorsi per l'assunzione a posti di pubblico impiego si riconosce un diritto allo scorrimento della graduatoria solo nel caso vi sia una norma di legge che stabilisca espressamente il relativo obbligo per l'amministrazione, fermo restando in ogni altro caso il potere di bandire una nuova procedura concorsuale: Cons. Stato, Sez. IV, 31 maggio 2007, n. 2895, ove si richiama l'obbligo di scorrimento posto dal d.l. 25 marzo 1997, n. 67, art. 13, comma 6, e dalla l. 18 novembre 1998, n. 415, art. 9, comma 17, per l'Autorità di vigilanza dei lavori pubblici; si vedano anche: Cons. Stato, Sez. V, 26 ottobre 2009, n. 6536; Cons. Stato, Sez. V, 15 ottobre 2009, n. 6332; Cons. Stato, Sez. IV, 18 giugno 2009, n. 3998; Cons. Stato, Sez. V, 20 agosto 2008, n. 3989; Cons. Stato, Sez. IV, 14 febbraio 2008, n. 509; Cons. Stato, Sez. V, 13 febbraio 2007, n. 870; Cons. Stato, Sez. V, 10 gennaio 2007, n. 53; Cons. Stato, Sez. VI, 29 novembre 2006, n. 6985; Cons. Stato, Sez. IV, 12 settembre 2006, n. 5320; Cass., Sez. un., 9 febbraio 2009, n. 3055; Cass., Sez. un., 18 giugno 2008, n. 16527; contrarie: Cons. Stato, Sez. VI, 28 gennaio 2009, n. 474; Cons. Stato, Sez. VI, 20 gennaio 2009, n. 266; Cons. Stato, Sez. V, 8 settembre 2008, n. 4249; Cons. Stato, Sez. V, 28 dicembre 2007, n. 6758; Cass., Sez. un., 4 aprile 2008, n. 8736; Cass., Sez. un., 13 dicembre 2007, n. 266113; Cass., Sez. un., 9 marzo 2007, n. 5397; Cass., Sez. un., 7 febbraio 2007, n. 2698; Cass., Sez. lav., 11 agosto 2008, n. 21509; Cass., Sez. lav., 21 agosto 2007, n. 17780.

ria e della conseguente novazione soggettiva del contratto a cui hanno interesse i concorrenti collocati in graduatoria.

Gli esempi si possono articolare in un'istanza di scorrimento del secondo qualificato sul presupposto di un'intervenuta risoluzione del contratto oppure in un'istanza che solleciti l'esercizio dei poteri di vigilanza sul presupposto di un grave inadempimento del contraente, sulle quali l'amministrazione ha l'obbligo di provvedere ed in difetto del quale è aperto l'accertamento avanti al giudice amministrativo di chi — successivo in graduatoria — ha interesse a vedere affermato l'inadempimento contrattuale, che è presupposto rilevante per l'esercizio del « diritto di scorrimento ».

Del tutto evidente è lo scostamento rispetto alla disciplina del codice civile secondo la quale l'inadempimento ed in genere gli effetti del contratto non producono effetto rispetto ai terzi « se non nei casi previsti dalla legge » (art. 1372, comma 2, c.c.), « legge » che nel caso dei contratti con la pubblica amministrazione è data dalle norme sulla concorrenza poste dall'ordinamento comunitario di cui sono attuazione le norme che nel *Codice dei contratti pubblici* definiscono l'efficacia della graduatoria oltre la prima aggiudicazione in ragione di eventi sopravvenuti che assumono rilievo per la concorrenza seppure per fatti relativi alla fase di esecuzione contrattuale (22).

3. La correttezza come principio istituzionale delle pubbliche amministrazioni (23) si precisa negli appalti pubblici come disciplina sulla concorrenza che va assicurata sia durante la fase

(22) Si veda il d.lgs. n. 163 del 2006, cit., art. 140, rubricato « *Procedure di affidamento in caso di fallimento dell'esecutore o risoluzione del contratto per grave inadempimento dell'esecutore* ».

(23) G.M. RACCA, voce *Correttezza (dir. amm.)*, in *Dizionario di Diritto Pubblico*, a cura di S. CASSESE, vol. II, 1529 ss.; ID., *La responsabilità precontrattuale della Pubblica Amministrazione tra autonomia e correttezza*, cit., 284 ss., ove si evidenzia l'obbligo di correttezza dell'amministrazione non solo nei confronti dell'aggiudicatario, ma anche verso tutti gli altri concorrenti alla gara; ID., *Comportamento scorretto, atto legittimo e responsabilità della pubblica amministrazione*, nota a Cons. Stato, Sez. IV, 19 marzo 2003, n. 1457, in *Urb. e app.*, 2003, 943 ss., in cui il giudizio sulla legittimità dell'atto amministrativo viene distinto da quello sulla responsabilità della pubblica amministrazione per comportamento scorretto.

di selezione, sia nell'esecuzione del contratto. In entrambe le fasi la correttezza come attuazione della disciplina sulla concorrenza significa anzitutto non contraddittorietà di atti o comportamenti rispetto a quanto è stato definito negli atti di gara e nel successivo contratto (24).

L'amministrazione non è libera di definire il contenuto contrattuale con l'impresa che è risultata aggiudicataria di una pubblica gara, poiché sono proprio le condizioni dell'aggiudicazione definite nel bando, nel capitolato e nell'offerta a definire le ragioni sia economiche sia giuridiche del conseguente titolo contrattuale.

Il ricordato principio oggettivo di correttezza nelle relazioni tra operatori economici, che s'imputa soggettivamente come sanzione dell'abuso del diritto all'esercizio dell'impresa, consente di ritenere che la tutela della concorrenza debba essere assicurata anche nell'adempimento delle obbligazioni contrattuali assunte con la pubblica amministrazione, come principio di diritto europeo, che il Codice dei contratti pubblici non richiama specificamente tra i principi che disciplinano l'esecuzione dei contratti pubblici (25).

È stata anzitutto la relazione tra annullamento dell'aggiudicazione e la conseguente invalidità (26) o inefficacia del contrat-

(24) G.M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della Pubblica Amministrazione tra autonomia e correttezza*, cit., 304 ss., o le norme sulle gare pubbliche « come garanzia della moralità della parte pubblica ».

(25) Art. 2, d.lgs. n. 163 del 2006, cit. M.P. CHITI, *I principi*, in *Trattato sui contratti pubblici* (diretto da) M.S. SANDULLI - R. DE NICTOLIS - R. GAROFOLI, I, Milano, 2008, 145 ss.

(26) Cfr.: F. SATTA, *Annullamento dell'aggiudicazione: la fine di un problema*, in questa *Rivista*, 2009, 125 ss.; S. SCOCA, *Evidenza pubblica e contratto: profili e sostanziali e processuali*, Milano, 2008, spec. 129 ss. e 197 ss.; R. CAPO-NIGRO, *Annullamento dell'aggiudicazione ed effetti sul contratto*, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2009, 2423 ss.; S. BACCARINI, *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto*, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2009, 2189 ss.; S. VINTI, *Quali rimedi per la salvaguardia dell'interesse legittimo al cospetto dei negozi giuridici? Il giudice del riparto e i legislatori (comunitario e domestico) alle prese con gli effetti dell'annullamento dell'aggiudicazione sul contratto di appalto pubblico*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 789. Individua nella sopravvenuta incapacità a contrarre della p.a. una causa che conduce all'annullamento del contratto *medio tempore* stipulato: C.E. GALLO, *Contratto ed annullamento dell'aggiudicazione: la scelta dell'Adunanza plenaria*, nota a Cons. Stato, Ad. plen., 30 luglio 2008, n. 9, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2008, 2362

to (27) a ricordare la rilevanza della relazione giuridica tra con-

ss.; G. PERICU e M. GOLA, *L'attività contrattuale dell'amministrazione pubblica*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, II, Bologna, 2005, 300 ss.; Cass., Sez. III, 9 aprile 2009, n. 8707, in *Urb. e app.*, 2009, 820 ss., con nota di G. DE MARZO, *Vizi del procedimento e impugnative negoziali*; Cass., Sez. I, 30 luglio 2002, n. 11247, in *Mass. Giust. civ.*, 2002, 1402, in cui la Corte chiarisce che la volontà negoziale deve essere ricavata dalle pattuizioni intercorse tra le parti contraenti e risultanti dal contratto tra esse stipulato; Cass., Sez. II, 8 maggio 1996, n. 4269, in *Contratti*, 1997, 128; Cass., Sez. II, 21 febbraio 1995, n. 1885. Riconduce all'annullamento dell'aggiudicazione la caducazione automatica del contratto di appalto con effetto *ex tunc*: Cass., Sez. I, 15 aprile 2008, n. 9906; Cass., Sez. I, 27 marzo 2007, n. 7481, in *Dvd Foro it.*; Cass., Sez. I, 26 maggio 2006, n. 12629, in *Foro it.*, 2008, I, 256; Cons. Stato, Sez. V, 12 febbraio 2008, n. 490 in *Giur. amm.*, 2008, I, 135; Tar Lazio, Roma, Sez. II, 15 settembre 2008, n. 8328, in *www.giustizia-amministrativa.it*. M. LIPARI, *Il contenzioso*, in *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI, cit., VI, 4360 ss.: la caducazione automatica del contratto *medio tempore* stipulato viene dedotta *a contrario* rispetto alle previsioni derogatorie contenute nell'art. 246, comma 4, d.lgs. n. 163 del 2006, cit., e nell'art. 20, comma 8, d.l. 29 novembre 2008, 185, conv. in l. 28 gennaio 2009, n. 2. L'annullamento dell'aggiudicazione comporta la nullità del contratto o per violazione di norma imperativa *ex art.* 1418, comma 1, c.c., oppure *ex art.* 1418, comma 2, c.c.: Cons. Stato, Sez. V, 5 marzo 2003, n. 1218, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2003, 959; Tar Lazio, Roma, Sez. II-ter, 6 febbraio 2007, n. 905, *Foro amm.-T.a.r.*, 2007, 535 e 536; Tar Lazio, Roma, Sez. I, 10 aprile 2006, n. 2553, *ibidem*, 2006, 1328 e 1329; Tar Liguria, Genova, Sez. II, 1° aprile 2004, n. 31, *ibidem*, 987 e 988 ove i giudici fanno discendere la nullità del contratto dalla violazione delle norme imperative inerenti i procedimenti di scelta del contraente. Per l'applicazione dell'art. 1418, comma 2, c.c.: Tar Sardegna, Cagliari, 25 luglio 2003, n. 913, *ibidem*, 2003, 2479; Tar Basilicata, Potenza, 18 luglio 2003, n. 781, *ibidem*, 2003, 2431 e 2432; Tar Puglia, Bari, Sez. I, 28 gennaio 2003, n. 394, *ibidem*, 2003, 266 e 267.

(27) L'annullamento dell'aggiudicazione comporta l'inefficacia del contratto: Cons. Stato, Sez. V, 12 febbraio 2008, n. 490, in *www.giustizia-amministrativa.it*, ove il collegio precisa che la categoria dell'inefficacia successiva ricorre allorché il negozio, pienamente efficace al momento della sua nascita, diviene inefficace per il sopravvenire di una ragione nuova di inefficacia, intesa come « inidoneità funzionale in cui venga a trovarsi il programma negoziale per l'incidenza *ab externo* di interessi giuridici di rango poizore incompatibili con l'interesse negoziale », sicché in tali casi non viene in rilievo l'atto sotto il profilo genetico (validità o invalidità), bensì la sua efficacia. L'inefficacia del contratto successiva all'annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione, non estende i suoi effetti alle prestazioni *medio tempore* eseguite con conseguente diritto dell'originario aggiudicatario, pur a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione, al pagamento delle prestazioni eseguite. Si veda anche: Cons. Stato, Sez. VI, 4 aprile 2007, n. 1523, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2007, 1235 e 1236; Cons. Stato, Sez. VI, 6 luglio 2006, n. 4295, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2006, 2234 ss.; Cons. Stato, Sez. V, 29 novembre 2005, n. 6759, in

tratto e norme sulla concorrenza, poiché un contratto è travolto ove sia stipulato in violazione di queste (28).

Il titolo contrattuale si afferma dunque — non importa ora se in via diretta o mediata dall'atto di aggiudicazione — come atto sottoposto alla disciplina sulla concorrenza, di cui subisce la definizione di validità invalidità o di efficacia inefficacia.

Ancor prima il contratto subisce il dovere di interpretazione del suo contenuto in conformità agli atti di gara e perciò alle regole sulla concorrenza (comportamento complessivo anteriore alla stipulazione 1362, comma 2, c.c.) secondo un principio che consente di sanzionare non solo i contratti dell'amministrazione pubblica che siano stati stipulati in contrasto evidente con gli atti di gara di cui debbono essere l'esecuzione, ma che consente altresì di considerare violazione o elusione della disciplina sulla concorrenza ogni clausola contrattuale che contribuisca a definire l'equilibrio economico-giuridico del contratto in modo non noto alla gara.

Foro amm.-C.d.S., 2006, 485, con nota di S. PONZIO, *Il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e la valutazione in termini numerici delle offerte*; Cons. Stato, Sez. V, 28 settembre 2005, n. 5196, in *Giur. it.*, 2006, 413, con nota di S. TASSONE, *Illegittimità della procedura ad evidenza pubblica e sorte del contratto privatistico medio tempore stipulato*; Cons. Stato, Sez. VI, 5 maggio 2003, n. 2332, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 177 ss., con nota di F. GOISIS, *In tema di conseguenze sul contratto dell'annullamento del provvedimento di aggiudicazione conclusivo di procedimento ad evidenza pubblica e di giudice competente a conoscerne*; Tar Lombardia, Milano, Sez. I, 8 maggio 2008, n. 1370; Tar Veneto, Venezia, Sez. I, 14 maggio 2007, n. 1461.

(28) Cons. Stato, Sez. V, 12 giugno 2009, n. 3767, in *www.giustizia-amministrativa.it*, in materia di soggetti esclusi dalla partecipazione alle gare per l'affidamento di appalti o concessioni di pubblici servizi ex art. 13, d.l. 4 luglio 2006, n. 223, convertito in l. 4 agosto 2006, n. 248; Cons. Stato, Sez. VI, 3 aprile 2009, n. 2093, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, Sez. IV, 12 marzo 2009, n. 1459, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2009, 661 ss., con nota di S. MONZANI, *L'estensione del divieto di partecipazione ad una medesima gara di imprese controllate o collegate in nome della tutela effettiva della concorrenza*; Cons. Stato, Sez. VI, 19 novembre 2003, n. 7470, in *Foro amm. C.d.S.*, 2003, 3413 e 3414; Cons. Stato, Sez. VI, 5 maggio 2003, n. 2332, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2003, 1642 ss.; Tar Lombardia, Milano, Sez. I, 8 maggio 2008, n. 1380, in *Giust. amm.*, 2008, 125; Tar Puglia, Lecce, Sez. II, 6 maggio 2008, n. 1270, in *www.giustamm.it*; S. PONZIO, *La verifica di congruità delle offerte rispetto alle convenzioni Consip negli appalti pubblici di forniture e servizi*, nota a Cons. Stato, Sez. V, 2 febbraio 2009, n. 557, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2009, 2355.

L'aggiudicazione in tal caso non può dirsi invalida se non a seguito ed in ragione dell'intervenuta stipulazione e dei contenuti contrattuali che sono integrativi o addirittura innovativi del rapporto giuridico oggetto di gara secondo un costrutto che in ultima analisi pone in diretta relazione il contenuto contrattuale con la disciplina sulla concorrenza.

Si può trattare di varianti, estensioni o proroghe contrattuali definite a distanza di tempo e ben oltre una ragionevole interpretazione della disciplina vigente e che al pari delle clausole accessorie o patti aggiunti aventi un contenuto non previsto negli atti di gara (*maxime* i patti parasociali che accompagnano l'istituzione delle società miste) alterano la sostanza del confronto concorrenziale svoltosi in sede di gara, sicché a ragione possono dirsi poste in violazione diretta della disciplina sulla concorrenza (29).

Nei servizi pubblici il principio di rilevanza delle norme sulla concorrenza anche nella fase d'esecuzione contrattuale è essenziale per dare effettività a tali norme, poiché proprio in tale settore si evidenzia, non solo un interesse delle altre imprese concorrenti, ma maggiormente la posizione soggettiva di diritto di credito degli utenti a pretendere le prestazioni (qualità-prezzo) risultanti dalla selezione concorrenziale, poiché qui in particolare si comprende che fine ulteriore della disciplina sulla concorrenza è anzitutto il *miglioramento del tenore e qualità della vita* (art. 2, TCE) (30).

Se ciò è vero non vi è dubbio che — oltre alle vicende contrattuali integrative o innovative del suo oggetto — è lo stesso inadempimento contrattuale a potere assumere rilievo ove se ne possa predicare il carattere di per sé elusivo o in contrasto con la disciplina sulla concorrenza.

(29) Cfr. Direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio 11 dicembre 2007; già d.lgs. 20 marzo 2010, n. 53.

(30) R. CAVALLO PERIN, *I principi come disciplina giuridica del pubblico servizio tra ordinamento interno ed ordinamento europeo*, cit., 71 ss. P. COSTANZO, *Il sistema di protezione dei diritti sociali nell'ambito dell'Unione europea*, Relazione alle *Primeras Jornadas Internacionales de Justicia Constitucional (Brasil-Espana-Italia)*, Belém do Pará (Brasil), 25 e 26 de agosto — Verano 2008, in *Consulta online*.

Il concorrente ulteriormente qualificatosi nella gara ha un interesse alla constatazione dell'inadempimento contrattuale poiché presupposto rilevante per l'esercizio del « diritto di scorrimento » e, più in generale, poiché l'impresa del settore può avere interesse ad una nuova gara, cui si aggiunge la considerazione che la legittimazione del terzo all'accertamento dell'inadempimento trova fondamento nel suo diritto soggettivo alla concorrenza, sia essa in fase di scelta del contraente o in quella successiva d'esecuzione, o se si preferisce alla correttezza nella scelta del contraente (art. 1337 c.c.) ed anche nell'esecuzione contrattuale (1375 c.c.).

La soluzione non può che essere coerente con il carattere delle norme poste dall'Unione europea sulla concorrenza (31), che dal punto di vista del nostro ordinamento possono essere considerate norme imperative dalla cui violazione deriva — non solo l'inapplicabilità delle disposizioni di legge — ma *a fortiori* la nullità del contratto, intesa quest'ultima come nullità relativa (32) in ragione dei temperamenti che può introdurre il legislatore in attuazione della disciplina comunitaria (33), sia per quanto attiene all'inefficacia del contratto (art. 1418 c.c.) sia alla legittimazione ad agire per fare valere le invalidità (1421 c.c.).

(31) F. SATTA, *Annullamento dell'aggiudicazione: la fine di un problema*, cit., 124.

(32) G. CONSO, *Il concetto e le specie d'invalidità: introduzione alla teoria dei vizi degli atti processuali penali*, Milano, 1955.

(33) Direttiva 2007/66/CE, del Parlamento europeo e del Consiglio, 11 dicembre 2007, che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE del Consiglio per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia d'aggiudicazione degli appalti pubblici, che avrebbe dovuto essere recepita entro il 20 dicembre 2009, a tal fine si veda la l. 7 luglio 2009, n. 88, artt. 1, 2 e 44, avente ad oggetto « Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità Europee - Legge comunitaria 2008 » che delega il Governo ad emanare un decreto legislativo di recepimento; il decreto è stato emanato oltre i termini previsti dalla direttiva (d.lgs. n. 53 del 2010, cit.) con la conseguente sua diretta applicabilità *medio tempore*. Si veda: Cass. Civ., Sez. un., ord. n. 2906, 10 febbraio 2010, che in riferimento alla dir. n. 2007/66/CE, ha affermato che nelle controversie relative alle gare svolte dopo la sua pubblicazione, occorre rilevare la connessione tra la domanda di annullamento dell'aggiudicazione e di caducazione del contratto di appalto concluso a seguito dell'illegittima aggiudicazione, con la conseguente attribuzione di entrambe alla giurisdizione amministrativa esclusiva prevista dall'art. 244 del d.lgs. n. 163 del 2006, cit.

Anche per il diritto privato è stato sufficiente richiamare la diversa disciplina delle nullità espressamente previste dalla legge (matrimonio: 117-129 c.c.; testamento: 590 c.c.; donazione: 799 c.c.; società 2332 c.c.; ecc.) per negare che quella generale sui contratti definisca un'alternativa netta tra nullità e annullabilità, come unici modelli alternativi di invalidità cui segue per ciascuno di essi sempre un particolare ed immutabile trattamento giuridico (prescrittibile-imprescrittibile, sanabile-insanabile, ecc.) (34).

Il primato del diritto comunitario impone al giudice nazionale di disapplicare le contrarie disposizioni nazionali, a prescindere dalla circostanza che il giudice nazionale costituzionale abbia rinviato la cessazione degli effetti delle disposizioni dichiarate incostituzionali (35). Una volta affermata nel nostro ordinamento l'inefficacia delle norme di legge che l'autonomia legislativa nazionale ha posto in contrasto con la disciplina comunitaria sulla concorrenza — sia essa quella posta da regolamenti o direttive oppure dai principi che alla concorrenza si riferiscono — pare coerente concludere per la normale nullità-inefficacia dello stesso contratto stipulato in conformità a tale legge oggetto di disapplicazione, ciò a prescindere dall'ulteriore questione della necessità di un esercizio dei poteri di autotutela dell'amministrazione pubblica sull'atto presupposto dell'aggiudicazione (36).

(34) R. SACCO, voce *Nullità e annullabilità*, in *Dig. disc. priv.*, 293 s., spec. 296, 297; G. FILANTI, voce *Nullità*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990, 1 e 2; A. GIANOLA, *L'integrità del consenso dai diritti nazionali al diritto europeo - immaginando i vizi del XXI secolo*, Milano, 2008. Per il diritto amministrativo: R. CAVALLO PERIN, voce *Validità del provvedimento e dell'atto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1999, vol. XV, 612 ss.; in generale per la scelta a favore della nullità in luogo dell'inesistenza dell'atto amministrativo: E. CANNADA BARTOLI, *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, Milano, 1950; E. CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 1983, 392; G. FALCON, *Lineamenti di diritto pubblico*, Padova, 1998, 423; R. CARANTA, *L'inesistenza dell'atto amministrativo*, Milano, 1990, 5 s.; M. D'ORSOGNA, *Il problema della nullità nel diritto amministrativo*, Milano, 2004, 111 s., 167 s.

(35) Da ultimo: Corte giust. CE, Sez. III, 19 novembre 09, causa C-314/08, *Krzysztof Filipiak c. Dyrektor Izby Skarbowej w Poznaniu*, in <http://curia.europa.eu>; cfr. Cons. Stato, Sez. V, 15 marzo 2010, n. 1498.

(36) A favore dell'auto annullamento anche nel caso di contrasto con norme o principi comunitari per la necessità di una motivazione sull'interesse pubblico

Nel silenzio della disciplina nazionale (37) si deve pervenire ad eguale conclusione per la nullità-inefficacia delle stesse clausole contrattuali che siano direttamente difformi rispetto alla disciplina comunitaria sulla concorrenza, come nullità parziale delle stesse che può travolgere l'intero contratto secondo le regole generali.

L'indicata scelta sul carattere d'invalidità è compatibile con i temperamenti previsti dalla disciplina comunitaria in materia di ricorsi (Parlamento Europeo e Consiglio, Direttiva 11 dicembre 2007/66 /CE, § 13, 14) (38) poiché la « *privazione di effetti* » è ora indicata dalla direttiva stessa come il modo generale più sicuro per ripristinare la concorrenza e creare nuove opportunità commerciali tra gli operatori economici che sono stati illegittimamente privati di una reale possibilità di competere, secondo una disciplina che prevede la *privazione di effetti* ogni qualvolta vi sia stata un'aggiudicazione senza previa pubblicazione del bando o non sia stato osservato il termine dilatorio che deve intercorrere tra l'aggiudicazione e la stipulazione del contratto.

Il temperamento si afferma anche con riferimento alla legitti-

come ragione giuridica aggiunta alla segnalazione dell'invalidità (art. 1338 c.c.) si veda Cons. Stato, Sez. V, 8 settembre 2008, n. 4263 che nega all'amministrazione la possibilità di una disapplicazione semplice.

(37) Ancora da ultimo Corte giust. CE, Sez. III, 19 novembre 2009, causa C-314/08, *Krzysztof Filipiak c. Dyrektor Izby Skarbowej w Poznaniu*, in <http://curia.europa.eu>, ove la Corte di Giustizia pronunciandosi su una domanda pregiudiziale ex art. 234 TCE in materia di deduzioni sul reddito imponibile dei contributi previdenziali versati in altro paese dell'Unione Europea (il caso di specie aveva ad oggetto i contributi versati da un cittadino polacco nei Paesi Bassi in ragione della propria attività imprenditoriale), rammenta il principio per cui in caso di conflitto tra una norma comunitaria ed una nazionale quest'ultima deve essere disapplicata, riconoscendo ad ogni singolo Stato membro la competenza circa l'individuazione degli organi e dei giudici preposti a dichiararne la nullità.

(38) Cass., Sez. un., ord. n. 2906 del 2010, cit., ove la Corte di Cassazione in tema di giurisdizione competente a conoscere degli effetti sul contratto dell'annullamento dell'aggiudicazione, sulla base della Direttiva 11 dicembre 2007/66 /CE, accoglie l'orientamento del Consiglio di Stato. V. CERULLI IRELLI, *Osservazioni sulla bozza di decreto legislativo attuativo della delega di cui all'art. 44 l. n. 88/09*, in www.giustamm.it, 18 febbraio 2010; F. SATTA, *Annullamento dell'aggiudicazione: la fine di un problema*, cit., 125 ss. Si veda anche M. LIPARI, *Annullamento dell'aggiudicazione ed effetti del contratto: la parola al diritto comunitario*, in www.federalismi.it, 30 aprile 2008.

mazione ad agire prevista in via generale dal nostro codice civile avanti alle giurisdizioni che costituiscono da tempo la nostra giustizia amministrativa, limitandola a chiunque abbia interesse ad ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto (o il risarcimento del danno per la sua attuale impossibilità) e sia stato o rischi di essere stato leso a causa di una presunta violazione (39).

Non importa ora stabilire le specificità che tale legittimazione ad agire possa assumere avanti al giudice ordinario oppure amministrativo in ragione delle differenti azioni avanti agli stessi proponibili (40) secondo il diritto positivo nazionale (41), quanto piuttosto ricordare che quest'ultimo va inteso — nel senso indi-

(39) Direttiva 11 dicembre 2007/66/CE, cit., § 17; Dir. 89/665, art. 1.

(40) Cons. Stato, Sez. VI, 7 dicembre 2009, n. 7671, in www.giustizia-amministrativa.it, ove si afferma che un'impresa che opera in regime di concorrenza in un determinato settore di mercato è legittimata ad accedere all'insieme dei documenti afferenti alle attività di vigilanza e controllo poste in essere dall'autorità competente, nell'ambito di un mercato rilevante, sulle cui condizioni competitive incidano direttamente sia poteri di controllo e di vigilanza, sia l'adozione di conseguenti misure sanzionatorie a carico dei vari operatori in concorrenza.

(41) A. ROMANO, *La situazione legittimante al processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, 528; *Id.*, *Il giudice amministrativo di fronte al problema della tutela degli interessi diffusi*, in *Rilevanza e tutela degli interessi diffusi: modi e forme di individuazione e protezione degli interessi della collettività*, Atti del XXIII Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione, Varenna, 22-24 Settembre 1977, Milano, 1978, p. 33; *Id.*, *I caratteri originari della giurisdizione amministrativa e la loro evoluzione*, in *Dir. proc. amm.*, 1994, p. 635. Si segnala anche l'attenzione dell'ordinamento francese ai principi di concorrenza con l'introduzione di nuovi mezzi di tutela: *Conseil d'Etat*, 16 luglio 2007, n. 291545, *Société Tropic Travaux Signalisation*, con cui il Consiglio di Stato francese ha istituito, per tutte le procedure ad evidenza pubblica concluse successivamente al 16 luglio 2007, un ricorso de *pleine juridiction* avverso i contratti pubblici stipulati riconoscendo a tutti i concorrenti esclusi (« *tout concurrent évincé* ») dall'aggiudicazione la possibilità di rilevare l'invalidità del contratto (per i vizi attinenti alla fase di aggiudicazione) nel termine di due mesi dalla sua stipulazione. Nell'ambito di questo ricorso, riscontrata l'invalidità del contratto, è riconosciuta al giudice la possibilità di pronunciare: la *résiliation* del contratto o di alcune sue clausole, con effetti *ex nunc*; l'*annulation* integrale o parziale il contratto, con effetti *ex tunc*, ove, previa valutazione degli interessi coinvolti, il vizio riscontrato legittimi tale misura; affermare la prosecuzione del contratto per assicurare la continuità del servizio pubblico (previa introduzione di misure di regolarizzazione da parte dell'autorità contraente); riconoscere il risarcimento per gli eventuali danni cagionati ai terzi. In dottrina, per un esame di tale sentenza: G. CLAMOUR, *Un an sous le soleil de « Tropic »: recueil de décisions*, in *Contrats et Marchés publics*, n. 11, novembre 2008.

cato con chiarezza anche semantica dalla Corte costituzionale (42) — come *giudice naturale* (e non speciale o specializzato; art. 25, 102, comma 2, Cost.) di un sindacato di validità dei poteri amministrativi, il cui autonomo esercizio è *funzionalizzato* all'interesse pubblico, sia con riferimento ai tradizionali poteri che sono tali per ragioni istituzionali (riserve di legge; e art. 113 Cost.) sia per quei poteri o semplici facoltà che alla funzionalizzazione pervengono per « artificio o capriccio » del legislatore.

Si può ancora affermare che per gli appalti ed i servizi pubblici vi è stato un doppio « capriccio legislativo »: dopo avere artificialmente *funzionalizzato* l'autonomia privata dell'amministrazione pubblica (art. 1322 c.c.), per l'effetto ed in conformità alla disciplina costituzionale (art. 113, comma 1, art. 103, comma 1, Cost.), il legislatore ha definito come parte della giurisdizione del giudice amministrativo (43) proprio le azioni aventi ad oggetto in via principale la validità giuridica degli atti che di tale funzionalizzazione sono l'attuazione.

4. Si è detto che pare inconciliabile con il disinteresse per la fase esecutiva del contratto stipulato dall'amministrazione con il vincitore — in particolare ove quest'ultimo abbia superato per poco i concorrenti — l'assoluto rigore, anzitutto della Corte di Giustizia europea (44), che impone la coerenza dei giudizi della

(42) Corte cost., 6 luglio 2004, n. 204, § 3.2.

(43) A. ROMANO, *Giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa dopo la l. n. 205 del 2000 (Epitaffio per un sistema)*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 630.

(44) Corte giust. CE, 24 gennaio 2008, causa C-532/2006 *Emm. G. Lianakis AE e altri c. Comune di Alessandropoli e altri*, ove la Corte di Giustizia, in materia di appalti pubblici di servizi (realizzazione di uno studio di accatastamento), applica il principio di parità di trattamento tra gli operatori economici (« criteri di selezione qualitativa ») e sancisce l'incompatibilità con i principi comunitari del comportamento dell'amministrazione aggiudicatrice che « determini in un momento successivo coefficienti di ponderazione e sottocriteri per i criteri di aggiudicazione menzionati nel capitolato d'oneri o nel bando di gara »; Corte giust. CE, 10 maggio 2001, causa C-19/00, *SIAC Construction Ltd c. County council of the County of Mayo*. In dottrina: R. DE NICTOLIS, *Le novità del terzo (e ultimo) decreto correttivo del codice dei contratti pubblici*, in *Urb. e app.*, 2008, 1225 ss. Sul punto si veda anche: Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per le politiche comunitarie, circolare, 1° marzo 2007, avente ad oggetto i *Principi da applicare*,

commissione giudicatrice (45), o ancora prima nella definizione negli atti di gara della ponderazione relativa tra gli elementi da valutare, dei *sub* criteri e dei *sub* punteggi.

La scelta della migliore offerta in esito all'applicazione della disciplina sulla concorrenza non può non tenere conto dell'effettiva esecuzione in conformità all'offerta a suo tempo presentata, alla conseguente aggiudicazione e definizione dell'oggetto contrattuale, con particolare riferimento alla singole clausole in esso indicate.

Nonostante le formalità previste dall'ordinamento per le gare pubbliche occorre riconoscere che, di frequente, sono disciplinati più accuratamente i termini dell'accordo contrattuale e le modalità esecutive nei rapporti fra privati (46).

La scarsa precisione nella definizione dell'oggetto dei contratti pubblici e delle relative modalità esecutive deriva dalla scelta di aggiudicare il contratto secondo il criterio dell'offerta

da parte delle stazioni appaltanti, nella scelta dei criteri di selezione e di aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi; S. TREUMER, The distinction between selection and award criteria in EC public procurement law - a rule without exception?, in Public Procurement Law Review, 2009, 103, in cui è preso altresì in esame l'ordinamento italiano: M. E. COMBA, Selection and Award Criteria in Italian Public Procurement Law, in Public Procurement Law Review, 2009, 122-127.

(45) Cons. Stato, Sez. VI, 18 dicembre 2006, n. 7578, in *www.giustizia-amministrativa.it*, ove, in una gara aggiudicata con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, il Consiglio di Stato, in una controversia disciplinata *ratione temporis* dal d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 e dal d.lgs. 17 marzo 1995, n. 157, come modificato dal d.lgs. 25 febbraio 2000, n. 65, si pronuncia sulla carenza di motivazione circa l'assegnazione dei punteggi tecnici (la cui ponderazione relativa ed importanza era ampiamente descritta all'interno dei documenti di gara) assegnati dalla commissione di gara in applicazione della metodologia del « confronto a coppie ». Se la disciplina comunitaria non richiede necessariamente una puntualizzazione dei criteri di valutazione tale da determinare « un criterio automatico di selezione » impone comunque la verificabilità della coerenza delle valutazioni effettuate. Si veda anche: Cons. Stato, Sez. V, 28 settembre 2009, n. 5806, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2009, 2029; Cons. Stato, Sez. V, 12 giugno 2009, n. 3768, *ivi*, 1481 e 1482; Cons. Stato, Sez. V, 19 maggio 2009, n. 3070, *ivi*, 2009, 1286; Cons. Stato, Sez. VI, 22 marzo 2007, n. 1369, *ivi*, 2007, 999 e 1000. Sull'interpretazione delle clausole dei documenti di gara si segnala: Cons. Stato, Sez. V, 9 marzo 2009, n. 1362, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2009, 730.

(46) G. NAPOLITANO e M. ABRESCIA, *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna, 94 ss.

economicamente più vantaggiosa, che importa in sede di bando l'incompleta determinazione della prestazione, che trova definizione *per relationem* alle offerte delle imprese concorrenti, le quali hanno la possibilità di proporre elementi diversi, o presenti in gradi differenti, con la conseguenza che l'aggiudicazione presenta ancora margini ampi di « soggettività » nella valutazione tecnica dell'offerta che si individua come migliore.

In particolare quando si valuta la qualità non misurabile (non tangibile) (47) — come ad esempio il pregio tecnico ovvero le caratteristiche estetiche e funzionali — i giudizi sugli elementi dell'offerta vengono trasformati in parametri numerici ed aggregati secondo formule matematiche o talora anche con metodi multi criteri, che pur nella loro apparente oggettività si prestano ad applicazioni che determinano un'aggiudicazione che può risultare « casuale » (per il peso attribuito a scarti poco significativi) o ancora può determinare l'attribuzione di punteggi mirati a raggiungere un risultato predefinito dalla commissione giudicatrice (48).

Anche in seguito all'aggiudicazione del contratto possono risultare non chiaramente definiti alcuni aspetti relativi alle modalità esecutive delle prestazioni che troveranno definizione rispettivamente in sede di stipulazione o talora solo in fase esecutiva.

Anche in applicazione del criterio di aggiudicazione del

(47) G.L. ALBANO, F. DINI e G. SPAGNOLO, *Strumenti a sostegno della qualità negli acquisti pubblici*, cit., 5 ss., in cui gli elementi di qualità contrattabile sono distinti da quella non contrattabile categoria in cui rientrano tutti gli elementi dell'offerta, rilevanti per la fornitura o per la prestazione del servizio, che le parti non possono misurare in modo sufficientemente preciso ed oggettivo da garantire l'applicazione di un contratto.

(48) A. COLETTA, *Offerta economicamente più vantaggiosa*, in *www.giustam.it*, 30 gennaio 2009, 4 ss., in cui vengono prese in considerazione le metodologie definite « multi criteri » unitamente ad alcune casistiche concrete di applicazione di formule matematiche e metodologie applicative per la valutazione degli elementi tecnico-qualitativi dell'offerta e per l'elemento prezzo. P. DE NICTOLIS e R. DE NICTOLIS, *Il criterio del prezzo più basso e dell'offerta economicamente più vantaggiosa*, in *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da: M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI, cit., II, 2102. In tema di formule matematiche per la valutazione degli elementi che compongono l'offerta: F. DINI, N. DIMITRI, R. PACINI, T. VALLETTI, *Formule di aggiudicazione nelle gare per gli acquisti pubblici*, in *Quaderni Consip*, 2007, I, 9 ss.

prezzo più basso le modalità d'esecuzione della prestazione devono trovare un'esatta definizione per garantire che la qualità offerta dall'aggiudicatario sia effettivamente assicurata alla parte pubblica (49), ed a tal fine già i capitolati (50) ed i documenti di gara debbono contenere clausole di efficace contrasto degli inadempimenti anche parziali, oppure capaci di offrire adeguati incentivi al corretto adempimento.

Nei tradizionali modelli contrattuali l'aggiudicatario diviene infatti titolare di una sorta di diritto d'esclusiva all'esecuzione della prestazione, sicché assume particolare rilievo l'analisi dell'efficacia delle sanzioni contro l'inadempimento, l'utilità della risoluzione del rapporto e della sostituzione del contraente (51), definendo procedimenti di rapida attuazione dello scorrimento (52) della graduatoria, prevedendo, ancora prima, forme di partecipazione al controllo sull'inadempimento del contraente da parte delle imprese non aggiudicatrici, le quali, potendo subentrare, hanno interesse a stimolare l'amministrazione, parte pubblica del contratto.

Oltre alle clausole penali (53) — che devono essere quantitativamente predeterminate in termini ragionevoli e proporzionati ed assicurare una rapida ed automatica applicazione — possono ritrovarsi clausole di risoluzione (per colpa da inadempimento) aventi ad oggetto la predefinizione del danno, oppure pattuizioni di recesso (c.d. risoluzione senza colpa) con predeterminazione dell'indennizzo, il pagamento del quale libera la parte pubblica dal vincolo contrattuale, con possibilità di valutare la convenienza di una nuova gara; è infatti da tempo possibile recedere pagando

(49) M. DI CARLO, *La concorrenza nelle procedure di gara degli appalti pubblici*, in *Riv. trim. app.*, 2008, 577 ss.

(50) S. PONZIO, *I capitolati negli appalti pubblici*, Napoli, 2006, 9 ss..

(51) Cons. Stato, Sez. VI, 7 gennaio 2008, n. 4, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2008, 866, con nota di V. PALMIERI, *Scorrimento della graduatoria e tutela della concorrenza nell'esecuzione degli appalti pubblici*; L. FERTITTA, *La figura del secondo classificato nell'aggiudicazione degli appalti pubblici*, in *Riv. trim. app.*, 2005, 442 ss.

(52) D.lgs. n. 163 del 2006, cit., art. 140.

(53) C.H. BOVIS, *Dissuasive penalty payments*, in *EU public procurement law*, Northampton, 2007, 441; G.L. ALBANO, F. DINI e G. SPAGNOLO, *Strumenti a sostegno della qualità negli acquisti pubblici*, cit., 9 ss., in cui vengono descritti i livelli e la struttura delle penali al fine di ottenere i migliori risultati in termini di soddisfazione nell'esecuzione della prestazione.

il 10% del valore residuo del contratto, limitato ai 4/5 del medesimo (54).

Il contratto può prevedere procedure che consentano monitoraggi in corso d'opera con una suddivisione dell'oggetto del contratto in lotti da ultimare secondo precisi stati di avanzamento, con « forme rapide » di risoluzione del contratto per mancato rispetto dei tempi o della qualità essenziale; potrebbero infine assumere rilievo le clausole « assicurative » a garanzia dei rischi (*performance bond*). Nei contratti di durata (es. di servizi o forniture periodiche) gli incentivi possono consistere in previsioni predeterminate in sede di gara di possibilità di rinnovo del contratto (es. 6 mesi o 1 anno) condizionate all'esatto adempimento delle pre-

(54) L. 20 marzo 1865, n. 2248, All. F, art. 345, « È facoltativo all'Amministrazione di risolvere in qualunque tempo il contratto, mediante il pagamento dei lavori eseguiti e del valore dei materiali utili esistenti in cantiere, oltre al decimo dell'importare delle opere non eseguite ». D.lgs. n. 163 del 2006, art. 134, cit., « 1. La stazione appaltante ha il diritto di recedere in qualunque tempo dal contratto previo il pagamento dei lavori eseguiti e del valore dei materiali utili esistenti in cantiere, oltre al decimo dell'importo delle opere non eseguite. 2. Il decimo dell'importo delle opere non eseguite è calcolato sulla differenza tra l'importo dei quattro quinti del prezzo posto a base di gara, depurato del ribasso d'asta, e l'ammontare netto dei lavori eseguiti. 3. L'esercizio del diritto di recesso è preceduto da formale comunicazione all'appaltatore da darsi con un preavviso non inferiore a venti giorni, decorsi i quali la stazione appaltante prende in consegna i lavori ed effettua il collaudo definitivo. 4. I materiali il cui valore è riconosciuto dalla stazione appaltante a norma del comma 1 sono soltanto quelli già accettati dal direttore dei lavori prima della comunicazione del preavviso di cui al comma 3. 5. La stazione appaltante può trattenere le opere provvisorie e gli impianti che non siano in tutto o in parte asportabili ove li ritenga ancora utilizzabili. In tal caso essa corrisponde all'appaltatore, per il valore delle opere e degli impianti non ammortizzato nel corso dei lavori eseguiti, un compenso da determinare nella minor somma fra il costo di costruzione e il valore delle opere e degli impianti al momento dello scioglimento del contratto. 6. L'appaltatore deve rimuovere dai magazzini e dai cantieri i materiali non accettati dal direttore dei lavori e deve mettere i predetti magazzini e cantieri a disposizione della stazione appaltante nel termine stabilito; in caso contrario lo sgombero è effettuato d'ufficio e a sue spese ». In giurisprudenza: Cons. Stato, Sez. V, 8 luglio 2002, n. 3796, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2002, 1718, ove tale criterio di risarcimento forfetario nella misura del 10% previsto per gli appalti di lavori pubblici dall'art. 345 l. n. 2248/1865, all. F può essere applicato anche agli appalti di servizi in sede di determinazione in via equitativa dell'ammontare del risarcimento dei danni. In dottrina: G.M. RACCA, *La quantificazione del danno subito dai partecipanti alle gare per l'affidamento di appalti pubblici*, in questa *Rivista*, 1998, 155 ss.

stazioni (55), secondo un oggettivo riscontro della piena soddisfazione dei destinatari delle prestazioni. Può risultare utile prevedere durate contrattuali minori, con possibilità di prosecuzione del rapporto in relazione ad una piena soddisfazione per l'esatto adempimento, sempreché tale possibilità sia definita nel bando di gara e quindi nota a tutti i concorrenti.

Nei modelli contrattuali innovativi (56) come gli accordi quadro chiusi o aperti, con uno o più operatori, sembra possibile mantenere forme di concorrenza fra una pluralità di imprese che possono essere chiamate ad eseguire alternativamente o congiuntamente parti di una prestazione complessiva e che possono essere scelte e preferite proprio in relazione alla maggiore qualità della prestazione offerta nel corso di una prima fase di esecuzione del contratto pubblico (57). Questi modelli contrattuali impongono dunque strutturalmente correttezza e concorrenza anche nella fase esecutiva.

5. La disciplina sull'aggregazione dell'attività di stipula-

(55) Si veda il d.lgs. n. 163 del 2006, cit., art. 29, metodi di calcolo del valore stimato dei contratti pubblici, « 1. Il calcolo del valore stimato degli appalti pubblici e delle concessioni di lavori o servizi pubblici è basato sull'importo totale pagabile al netto dell'IVA, valutato dalle stazioni appaltanti. Questo calcolo tiene conto dell'importo massimo stimato, ivi compresa qualsiasi forma di opzione o rinnovo del contratto ».

(56) Innovativi perchè solo di recente formalizzati nella direttiva 18/2004/Ce, e ammessi dalla l. n. 191/2009, art. 2, comma 225: « La società CONSIP S.p.a. conclude accordi quadro, ai sensi dell'articolo 59 del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e successive modificazioni, cui le amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, e le amministrazioni aggiudicatrici di cui all'articolo 3, comma 25, del citato codice di cui al decreto legislativo n. 163 del 2006, possono fare ricorso per l'acquisto di beni e di servizi ». Si tratta di forme contrattuali da tempo note ed applicate in altri ordinamenti: S. ARROWSMITH, *Framework Purchasing and Qualification Lists under the European Procurement Directives*, in *Public Procurement Law Review*, 1999, 115-146 e 168-186.

(57) G.M. RACCA, *La professionalità nei contratti pubblici della sanità: centrali di committenza ed accordi quadro*, cit.; R. CARANTA, *L'accordo quadro*, in *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da: M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI, cit., III, 1942 s.

zione dei contratti pubblici (58) e dei relativi uffici delle pubbliche amministrazioni in *centrali di committenza* (59) pare favorire la corretta selezione del contraente, la stipulazione e la vigilanza sull'esecuzione contrattuale con un monitoraggio ed una più efficace azione di contrasto degli inadempimenti, in ragione di una maggiore professionalità e specializzazione (60).

All'aggregazione pubblica dell'affidamento degli appalti potrebbe corrispondere una riduzione delle imprese concorrenti, tuttavia le più avanzate esperienze europee escludono che si tratti di una necessaria conseguenza. L'effetto indesiderato può essere evitato con un'adeguata architettura contrattuale che la centrale di committenza decide di realizzare proprio in relazione alle differenti condizioni del mercato del settore, anche con lo specifico obiettivo di favorire ed accrescere il confronto concorrenziale (61).

L'aggregazione degli acquisti non deve tendere a ridurre l'accessibilità delle imprese alle procedure di gara imponendo di per sé una organizzazione nazionale o multinazionale, oppure chiedendo raggruppamenti temporanei o requisiti di capacità non essenziali così riducendo senza motivo la concorrenza. Neppure deve, senza ragione, unire oggetti contrattuali secondo quantità o qualità non necessarie, con soluzioni che sono anzitutto in violazione o elusione della disciplina sulla concorrenza ed importano

(58) G.M. RACCA, *Le modalità organizzative e le strutture contrattuali delle aziende sanitarie*, in *Oltre l'aziendalizzazione del servizio sanitario, un primo bilancio*, a cura di A. PIOGGIA, M. DUGATO, G.M. RACCA, S. CIVITARESE MATTEUCCI, cit., 273 ss., ove si analizzano le differenti modalità di aggregazione degli acquisti nel settore sanitario.

(59) D.lgs. n. 163 del 2006, cit., artt. 33, 253; l. 23 dicembre 2009, n. 191, art. 2, comma 225. N. DIMITRI, G. PIGA, G. SPAGNOLO, *Handbook of procurement*, Cambridge University Press, 2006, 47 ss.; R. CARANTA, *Le centrali di committenza*, in *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da: M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI, cit., II, 607 ss.

(60) G.M. RACCA, *Collaborative procurement and contract performance in the Italian healthcare sector: illustration of a common problem in European procurement*, in *Public Procurement Law Review*, 2010, n. 3.

(61) UK Government's, *Operational efficiency programme: collaborative procurement report*, maggio 2009.

altresì un indesiderato aumento del contenzioso, stante il rischio di un'uscita dal mercato per molti anni.

Un limite di diritto positivo può essere ritrovato nella disciplina sull'abuso di posizione dominante che la strutturazione di una centrale può comportare come si è paventato per i *Central Purchasing Bodies* inglesi (62), che per primi hanno conosciuto gli effetti di sistema delle centrali di committenza.

Le centrali di committenza sicuramente possono attuare forme contrattuali più complesse come ad esempio gli accordi quadro aperti con più operatori, in relazione ad una migliore e approfondita conoscenza del mercato di riferimento. Possono utilizzare piattaforme e strumenti telematici che garantiscano una maggiore trasparenza ed interoperabilità, assicurando sinergie soprattutto con le centrali regionali (63) o con le nuove centrali di committenza nazionali (es. Difesa Servizi S.p.a.) (64) dando attuazione, non solo ad una completa dematerializzazione dei documenti di gara, ma anche alla creazione di banche dati su prezzi, costi e qualità delle prestazioni ricevute, con la standardizzazione degli

(62) J. CHARD, G. DUHS e J. HOULDEN, *Body beautiful or vile bodies? Central purchasing in the UK*, in *Public Procurement Law Review*, 2008, 26.

(63) L. n. 191/2009, cit., l. finanziaria 2010: art. 2, comma 227: « nel contesto del sistema a rete costituito dalle centrali regionali e dalla società CONSIP S.p.a. ai sensi dell'articolo 1, comma 457, della legge 27 dicembre 2006, n. 296, in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, possono essere indicati criteri utili per l'individuazione delle categorie merceologiche di beni e di servizi oggetto di accordi quadro, conclusi anche ai sensi dei commi 225 e 226 del presente articolo dalla società CONSIP Spa, al fine di determinare un'elevata possibilità di incidere positivamente e in maniera significativa sui processi di acquisto pubblici ».

(64) L. n. 191/2009, art. 2, comma 27, cit., l. finanziaria 2010: « ai fini dello svolgimento dell'attività negoziale diretta all'acquisizione di beni mobili, servizi e connesse prestazioni strettamente correlate allo svolgimento dei compiti istituzionali dell'Amministrazione della difesa e non direttamente correlate all'attività operativa delle Forze armate, compresa l'Arma dei carabinieri, da individuare con decreto del Ministro della difesa di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, nonché ai fini dell'articolo 7 della legge 24 dicembre 1985, n. 808, nonché delle attività di valorizzazione e di gestione, fatta eccezione per quelle di alienazione, degli immobili militari, da realizzare anche attraverso accordi con altri soggetti e la stipula di contratti di sponsorizzazione, è costituita la società per azioni denominata « Difesa Servizi Spa », con sede in Roma ».

atti di gara ed esecuzione, come auspicato dalla Commissione europea (65).

Le centrali di committenza, statali e regionali, rivestono un ruolo essenziale anche nella definizione delle scelte contrattuali di ogni altra amministrazione poiché definiscono i livelli di qualità-prezzo che costituiscono per legge il parametro da rispettare da parte di chi non vi aderisca (66), ponendo così una sorta di *benchmark* relativo alla specifica prestazione.

Evidenti risultano le conseguenze anche in relazione alle scelte di favore per le clausole sociali e ambientali (67), che dif-

(65) Dichiarazione del Consiglio europeo di Manchester, 24 novembre 2005. Si veda anche: Commissione Europea, comunicazione, 29 dicembre 2004, *Piano di azione per l'attuazione del quadro giuridico degli appalti pubblici elettronici*, ove vengono analizzati gli obiettivi della Commissione Europea per il raggiungimento della migliore efficienza e concorrenzialità mediante strumenti elettronici; Commissione Europea, comunicazione, 25 aprile 2006, *Piano d'azione dell'eGovernment per l'iniziativa i2010: accelerare l'eGovernment in Europa a vantaggio di tutti*, ove, all'interno di un più ampio programma per l'informatizzazione delle pubbliche amministrazioni, si prevedeva l'impegno degli Stati membri « a conferire a tutte le pubbliche amministrazioni in Europa i mezzi per svolgere il 100% dei loro appalti in forma elettronica e a garantire che, entro il 2010, almeno il 50% degli appalti al di sopra della soglia comunitaria si svolga in forma elettronica », G.M. RACCA, *Collaborative procurement and contract performance in the Italian healthcare sector: illustration of a common problem in European procurement*, cit., ove si rileva che in Europa solo il 5% degli appalti pubblici sono attualmente svolti in forma elettronica.

(66) L. 23 dicembre 1999, n. 488, *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato* (legge finanziaria per l'anno 2000), che introduce il giudizio di congruità rispetto alle convenzioni stipulate dalla Consip S.p.a., escludendo la possibilità di acquistare il medesimo prodotto ad un rapporto qualità-prezzo superiore. Tale obbligo è stato ribadito, sia per le convenzioni, sia per gli accordi-quadro, dalla l. 23 dicembre 2009, n. 191, art. 2, comma 225, *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato* (legge finanziaria per l'anno 2010). Si veda anche il d.l. 12 luglio 2004, n. 168, art. 1, comma 4, lett. c), *Interventi urgenti per il contenimento della spesa pubblica*, conv. con l. 30 luglio 2004 n. 191, *Conversione in legge, con modificazioni, del D.L. 12 luglio 2004, n. 168, recante interventi urgenti per il contenimento della spesa pubblica*. La violazione di tale obbligo può determinare una responsabilità amministrativa in capo al funzionario pubblico responsabile degli acquisti: S. PONZIO, *La verifica di congruità delle offerte rispetto alle convenzioni Consip negli appalti pubblici di forniture e servizi*, nota a Cons. Stato, Sez. V, 2 febbraio 2009, n. 557, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2009, 2355.

(67) DIRECTORATE GENERAL OF EMPLOYMENT, SOCIAL AFFAIRS AND EQUAL OPPOR-

facilmente saranno efficacemente perseguibili in occasione di singole procedure di gara (68).

Inoltre l'utilizzo di accordi quadro aperti con più operatori da parte delle Centrali di committenza garantisce i vantaggi dei cosiddetti contratti « relazionali » che più facilmente consentono di assicurare un confronto concorrenziale anche nella fase di esecuzione (69). La centrale di committenza può infatti verificare i requisiti di qualificazione delle imprese, « accreditando » e inserendo nell'accordo anche un numero molto elevato di operatori presenti sul mercato, i quali si impegnano ad assicurare un ribasso anche minimo su determinati prodotti (es. presidi sanitari). Tali operatori potranno poi essere rimessi in concorrenza da parte delle singole amministrazioni interessate le quali procederanno alla stipula del contratto di acquisto del bene definendo tutte le ulteriori condizioni contrattuali, le quantità, i tempi e le modalità di esecuzione ed anche un eventuale ulteriore ribasso del prezzo. Simili forme contrattuali consentono il rispetto di un parametro di qualità-prezzo uniforme e predefinito, senza escludere l'esercizio dell'autonomia contrattuale della singola amministrazione contraente.

Le centrali di committenza, in questi casi, non stipulano contratti ma definiscono solamente un quadro di riferimento che as-

TUNITIES, *Social considerations in public procurement. Legal and policy review of SRPP frameworks in selected EU member states*, 13 ss., ove vengono analizzate le scelte operate in alcuni stati europei di introdurre clausole sociali o ambientali per indirizzare le scelte degli operatori economici. COMMISSIONE U.E., *Study on the incorporation of Social Considerations in Public Procurement in the EU. Proposed elements for taking account of the Social Considerations in Public Procurement*, 21 luglio 2008. Si veda anche: S. ARROWSMITH e P. KUNZLIK, *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law: New Directives and New Directions*, Cambridge University Press, 2009.

(68) G.M. RACCA, *Aggregate models of public procurements and secondary considerations*, rel. al Seminario: *Secondary considerations in public procurements*, Orta San Giulio - Novara, 11-12 September 2009.

(69) G.L. ALBANO, L. CARPINETI, F. DINI, L. GIAMBONI, F. RUSSO, G. SPAGNOLO, *Riflessioni sull'impatto economico degli istituti innovativi del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, in *Quaderni Consip*, 2007, IV, 12 ss., ove si evidenziano le ragioni economiche che spingono all'utilizzo di nuovi strumenti contrattuali e si chiariscono le possibilità di rinnovare la competizione successivamente alla loro conclusione.

sicura la concorrenza e semplifica l'attività delle amministrazioni che stipuleranno i singoli contratti.

Queste potranno ottenere le migliori condizioni per la soddisfazione dei relativi bisogni ed assicurare più efficaci forme di contrasto agli inadempimenti.

Le maggiori e più articolate professionalità che dovranno operare nelle centrali di committenza saranno chiamate ad attuare nuove modalità di gestione, coordinamento e razionalizzazione dei contratti pubblici, consentendo non solo risparmi di spesa, ma anche scelte di politica economica che promuova la qualità concorrenza e correttezza degli operatori.