

COMMENTARI

**CODICE
DEI CONTRATTI
PUBBLICI
COMMENTATO**

a cura di
Luca R. Perfetti



IPSOA

Gruppo Wolters Kluwer

2. Principi

(art. 2, direttiva 2004/18; art. 10, direttiva 2004/17; art. 1, l. n. 241/1990; art. 1, co. 1, l. n. 109/1994; Corte di giustizia, 7 dicembre 2000, C - 324/1998; Corte di giustizia CE, 3 dicembre 2001, C. 59/2000)

1. L'affidamento e l'esecuzione di opere e lavori pubblici, servizi e forniture, ai sensi del presente codice, deve garantire la qualità delle prestazioni e svolgersi nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza; l'affidamento deve altresì rispettare i principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché quello di pubblicità con le modalità indicate nel presente codice.

1-bis. Nel rispetto della disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici, al fine di favorire l'accesso delle piccole e medie imprese, le stazioni appaltanti devono, ove possibile ed economicamente conveniente, suddividere gli appalti in lotti funzionali. I criteri di partecipazione alle gare devono essere tali da non escludere le piccole e medie imprese (1).

1-ter. La realizzazione delle grandi infrastrutture, ivi comprese quelle disciplinate dalla parte II, titolo III, capo IV, nonché delle connesse opere integrative o compensative, deve garantire modalità di coinvolgimento delle piccole e medie imprese (2).

2. Il principio di economicità può essere subordinato, entro i limiti in cui sia espressamente consentito dalle norme vigenti e dal presente codice, ai criteri, previsti dal bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute e dell'ambiente e alla promozione dello sviluppo sostenibile.

3. 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.

4. 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.

(1) Comma inserito dall'art. 44, comma 7, D.L. 6 dicembre 2011, n. 201, convertito, con modificazioni, dalla L. 22 dicembre 2011, n. 214 e, successivamente, così modificato dall'art. 1, comma 2, D.L. 6 luglio 2012, n. 95, convertito, con modificazioni, dalla L. 7 agosto 2012, n. 135.

(2) Comma inserito dall'art. 44, comma 7, D.L. 6 dicembre 2011, n. 201, convertito, con modificazioni, dalla L. 22 dicembre 2011, n. 214.

SOMMARIO: I. I principi europei e costituzionali come disciplina degli appalti pubblici - II. I principi dell'affidamento e dell'esecuzione di opere e lavori pubblici, servizi e forniture - III. I principi dell'affidamento - IV. L'estensione dei principi dell'affidamento all'esecuzione del contratto: la concorrenza

I. I principi europei e costituzionali come disciplina degli appalti pubblici

La disposizione in esame individua i principi che devono guidare l'aggiudicazione e l'esecuzione dei contratti pubblici. Tradizionalmente si considerano distintamente le fasi dell'aggiudicazione rispetto alle fasi dell'esecuzione, anche in relazione alla differente tutela giurisdizionale. I principi previsti nella disposizione in esame sono in larga parte comuni ed hanno un valore meramente ricognitivo (non tassativo). Tuttavia sembra possibile un'interpretazione estensiva che applichi anche all'esecuzione i principi della fase di selezione [CAVALLO PERIN (10), 41-51]. Dal punto di vista dell'Unione Europea la disciplina dei contratti pubblici è rilevante nella creazione del mercato interno in relazione al significativo valore degli stessi (cfr. art. 1). In tale prospettiva il principio di concorrenza costituisce lo strumento che può assicurare la **partecipazione anche transfrontaliera** alle procedure di affidamento dei contratti pubblici ancora significativamente limitata (Libro Verde sulla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti, COM(2011) 15). Da tempo si è rilevato che il principio di concorrenza non è posto unicamente nell'interesse delle amministrazioni pubbliche, ma ha uno scopo più ampio, i cui beneficiari sono gli stessi imprenditori vincolati - unitamente alle pubbliche amministrazioni - dalle norme sulla competizione in materia di appalti. Si è verificato un cambiamento di prospettiva rispetto alle leggi di contabilità pubblica, finalizzate all'interesse pubblico soggettivo nell'amministrazione, con conseguente mutamento dei rapporti tra imprese e pubbliche amministrazioni [ROMANO (42), 10-14; ROMANO (41), 3222]. La disciplina europea sugli appalti pubblici a differenza delle norme di contabilità di Stato sulla scelta del contraente, è posta nell'interesse della concorrenza e del mercato dell'Unione europea, senza trascurare che tale interesse è in ultimo quello dei cittadini europei alla qualità delle prestazioni oggetto dei contratti pubblici [RACCA (35), 333-334].

II. I principi dell'affidamento e dell'esecuzione di opere e lavori pubblici, servizi e forniture

Dal dovere dell'amministrazione di usare correttamente le proprie risorse **2** si desume sul piano procedimentale il divieto di aggravare inutilmente la

procedura di gara [l. n. 241/1990, art. 1] in conformità al **principio di proporzionalità di derivazione europea** e si converte sul piano sostanziale nell'obbligo di procedere al "migliore acquisto" [SCOCA (44), 337]. Il principio di economicità impone di ricercare il migliore rapporto tra qualità e prezzo delle prestazioni (*best value for money*).

- 3 L'economicità può essere rilevante nel procedimento poiché il principio di proporzionalità impone alle pubbliche amministrazioni di operare in modo rapido, efficace al fine di ottenere i migliori risultati senza un dispendio di risorse superiori al necessario. Questo principio pare perciò operare innanzitutto "a monte", al momento della definizione dei fabbisogni, della programmazione e della elaborazione della *lex specialis* di gara, e conseguentemente opera nella fase di selezione e di successiva esecuzione della prestazione.

Il principio impone fra l'altro, la continuità delle gare pubbliche, con conseguente divieto di interruzione per periodi prolungati se non per giustificati e legittimi motivi: costituisce dunque una violazione del principio la **sospensione bimestrale** di una procedura d'aggiudicazione per consentire all'aggiudicataria un'integrazione della propria offerta tecnica. Il principio di continuità della gara pubblica è comunque un principio derogabile a fronte di motivate ragioni; esso è volto ad accelerare il procedimento d'aggiudicazione in conformità ai principi di efficienza ed efficacia anche al fine di sottrarre i commissari da condizionamenti esterni che possano turbarne l'indipendenza [C Stato sez. VI 29.12.2010, FA CDS 2010, 12, 2866]. Il principio di continuità delle gare consente una serie di deroghe ragionevoli e rispettose dei diritti dei singoli: è stata perciò ritenuta legittima l'interruzione della gara per consentire ai dipendenti comunali il godimento del periodo di ferie [C Stato sez. V 3.1.2002 n. 5]. È possibile intendere l'**economicità** come il minor utilizzo possibile di risorse, consapevolmente riconoscendo che questo principio rappresenta la sintesi di una pluralità di configurazioni: quella «aziendalista» che ritiene economico il comportamento che in presenza di mezzi limitati tende al massimo risultato; quella comparativa invece parte dalla considerazione che ogni operatore, avendo avanti a sé una molteplicità di obiettivi da perseguire con risorse limitate, opta per la soluzione che ritiene produca il massimo benessere ad una comunità (vantaggi), con la conseguenza che è economica quella soluzione che offre vantaggi superiori ai costi derivanti dalla mancata utilizzazione delle stesse risorse in scelte alternative [CAVALLO PERIN (11), 614].

Economicità che nel caso dei contratti pubblici pare ricollegarsi anche al principio di efficienza che, secondo una definizione aziendalista - potremmo dire applicabile ad un'amministrazione di risultato - è la misura del massimo raggiungimento di prodotti all'utenza (*output*) dato un certo livello di risorse. Secondo altre elaborazioni, l'efficienza è un criterio per definire le possibilità

di «auto mantenimento e coesione» tra i componenti di una struttura, la continuità nel tempo dell'organizzazione e del suo adattamento all'ambiente in cui opera (sistema naturale), ovvero come “abilità di un'organizzazione” di sfruttare il proprio ambiente per acquisire “risorse scarse o pregiate” (sistema aperto), o di conformarsi agli scopi prefissati, sia come efficienza degli individui nel portare ad esecuzione i compiti prefissati, sia come propensione dei soggetti all'osservanza delle norme dell'organizzazione, sia come distribuzione di compiti conformi alla predisposizione individuale degli operatori [CAVALLO PERIN (11), 613].

La frammentazione della domanda pubblica comporta elevati costi per le stazioni appaltanti: essa preclude la possibilità di abbattere i costi transattivi connessi alla pluralità delle procedure nonché di massimizzare l'efficienza negli acquisti mediante la creazione di **economie di scala**. La frammentazione della domanda è un serio ostacolo all'apertura dei mercati nazionali ad operatori europei ed alla trasparenza dell'azione amministrativa [RACCA (29), 2259; RACCA-ALBANO (37), 3].

L'aggregazione della domanda, al contrario, muta la prospettiva poiché consente di diminuire il numero di procedure d'acquisto nonché di avvantaggiarsi di economie di scala. Ogni forma di *collaborative procurement* mediante centrali d'acquisto consente la diminuzione del numero di enti appaltanti, la pianificazione di strategie di *procurement* nonché la specializzazione e l'elevata professionalità dei pubblici funzionari. Superando l'episodicità dei singoli contratti conclusi da molte ed autonome stazioni appaltanti, è possibile, tramite centrali di committenza, valutare globalmente e razionalizzare i bisogni, la logistica e sfruttare proficuamente analisi di mercato e i *benchmarks*. L'acquisto in forma aggregata consente non solo una miglior gestione della spesa pubblica ma anche una maggiore apertura del mercato, consentendo di eliminare distorsioni della concorrenza come cartelli di imprese, corruzione e collusione garantendo una maggior **trasparenza** [RACCA-ALBANO (37), 8] anche con l'applicazione efficiente di tecnologie informatiche ai contratti pubblici [COM (2010) n. 571]. Dal versante della giurisprudenza nazionale, appare ormai acquisito che corrisponde al principio di economicità la scelta dell'Amministrazione di aderire alle convenzioni delle centrali di committenza (Consip) [C Stato 1.10.2010 n. 7261, FA CDS 2010, 2119].

Gli appalti elettronici migliorano gli *standard* di trasparenza, di apertura del mercato nonché l'abbattimento dei costi connessi alle funzioni di *back-office* e consentono il migliore sfruttamento delle economie di scala già garantite dall'aggregazione della domanda, con vantaggi sia finanziari che di servizio all'utenza (COM (2010) n. 571). La predisposizione di **cataloghi elettronici** può consentire la scelta diretta dei servizi e dei prodotti disponibili,

avvalendosi di gare già espletate da centrali di committenza nazionali o regionali, o - addirittura - da un centro d'acquisto centralizzato di un altro Stato membro dell'Unione Europea, con possibilità di evitare i costi di gare individuali [RACCA (31), 124-126].

- 5 Il c. 2 dell'articolo in commento consente la subordinazione del principio di economicità ad esigenze di carattere sociale od ambientale, per consentire uno **sviluppo sostenibile**. Il perseguimento di questi obiettivi risulta in armonia con la visione della società di lungo termine dell'Unione Europea: una società più prospera e giusta, che garantisca una migliore qualità della vita ai cittadini dell'Unione [SCARCELLA (43), 321; CGCE C-31/87]. Nell'Unione Europea, la spesa sostenuta dalle pubbliche amministrazioni per l'acquisto di beni o servizi ha raggiunto la somma di 2.288 miliardi di Euro, incidendo approssimativamente sul 19% del prodotto interno lordo europeo [RACCA-ALBANO (37), 2]. È di tutta evidenza il potere d'acquisto delle pubbliche amministrazioni che potrebbe orientare le stesse scelte produttive degli operatori privati definendo modalità e tipologie dei prodotti. Le stazioni appaltanti possono dunque influenzare il mercato orientando il loro peso economico verso gli obiettivi di "Europa 2020" [ARROWSMITH-KUNZLIK (2), 145].
- 6 In primo luogo, gli acquisti sostenibili, normalmente considerati in deroga al **principio dell'economicità**, possono al contrario garantire una riduzione di spesa alle Amministrazioni quando si consideri ad esempio l'intero ciclo di vita del prodotto. [MCCRUDEN (22); 508; ARROWSMITH-KUNZLIK (2), 108; CARANTA-RICHETTO (9), 145; CARANTA (8), 49 e 50; MASI (21), 479]. Gli acquisti sostenibili possono sia garantire una riduzione di spesa nella fase di utilizzo, manutenzione e smaltimento del bene in questione, sia assicurare vantaggi in termini di utilità residuali ed esternalità per la collettività ove l'amministrazione opera. A tale riguardo è possibile un utilizzo dell'aggiudicazione secondo l'offerta economicamente più vantaggiosa, ove si presenti nell'offerta economica un computo completo di tutti i benefici e i costi che l'amministrazione sarà tenuta a sostenere in conseguenza dei beni o dei servizi acquistati [COM (2001) 274]. Le stazioni appaltanti possono descrivere analiticamente le specifiche tecniche richieste per l'aggiudicazione e per l'esecuzione di un contratto, imponendo a tutti i partecipanti alla gara di assicurare una prestazione sostenibile [CARANTA (7), 46]. Debbono però evitarsi richieste non proporzionate e contenenti previsioni distorsive della concorrenza, come l'imposizione di criteri requisiti troppo restrittivi o non correlati con l'oggetto del contratto: è stata ad esempio ritenuta illegittima la clausola del bando di gara per l'affidamento del servizio di ampliamento ed adeguamento dell'impianto di pubblica illuminazione e fornitura di energia elettrica che imponeva ai partecipanti

il possesso della certificazione di qualità della serie europea ISO 14001. La prevalente prestazione di energia elettrica oggetto dell'appalto, *ex se* di poco impatto ambientale, rendeva superflua una simile - rigorosa - certificazione [TAR Puglia - Lecce sez. III 6.10.2009 n. 2247, www.giustizia.amministrativa.it; RACCA (30), 173].

Le *secondary considerations*, o **clausole secondarie** vanno contemplate con gli obiettivi primari ed in particolare con le altre esigenze e con gli altri diritti dei partecipanti alle procedure di valutazione comparativa; diviene pertanto possibile un'interpretazione restrittiva della "clausola sociale" contenuta nell'appalto, con cui era fatto obbligo all'appaltatore di assumere il personale già addetto al servizio alle dipendenze dell'appaltatore uscente. L'aggiudicatario, nell'offerta, si era vincolato ad assumere solamente quegli addetti dell'imprenditore uscente che fossero armonizzabili nella sua pianta organica e con la sua strategia d'impresa. La clausola sociale deve essere interpretata in armonia con la libertà di impresa e a condizione che i lavoratori trovino spazio nella pianta organica del nuovo appaltatore [C Stato sez. V 16.6.2009 n. 3900, www.giustizia-amministrativa.it].

A fronte di valori di particolare interesse sociale è consentita poi l'automatica integrazione delle disposizioni del bando di gara. L'obiettivo di alto valore sociale perseguito dalla legge viene in rilievo come valore in sé, che trova fondamento in un parametro costituzionale a prescindere dalla *lex specialis*, che non può condurre l'amministrazione a ritenersi esonerata dall'osservanza di dettati positivi e costituzionali, con conseguente integrazione del bando *ope legis* [C Stato sez. V 19.6.2009 n. 4028, www.giustizia-amministrativa.it; C Stato 24.1.2007 n. 256, www.giustizia-amministrativa.it].

Le strategie d'acquisto sostenibile risultano più facilmente perseguibili ove gli acquisti pubblici vengano aggregati. **L'incorporazione di clausole sociali** od ambientali assume un impatto direttamente proporzionale alla forza d'acquisto dell'amministrazione: una domanda frammentata non è in grado di orientare in modo significativo il mercato, con grave detrimento non solo della finanza pubblica ma anche della qualità e della sostenibilità. Nonostante le *secondary considerations* possano ridurre a recessivo il principio di economicità, gli strumenti di aggregazione della domanda rappresentano uno strumento idoneo a coniugare una crescita sostenibile con un controllo razionale della spesa pubblica [RACCA (30), 171-172].

La Commissione Europea ha recentemente affermato che i criteri energetici dovrebbero essere utilizzati in tutti gli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture. Per quanto riguarda l'inclusione sociale, la **nuova strategia europea sulla disabilità 2010-2020** indica che la Commissione studierà l'eventuale vantaggio derivante dall'adozione di misure regolamentari che garantiscano

l'accessibilità dei prodotti e dei servizi, tra cui misure destinate ad accrescere il ricorso agli appalti pubblici. L'imposizione di tali obblighi può essere uno strumento efficace per realizzare gli obiettivi della strategia Europa 2020, favorendo la diffusione nel mercato di beni e servizi di alta valenza sociale.

- 8 Nell'Unione a 27 la percentuale di PMI tra le aziende cui sono stati aggiudicati appalti pubblici al di sopra delle soglie fissate dall'UE oscillava, tra il 2006 ed il 2008, tra il 58% e il 61%, a fronte di un'attribuzione in termini di valore pari al 31%-38%. La loro quota complessiva nell'economia, calcolata sulla base del loro fatturato combinato è pari al 52%. Il **contributo delle PMI** al tessuto economico-sociale europeo è di chiara evidenza, in considerazione delle grandi potenzialità che esse offrono nel settore occupazionale, per la crescita e l'innovazione. Simili potenzialità possono essere ulteriormente stimolate tramite l'accesso della piccola e media imprenditoria al mercato degli appalti pubblici (Libro Verde sulla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti, COM(2011) 15, 30). I vantaggi della partecipazione delle PMI al mercato degli appalti pubblici riguardano anche le amministrazioni aggiudicatrici, beneficiarie dirette dell'aumento della platea dei potenziali offerenti.

A fronte di questi dati, la Commissione Europea ha auspicato che gli stati introducessero misure legislative per garantire che le amministrazioni aggiudicatrici sfruttino appieno le potenzialità economiche e innovative delle PMI nelle loro operazioni di appalto. In applicazione, il legislatore italiano (44, c. 7, d.l. 6.12.2011 n. 201, conv. in l. n. 22.12.2011, n. 214) ha di recente sancito la necessità di coinvolgere le piccole e medie imprese nell'approvvigionamento e nei lavori necessari alle stazioni appaltanti, aggiungendo i c. 1 *bis* e 1 *ter* all'articolo in commento, peraltro recependo i contenuti del cd. Codice Europeo di buone pratiche per facilitare l'accesso delle PMI agli appalti pubblici [SEC(2008)2193, nonché dello "Small Business Act" per l'Europa) COM(2008) 394 final, 25.6.2008]. La precisazione che integra il comma 1 *bis* (art. modificato dall'art. 1, comma 2, d.l. 6 luglio 2012, n. 95, convertito, con modificazioni, dalla l. 7 agosto 2012, n. 135) impone alle amministrazioni aggiudicatrici di definire adeguati requisiti di qualificazione che possano favorire la partecipazione delle PMI. Risulterebbe contraddittoria una suddivisione in lotti funzionali della prestazione da eseguire ed il mantenimento di requisiti di qualificazioni non proporzionati alla capacità necessaria per l'esecuzione di un singolo lotto.

Il c. 1 *bis* recepisce i suggerimenti della Commissione Europea, che aveva identificato nell'entità dei contratti il primo fattore d'esclusione delle piccole e medie imprese da questo mercato: queste si possono trovare nell'impossibilità di partecipare agli appalti pubblici semplicemente per la loro **incapacità di**

presentare un'offerta per l'intero contratto. La suddivisione degli appalti pubblici in lotti separati consente l'accesso delle piccole e medie imprese anche da un punto di vista qualitativo, poiché a lotti di dimensioni più ridotte corrisponde la capacità produttiva di imprese più modeste, consentendo peraltro una maggiore qualità nell'esecuzione del contratto, poiché ad una maggior divisione in lotti può corrispondere un'aggiudicazione secondo le maggiori capacità tecniche delle imprese aggiudicatarie. Il frazionamento in lotti, tuttavia, seppur essenziale per il coinvolgimento delle PMI nella contrattazione con le pubbliche amministrazioni, è tuttavia strumento che facilmente può prestarsi ad abusi: può infatti immaginarsi una frammentazione capziosa proprio al fine di aggirare la soglia di rilevanza comunitaria. L'art. 29, c. 7 del presente codice - stabilendo che, in caso di suddivisione in lotti, l'importo dei singoli lotti va sommato al fine della **determinazione della soglia europea**, e che quando la somma degli importi dei singoli lotti supera tale soglia, all'appalto relativo a ciascun lotto si applica la disciplina europea - è proprio volto allo scopo di evitare pratiche illecite ed elusive della disciplina comunitaria, che - incidendo negativamente sulla concorrenza - in ultima analisi risulterebbero foriere di più danni che benefici per i contraenti e per il mercato. Dunque la suddivisione in lotti di un'opera unitaria non è in sé illegittima, ma impone l'applicazione comunque delle regole europee sopra soglia [C Stato sez. IV 13.3.2008 n. 1101; C Stato sez. VI 18.5.2004 n. 3188].

Il c. 1 *ter* impone alle amministrazioni l'adozione delle pratiche che consentano una partecipazione effettiva delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici relativi a grandi infrastrutture. Questo corrisponde alla strategia della Commissione di sostenere le PMI attraverso l'adozione del principio *think small first*, [Commissione UE, *Communication from the commission to the council, the european parliament, the european economic and social committee and the committee of the regions, "Think Small First" A "Small Business Act" for Europe*, COM(2008) 394 final, 25.6.2008]; che richiede la riduzione dei costi amministrativi, la semplificazione e l'accelerazione delle procedure. Si favorisce l'incentivazione dei raggruppamenti di imprese, consentendo la dimostrazione dei requisiti di partecipazione a livello complessivo - e dando di ciò adeguata **pubblicità nel bando di gara** ed eventualmente fornendo avvisi di pre-informazione che pongano le PMI nella condizione di organizzare la partecipazione; un buon utilizzo dello strumento del subappalto consente poi alle imprese di dimensioni minori la partecipazione ad appalti non frazionati che, altrimenti, si tradurrebbero nell'esclusione delle medesime (a tal proposito le autorità aggiudicatrici possono includere nei contratti aggiudicati una clausola ai sensi della quale gli appaltatori principali non possono applicare ai propri subappaltatori condizioni meno favorevoli di quelle concordate tra l'autorità aggiudicatrice e l'appaltatore principale) [SEC(2008)2193; RAGANELLI (40), 551].

Il favore normativo per la definizione di lotti adeguati al tessuto imprenditoriale non contrasta con la necessità di aggregare la domanda pubblica in quanto consente il più efficace frazionamento in lotti differenziati mediante accordi quadro che possano favorire la partecipazione di PMI innovative e nel contempo contrastare la creazione di cartelli [RACCA-ALBANO (37)].

- 9 Il *public procurement* deve essere improntato al principio dell'**efficacia**, intendendosi come tale la capacità di ottenere migliori risultati in base agli obiettivi stabiliti. È dunque efficace la procedura d'aggiudicazione ed il contratto che consentono il **raggiungimento degli interessi pubblici** sottostanti la decisione di ricorrere all'approvvigionamento, ove cioè gli obiettivi predeterminati dagli organi dell'ente abbiano un'alta probabilità di essere attuati dall'organizzazione, poiché i risultati hanno raggiunto o superato le previsioni, grazie ad una corretta valutazione delle possibilità d'impiego delle risorse, delle potenzialità dell'organizzazione di riferimento e così via. L'efficacia può però essere altresì intesa come un'attività che riesce a modificare i bisogni sociali, cioè come cerca di misurare il grado di soddisfazione di una domanda, offrendo un criterio utile a rilevare l'effetto prodotto sui destinatari [CAVALLO PERIN (11), 614]. Paiono dunque efficaci quelle procedure e quei contratti che consentano non solamente le migliori condizioni d'aggiudicazione a vantaggio della stazione appaltante, ma anche un adeguato stimolo della concorrenza, nazionale e transfrontaliera, una maggior trasparenza dell'azione amministrativa ed il raggiungimento delle *secondary considerations*, sociali od ambientali.
- 10 Sulla **tempestività** si richiama quanto già ricordato in tema di continuità delle gare pubbliche e di efficienza dell'amministrazione, considerando altresì che il tempo costituisce una risorsa dell'amministrazione e del privato. In particolare, a fronte del cd. danno da ritardo, l'amministrazione si può vedere costretta a risarcire i danni patiti in conseguenza della ritardata aggiudicazione di un contratto d'appalto [C Stato sez.VI 18.4.2005, FA CDS 2005, 3, 738]. Si consideri pertanto che ogni ritardo nella procedura d'aggiudicazione può essere fonte di **risarcimento del danno in via precontrattuale** - palesandosi come cattiva fede nella gestione delle trattative - sia come chiara manifestazione di inefficienza ed inefficacia amministrative, proprio a cagione dell'eccessivo di dispendio di risorse, ivi compreso l'elemento diacronico, per l'ottenimento di un risultato.
- 11 Le stazioni appaltanti sono tenute ad improntare le trattative con i privati alla luce dell'art. 1337 c.c., principio relazionale rivolto a tutti i soggetti dell'ordinamento giuridico, tra i quali è certamente ricompresa la pubblica amministrazione che si appresta a concludere un contratto [RACCA (33), 656]. La correttezza precontrattuale (non contraddittorietà) è attribuito del comportamento delle

amministrazioni, qualità distinta dalla legittimità invece riferibile agli atti amministrativi. Alla correttezza è logicamente legata la qualificazione di illiceità come violazione di diritti soggettivi, distinta dall'illegittimità, solamente riferibile all'atto amministrativo, cui corrispondono interessi legittimi del privato. Inoltre, l'oggetto di giudizio per la valutazione della condotta in termini di liceità e correttezza si distingue dal giudizio di legittimità per la maggiore ampiezza, comprendendo, oltre all'esame dell'atto amministrativo e dei relativi documenti, anche fatti ulteriori, quali gli incontri non verbalizzati, le telefonate ed ogni altro evento anche non ricavabile dagli atti (comportamento) [RACCA (34), 1529]. Ne discende che, essendo categorie concettuali distinte ed autonome potrebbero coesistere un atto illegittimo e una condotta lecita, come pure una condotta illecita - o scorretta - seppur in presenza di un atto illegittimo [RACCA (35), 101]. La responsabilità dell'amministrazione può prescindere dalla illegittimità dei propri atti, indice presuntivo e comunque sovvertibile, dell'illiceità della condotta tenuta dalla stazione appaltante.

La **correttezza precontrattuale** presuppone in ogni caso l'insorgenza di trattative tra le parti, che possono individuarsi in un momento decisamente anteriore rispetto all'aggiudicazione. Infatti la pubblicazione del bando di gara costituisce un invito ad offrire ed alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte tutti i partecipanti alla «trattativa» siano individuati in quanto hanno presentato un'offerta che costituisce proposta irrevocabile. Nel diritto civile non si dubita che il destinatario di una proposta irrevocabile risponda dei danni provocati per *culpa in contrahendo*. La circostanza poi che la trattativa avvenga tra più soggetti non esclude il legittimo affidamento di ciascuno di essi nella correttezza della controparte pubblica, la quale deve svolgere la selezione fra i concorrenti secondo buona fede. Né la facoltà di recedere dalle trattative e non stipulare il contratto appare libera poiché l'amministrazione, una volta pubblicato il bando di gara e ricevute le offerte, può decidere di non concludere il contratto ma deve motivare la scelta ed esplicitarne le ragioni giustificatrici del recesso [RACCA (36), 204-206].

La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione ai sensi dell'art. 1337 c.c. si ricollega alla violazione della regola di condotta stabilita a tutela del corretto svolgimento dell'iter di formazione del contratto e presuppone che tra le parti siano intercorse trattative per la sua conclusione. La posizione che esclude la qualificazione di parti di una trattativa ai partecipanti alla gara pubblica riconoscendo solo un interesse legittimo al corretto esercizio dei poteri della pubblica amministrazione, ripropone l'**interpretazione più restrittiva** [C Stato sez. V 8.9.2010 n. 6489, *giustizia-amministrativa.it*; C Stato sez. V 28.5.2010 n. 3393, *FA CDS 2010, 5, 1059*]. La pubblica amministrazione potrà indire una gara d'appalto solamente dopo aver valutato attentamente le proprie necessità e possibilità. È dunque un esempio di scorrettezza nella conduzione delle trattative la decisione della stazione appaltante di

revocare la gara per il servizio dopo quindici mesi dall'indizione poiché ritenuta non confacente alle proprie esigenze [C Stato sez. V 11.5.2009 n. 2882, *RTA* 2010, 545]. Il recesso dalle trattative deve avvenire secondo correttezza e coerenza, mediante la tempestiva informazione del concorrente di ogni cambio nell'interesse pubblico sottostante l'originaria indizione della procedura: l'amministrazione è tenuta a comportarsi con correttezza e buona fede ed ad informare tempestivamente i concorrenti di ogni eventualità atta a salvaguardarne la posizione, ivi compresa ogni novità che possa risolversi in una rivalutazione dell'interesse pubblico. L'amministrazione corretta è pertanto tenuta ad un completo e chiaro scambio di informazioni con i concorrenti, sicché, ove manchi a questo obbligo, deve risarcire il danno eventualmente arrecato [C Stato sez. VI 5.9.2011 n. 5002, *DeG* 2011].

Dal principio di correttezza sembra potersi desumere anche il fondamentale principio dell'integrità, non espressamente richiamato ma che risulta essenziale per assicurare la qualità della spesa pubblica in particolare nell'attività contrattuale. Il contrasto ai conflitti di interesse ai favoritismi ed alla corruzione vanno inclusi fra gli obiettivi prioritari (ibro Verde sulla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti, COM(2011) 15)

III. I principi dell'affidamento

- 12 Il principio della pubblicità applicato alla disciplina di settore impone all'amministrazione di mettere a disposizione tutte le informazioni sui processi decisionali, d'aggiudicazione e conclusione (ed esecuzione) dei contratti pubblici. La **pubblicità** si distingue dalla **trasparenza** dell'amministrazione in quanto ad essa antecedente; la trasparenza, principio più ampio, comprende la pubblicità ma non si esaurisce in essa ed è la condizione dell'amministrazione "comprensibile" - e quindi efficacemente controllabile - nel suo agire [ARENA (1), 5947]. Si è ritenuto che la pubblicità abbia un contenuto "statico", mentre la trasparenza denoti una vera e propria interrelazione tra il pubblico ed il privato, di cui viene agevolata la comprensione delle vicende amministrative sottostanti i contratti pubblici [SCOCA (44), 323].

Ogni procedura per l'aggiudicazione di un contratto con la pubblica amministrazione è vincolata ai principi di pubblicità e trasparenza che si traducono praticamente in garanzie di contezza della correttezza formale e sostanziale di ogni procedimento d'aggiudicazione [C Stato sez. V 5.10.2011, n. 5454, *FA CDS* 2011, 10, 3132, *giustizia-amministrativa.it*; C Stato sez. VI 5.12.2008 n. 5943, *www.giustizia-amministrativa.it*]. I principi di pubblicità e trasparenza delle gare trovano contemperamento negli altri diritti coinvolti nella procedura ed un limite nella proporzionalità delle cautele allo scopo perseguito. Il legislatore ha

voluto tutelare il *know how* industriale e commerciale delle imprese partecipanti, che in tal senso si siano espresse, al fine (fondamentale per i contratti pubblici) di evitare vantaggi sleali a beneficio di alcuni operatori economici che del principio di trasparenza abusino, alterando in ultima analisi la libera concorrenza. Viene ad ogni modo fatto salvo il cd. accesso difensivo, vale a dire quello volto alla tutela in giudizio del partecipante alla gara che lamenti un'illegittimità od una scorrettezza. La **riservatezza dei partecipanti** impone la possibilità di condurre in seduta riservata l'analisi delle offerte tecniche ove siano svelati segreti industriali o commerciali, purché l'apertura delle buste ed il riscontro formale di regolarità avvengano in seduta pubblica, debitamente rendicontata [C Stato a.p. 28.7.2011 n. 13, *FA CDS*, 7.8, 2305 (s.m.), www.giustizia-amministrativa.it]. La rendicontazione dello stato dei plichi contenenti le offerte e delle cautele approntate per garantire la riservatezza delle informazioni quale corollario del principio di pubblicità così definito è requisito essenziale di legittimità del procedimento d'aggiudicazione [C Stato sez. VI 23.6.2011 n. 3803, *FA CDS* 2011, 6, 2096; C Stato sez. III 3.3.2011 n. 1368, *FA CDS* 2011, 3, 828; C Stato sez. V 6.3.2006 n. 1068, www.giustizia-amministrativa.it]. Analogamente, il diritto d'accesso è comprimibile a tutela di segreti industriali o commerciali contenuti nelle offerte tecniche [C Stato sez. VI 10.5.2010 n. 2814, *FA CDS*, 2010, 9, 1990]. Occorre tuttavia rilevare come questo principio possa interpretarsi estensivamente per consentirne l'applicazione anche alla fase di esecuzione che potrebbe essere più adeguatamente verificata assicurando la pubblicità e trasparenza più ampia di tutti i dati relativi (cfr. *infra* IV, circa l'estensione dei principi dell'affidamento all'esecuzione del contratto: la concorrenza).

Il principio di **proporzionalità** è un principio generale del diritto europeo, 13 cui sono tenute le amministrazioni dei paesi membri. Il riscontro sulla proporzionalità dell'azione amministrativa dovrà svolgersi *ab externo*, sulla contraddittorietà dell'istruttoria compiuta ed esternata nella motivazione del provvedimento [GALETTA (17), 4] L'amministrazione che pretenda di escludere dei soggetti dalle trattative manifesta una volontà che può essere in contrasto con il principio di proporzionalità dell'azione dei pubblici poteri ogni qualvolta l'esclusione si affermi come limite non necessario, né adeguato, allo scopo pubblico che si intende perseguire, perché mancano ragioni tecniche o d'organizzazione tali da impedire la presenza di una pluralità di imprese in gara [CAVALLO PERIN (10), 73]. Il principio di proporzionalità appare inscindibile da quello di **imparzialità**, che impone un dovere delle amministrazioni aggiudicatrici di procedere eliminando tutto ciò che non appare essenziale al raggiungimento del fine di interesse pubblico che si intende perseguire con la concorrenza in materia di appalti [CAVALLO PERIN (10), 67].

La proporzionalità si collega al principio di massima apertura degli appalti pubblici alla concorrenza (*favor participationem*) e vieta le restrizioni che non trovino ragionevole giustificazione. La Corte di Giustizia ha ritenuto in contrasto con il principio di proporzionalità la legge greca che ha posto il divieto per i proprietari, soci, azionisti principali o dirigenti di un'impresa di mezzi rivestire lo *status* di proprietario, socio, azionista principale di un'impresa incaricata dallo Stato o da una persona giuridica del settore pubblico in senso lato dell'esecuzione di appalti, di forniture o servizi nonché di qualsiasi intermediario, come coniugi, parenti, persone o società economicamente dipendenti. La Corte di Lussemburgo ha ritenuto che impone una simile incompatibilità - motivata dal governo nazionale in base all'influenza di coloro che normalmente controllano i mezzi di informazione - senza dare la possibilità di prova contraria sia eccessiva e non adeguata per gli scopi che intende perseguire e, pertanto, limiti irragionevolmente la concorrenza [CGCE grande sezione 16.12.2008 n. C-213/07; CGCE sez. III 27.10.2005 n. C-234/03]. Analogamente, in un caso la Corte ha evidenziato il contrasto tra il principio di proporzionalità e la legge belga che esclude *tout court* dalla possibilità di presentare un'offerta per un appalto pubblico qualsiasi persona incaricata della ricerca, della sperimentazione, dello studio o dello sviluppo di tali lavori, forniture o servizi. La persona coinvolta nei lavori preparatori per un appalto pubblico ha indubbiamente una posizione di vantaggio informativo rispetto agli altri concorrenti che è potenzialmente pregiudizievole per il **gioco della concorrenza** [CGCE sez. II 3.3.2005 n. C-21/03 e C-34/03].

Al fine dell'instaurazione del mercato unico, sono vietate tutte le discriminazioni in base alla nazionalità dei partecipanti: uno dei principali obiettivi della politica europea sugli appalti pubblici è proprio costituita dalla necessità di ampliare la concorrenza tra le imprese europee. Ogni restrizione alla competizione deve considerarsi in contrasto con gli obiettivi delineati sempre alla luce del principio di ragionevolezza. È stata pertanto ritenuta legittima la clausola del bando per l'affidamento del servizio di pulizia dei locali presso tutti gli enti di un determinato ministero dislocati sull'intero territorio nazionale in base alla quale erano ammesse alla gara solamente le imprese con la disponibilità di più sedi periferiche, site almeno in numero di una in ogni regione della Repubblica: il Consiglio di Stato ha ritenuto che tale requisito costituisce una mera misura organizzativa finalizzata all'effettivo e puntuale svolgimento del servizio d'appalto [C Stato sez. IV 12.6.2007 n. 3103, A&C 2007, 8, 79].

- 14 L'imparzialità dell'amministrazione pubblica, cioè l'equidistanza dalle parti coinvolte nella trattativa, è garanzia e tutela della concorrenza. Il principio della *par condicio*- eguaglianza sostanziale tra i concorrenti - è elemento chiave per l'instaurazione di un mercato concorrenziale; esso opera "a monte", precludendo

l'elaborazione di **condizioni discriminatorie** per l'accesso alle gare pubbliche, ed "a valle", cioè durante le procedure di gara, imponendo l'applicazione uniforme delle regole a tutti i concorrenti [SCOCA (44), 306-307; PONZIO (27), 2466]. D'altro canto, rafforzare la concorrenza impone d'ampliare la partecipazione alle gare pubbliche (*favor participationis*) per giungere, sulla base di parametri oggettivi e predefiniti, all'individuazione del contraente ottimale per l'amministrazione aggiudicatrice in un ampio bacino d'impresе, per assicurare la qualità della prestazione e conseguire la migliore soddisfazione dell'interesse pubblico sotteso al contratto [PONZIO (27), 2465]. Il principio del *favor participationis* ha dunque lo scopo di ampliare al massimo il numero di offerte tra cui la stazione appaltante potrà scegliere secondo criteri prestabiliti: una larga partecipazione alle gare significa migliori condizioni contrattuali, con beneficio di amministrazioni, contribuenti e, qualora il contratto abbia ad oggetto un servizio pubblico, degli utenti.

Favor participationis e *par condicio* sono principi potenzialmente antitetici, inclusivo l'uno e potenzialmente esclusivo l'altro, che, rispondendo entrambi all'esigenza di stimolo della concorrenza, possono però produrre, qualora non temperati tra loro, effetti opposti al loro comune obiettivo. Il principio del *favor participationis* non deve perciò essere tolleranza della violazione delle regole di gara poiché, nel tentativo di ampliare la concorrenza, danneggerebbe tutti quegli operatori che hanno speso risorse per operare lecitamente, a vantaggio di coloro che hanno operato a scapito della leale concorrenza. Deve perciò essere temperato con la *par condicio*, per evitare esclusioni non proporzionali dalle trattative. In riferimento al bando di gara si impone chiarezza delle clausole come criterio di redazione, ed il loro rispetto al fine di garantire eguaglianza a tutti i partecipanti; tali clausole però, ove dubbie, debbono essere interpretate nel senso più favorevole alla partecipazione. Con riguardo poi al cd. "dovere di soccorso" della p.a. pare opportuno limitare al massimo la disponibilità dell'integrazione documentale, imponendo il rispetto delle forme di gara e cercando di limitare un approccio sostanzialistico che si traduca in un'applicazione delle regole a svantaggio di chi si è diligentemente conformato alle prescrizioni dell'amministrazione.

In riferimento alla chiarezza ed alla comprensibilità delle clausole del bando di gara, non pare che possano sorgere dubbi quando la *lex specialis* prescrive un determinato adempimento a pena d'esclusione. È così stata annullata l'aggiudicazione all'impresa che non aveva sottoscritto sui lembi le buste contenenti l'offerta tecnica e che aveva ommesso di compilare le stesse buste delle informazioni richieste, quando per la violazione di tali regole era prevista l'**esclusione dalla gara** [C Stato sez. V 8.9.2008 n. 4252, FA CDS 2008, 2409 (s.m.), www.giustizia-amministrativa.it]. Ove la prescrizione

non sia sanzionata con l'esclusione, occorre avere riguardo all'importanza della regola violata, ritenendo che solo le clausole a tutela di interessi fondamentali debbano interpretarsi con effetti restrittivi alla partecipazione delle imprese. Il bando per la realizzazione di un'opera pubblica che prescriveva - con riguardo ai raggruppamenti di imprese - l'obbligo della capogruppo di eseguire tutte le "prestazioni principali" non poteva comportare l'esclusione della concorrente che aveva incaricato d'una prestazione secondaria un'impresa mandante [C Stato sez. V 28.9.2009 n. 5810, www.giustizia-amministrativa.it]. Nell'interpretare le clausole di un bando occorre applicare il principio giurisprudenziale per cui le clausole richieste a pena di esclusione debbono essere chiare e precise. Nel caso di **ambiguità e oscurità** esse debbono essere interpretate nel modo meno restrittivo sicché è illegittimo interpretare la prescrizione di bando che impone la sottoscrizione dell'offerta tecnica ad opera di "tecnici abilitati" individuando come tali solamente i liberi professionisti iscritti ad un ordine professionale [C Stato sez. V 1.10.2010 n. 7262, *FA CDS* 2010, 10, 2119 (s.m.), www.giustizia-amministrativa.it]. Come noto di recente si è prevista la tassatività delle possibili prescrizioni a pena di esclusione (d.l. 13.5.2011 n. 70, art. 4, convertito in l. 12.7.2011 n. 106) limitandole a quelle previste dal codice dei contratti pubblici, dal regolamento, dalle altre disposizioni di legge vigenti "nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte" (d.lgs. n. 163/2006, art. 46, c. 1 *bis*). In questo modo viene esclusa la possibilità per le amministrazioni di introdurre delle prescrizioni a pena di esclusione, qualificando come nulle le eventuali previsioni contenute nei bandi o nelle lettere di invito [GALLO (18), 3733; PONZIO (27), 2464].

Il contrasto tra *favor participationis* e *par condicio* trova altra applicazione tipica nella limitazione del c.d. "dovere di soccorso" prescritto alle pubbliche amministrazioni sia a livello generale dalla l. 7.8.1990 n. 241 (art. 6, c. 1, lett. b) che, specificamente, per i casi del presente codice (cfr. art. 46). In primo luogo, è fatto obbligo alle imprese che partecipino ad una gara per l'aggiudicazione di un contratto pubblico il rispetto delle forme della gara e la diligenza nella compilazione delle offerte, sicché non possono essere sanati gli errori sia pure materiali da cui dipenda la **carezza di informazioni** essenziali per la valutazione dell'offerta. È così stato legittimamente escluso dalla gara per il servizio di ristorazione di un'A.S.L. quel r.t.i. che, causa errori nella collazione, aveva indicato nell'offerta tecnica il numero dei pasti per giorno e la collocazione delle cucine in riferimento ad una gara per il

medesimo servizio per altra azienda sanitaria (ovviamente con altre necessità). Gli errori - pur materiali - che alterino la comprensibilità dell'offerta comportano l'esclusione dell'offerente [C Stato sez. V 27.1.2010 n. 296, *FA CDS* 2010, 1, 129 (s.m.), www.giustizia-amministrativa.it; C Stato sez. III 4.11.2011 n. 5866, *Red Amm. CDS* 2011, 11]. Il *favor participationis* non permette ai concorrenti di integrare le proprie offerte se non per dimostrare il possesso dei requisiti di partecipazione. È dunque illegittima l'aggiudicazione all'impresa che, avendo omesso di indicare nell'offerta tecnica gli strumenti di controllo della qualità richiesti dal bando, rendeva le prescritte specifiche solo successivamente, in sede di chiarimenti richiesti dalla stazione appaltante, la quale non può discrezionalmente consentire alcun genere di integrazione con riferimento alle offerte [C Stato sez. V 8.2.2011 n. 846, *GF* 2011, 1, 105].

Sono poi illegittime tutte quelle informazioni rese successivamente alla presentazione dell'offerta che, apparentemente interpretative, comportino una modifica della medesima. Le integrazioni e le correzioni costituiscono una violazione della *par condicio* quando da esse dipenda la **sanatoria di irregolarità o invalidità**; se gli aspetti che si intendono chiarire siano oscuri per colpa dell'offerente; in nessuno caso è possibile una modifica all'offerta. Solo a fronte di un'offerta seria, valida ed affidabile vi è il dovere di richiedere integrazioni esplicative: per efficienza (evitare un possibile contenzioso od un'aggiudicazione "non meditata") e per consentire un'ampia partecipazione alla gara. Viola la *par condicio* l'integrazione informativa che si risolve nella modifica dell'offerta: tale integrazione deve essere considerata *tamquam non esset* [C Stato sez. VI 29.12.2010 n. 9577, *FA CDS* 2010, 12, 2866].

IV. L'estensione dei principi dell'affidamento all'esecuzione del contratto: la concorrenza

La norma in commento include la concorrenza fra i principi della fase di selezione del contraente, tuttavia è stato evidenziato che la tutela della concorrenza non può ignorare l'esecuzione del contratto. La tutela dell'interesse pubblico sotteso al contratto è richiesta non solo nella selezione, ma anche nell'esecuzione ove va conseguita la qualità della prestazione promessa in gara [CAVALLO PERIN-RACCA (12), 327].

La tutela della **concorrenza** prescritta dalle norme europee e nazionali durante l'aggiudicazione - perde di significato se le condizioni dell'offerta vincente non vengono rispettate dall'impresa aggiudicataria nel corso dell'esecuzione contrattuale. Una simile condotta - qualora non efficacemente contrastata dall'amministrazione - produce un effetto distorsivo della leale competizione

tra imprese [RACCA-CAVALLO PERIN-ALBANO (38)], con conseguente vanificazione delle regole pur scrupolosamente applicate in fase scelta del contraente. Nella prassi, tuttavia, simili condotte vengono troppo spesso tollerate: si configura una 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 [CAVALLO PERIN-RACCA (12), 331]. La natura pubblica dell'amministrazione e le finalità di pubblico interesse che la concorrenza è deputata a perseguire nel diritto dell'Unione ostano alla **tolleranza delle amministrazioni**, che non godono al riguardo di alcuna "autonomia privata" e che - pertanto - sono precluse dall'accettare adempimenti deteriori da quelli oggetto del contratto.

In tal senso si è pronunciata la Corte di Giustizia europea affermando che l'accettazione o la richiesta da parte di una amministrazione aggiudicatrice di una prestazione diversa da quella promessa in sede di aggiudicazione costituisce un nuovo contratto affidato senza gara e dunque nullo. La conoscenza della prestazione realmente richiesta dalla amministrazione aggiudicatrice avrebbe infatti determinato la possibile partecipazione di altri concorrenti ed una differente individuazione dell'aggiudicatario [CGCE 19.6.2008 n. C-454/06; CGCE 29.4.2010 n. C-160/08; CGCE 13.4.2010 n. C-91/08; RACCA-CAVALLO PERIN-ALBANO (38), 89; BROWN (3), NA255].

Simile giurisprudenza europea consente di affermare che l'esecuzione dei contratti pubblici deve essere conforme a quanto richiesto in gara e promesso in sede di aggiudicazione. Diversamente il principio di concorrenza risulta violato e la differente prestazione si pone in violazione delle regole europee e nazionali sulla selezione del contraente.

La pubblica amministrazione, sempre tenuta ad agire secondo correttezza, è vincolata nella fase d'esecuzione tanto quanto nella precedente fase d'aggiudicazione. 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. 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 [CAVALLO PERIN-RACCA (12), 336]. Pare dunque che accettare una diversa prestazione rispetto a quella contenuta nell'aggiudicazione corrisponda ad una sorta di **"novazione" del contratto pubblico**, andandosi tacitamente a sostituire un contratto diverso rispetto a quello oggetto d'aggiudicazione. Il ricordato principio oggettivo di correttezza

nelle relazioni tra operatori economici, che si 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. È stata anzitutto la relazione tra annullamento e la conseguente invalidità od efficacia del contratto a ricordare la rilevanza della relazione giuridica tra contratto e norme sulla concorrenza, poiché un contratto è travolto ove sia stipulato in violazione di queste. Il titolo contrattuale si afferma appieno, pertanto, come atto sottoposto alle norme sulla concorrenza. Analogamente al giudizio sulla validità, il contratto dovrà essere interpretato in conformità agli atti di gara, teleologicamente in vincolo con il principio della concorrenza.

Per giungere a questo obiettivo, è opportuna una precisa regolamentazione delle modalità esecutive del contratto. Assume a tal proposito particolare rilievo l'analisi dell'efficacia delle sanzioni contro l'inadempimento, l'utilità della risoluzione del rapporto e della sostituzione del contraente, definendo procedimenti di rapida attuazione dello **scorrimento della graduatoria**, prevedendo forma di partecipazione al controllo sull'inadempimento del contraente da parte delle imprese non aggiudicatarie, le quali, potendo subentrare, hanno interesse a stimolare l'amministrazione, parte pubblica del contratto [CAVALLO PERIN-RACCA (12), 347]. Un ruolo significativo nel controllo della qualità delle prestazioni può essere esercitato anche dalla società civile, dai cittadini, consumatori e utenti, singoli e associati, soprattutto ove si estendano anche alla fase di esecuzione i principi di trasparenza e pubblicità mediante strumenti IT (*open data*) [RACCA (28)].

BIBLIOGRAFIA: (1) ARENA, Voce *Trasparenza Amministrativa*, in (dir.) CASSESE, *Dizionario di diritto pubblico*, Milano 2006, VI, 5947; (2) ARROWSMITH-KUNZLIK (a cura di), *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law*, Cambridge 2009; (3) BROWN, *When Do Changes to an Existing Public Contract Amount to the Award of a New Contract for the Purposes of the EU Procurement Rules? Guidance at Last in Pressetext Nachrichtenagentur GmbH (Case C-454/06)*, in *Public Procurement Law Review* 2008, NA255; (4) CANCRINI, *La disciplina dei contratti e le modalità di adempimento*, in (a cura di) FRANCHINI, *I contratti con la pubblica amministrazione*, Torino 2007, 419; (5) CARANTA, *I contratti pubblici*, Torino 2012; (6) CARANTA, *Transparence et concurrence*, in NOUGUELLOU-STELKENS (a cura di), *Droit comparé des Contrats Publics*, 2010, 154; (7) CARANTA, *Sustainable public procurements in the EU*, in CARANTA-TRYBUS,

The law of green and social procurement in Europe, Copenhagen 2010; (8) CARANTA, *Il principio di diritto comunitario della trasparenza/concorrenza e l'affidamento di concessioni di servizi pubblici (ancora in margine al caso Enalotto)*, GI 2008, 2; (9) CARANTA-RICHETTO, *Sustainable Procurements in Italy: Of light and some Shadows*, in CARANTA-TRYBUS, *The law of green and social procurement in Europe*, Copenhagen 2010; (10) CAVALLO PERIN, *I principi come disciplina giuridica del pubblico servizio tra ordinamento interno ed ordinamento europeo*, Damm 2000, 41; (11) CAVALLO PERIN, voce *Validità del provvedimento e dell'atto amministrativo*, in *Digesto IV delle discipline pubblicistiche*, XV, Torino 2000, 612; (12) CAVALLO PERIN-RACCA, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, Damm 2010, 325; (13) CLARICH, *La tutela dell'ambiente attraverso il mercato (Relazione al Convegno dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo su "Analisi economica e diritto amministrativo")*, Venezia 2006, 4-5, giustizia-amministrativa.it; (14) CONTESSA, *L'abuso delle clausole escludenti nelle pubbliche gare e suoi possibili rimedi: un ritorno alla disapplicazione?*, GI 2011, 10; (15) CREPALDI, *La revoca dell'aggiudicazione provvisoria tra obbligo indennitario e risarcimento*, FA CDS 2010, 4, 870; (16) D'ALBERTI, *Interesse pubblico e concorrenza nel codice degli appalti pubblici*, Damm 2008, 297; (17) GALETTA, *La proporzionalità quale principio generale dell'ordinamento*, GDA 2006, 10, 1106; (18) GALLO, *Le prescrizioni a pena di esclusione alla luce dell'art. 46, c. 1 bis, del codice dei contratti pubblici*, FA CDS 2011, 3733; (19) LIPARI, *L'amministrazione pubblica tra trasparenza e riservatezza*, giustizia-amministrativa.it; (20) LOTTI, *I contratti attivi della p.a. tra principi dell'evidenza pubblica e regole degli appalti*, UA 2008, 1, 68; (21) MASI, *Appalti pubblici e risparmio energetico: un esempio di appalto verde*, UA 2007, 4, 479; (22) MCCRUDDEN, *Buying Social Justice*, Oxford 2007; (23) OLESSINA, *L'interpretazione delle clausole del bando di gara e dell'invito alla gara*, GI 2007, 11; (24) PERFETTI, *Sulla necessità della progettazione negli appalti di servizi e forniture*, UA 2010, 6, 665; (25) PERFETTI, *Dalla soggettività all'oggettività pubblica. Sull'identificazione delle ipotesi di applicazione della disciplina in tema di evidenza pubblica alla luce dell'adunanza plenaria n. 9 del 2004*, FA CDS 2005, 5, 1347; (26) PONZIO, *Responsabilità della P.A. per comportamento scorretto e quantificazione del danno*, UA 2007, 357; (27) PONZIO, *I limiti all'esclusione dalle gare pubbliche e la regolarizzazione documentale*, FA CDS 2011, 7-8, 2464; (28) RACCA, *The role of IT solutions in the award and execution of public procurement below threshold and list B services: overcoming e-barriers*, in *Outside the Directive- inside the Treaty*, Copenhagen

2012; (29) RACCA, *L'aggregazione dei contratti pubblici per la sostenibilità, la concorrenza e l'aggregazione*, in *Studi in Onore di Alberto Romano*, Napoli 2011; (30) RACCA, *Aggregate models of public procurement and secondary considerations: an italian perspective*, in CARANTA-TRYBUS, *The law of green and social procurement in Europe*, Copenhagen 2010, 165; (31) RACCA, *Collaborative Procurement and Contract Performance in the Italian Healthcare Sector: illustration of a common problem in European Procurement*, *Public Procurement Law Review* 2010, 3; (32) RACCA, *Contratti pubblici e comportamenti contraddittori delle pubbliche amministrazioni: la responsabilità precontrattuale*, *Nel diritto* 2009, 281; (33) RACCA, *La responsabilità contrattuale e precontrattuale*, in (a cura di) FRANCHINI, *I contratti con la pubblica amministrazione*, Torino 2007, I, 637; (34) RACCA, *Voce Correttezza (dir. amm.)*, in CASSESE (dir.), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano 2006, II, 1529; (35) RACCA, *La responsabilità della pubblica amministrazione e il risarcimento del danno*, (a cura di) GAROFOLI-RACCA-DE PALMA, *Responsabilità della pubblica amministrazione e risarcimento del danno innanzi al giudice amministrativo*, Milano 2003; (36) RACCA, *La responsabilità precontrattuale tra autonomia e correttezza*, Napoli 2000; (37) RACCA-ALBANO, *Collaborative Public Procurement and Supply Chain in the EU experience*, in HARLAND-NASSIMBENI-SCHNELLER (a cura di) *The SAGE Handbook of Strategic Supply Management*, in corso di pubblicazione; (38) RACCA-CAVALLO PERIN-ALBANO, *Competition in the execution phase of public procurement*, in *Public Contract Law Journal* 2011, 41, 1, 89; (39) RACCA-CAVALLO PERIN-ALBANO, *The safeguard of competition in the execution phase of public procurement: framework agreement as flexible competitive tools*, *Quaderni Consip* 2010, VI; (40) RAGANELLI, *Contratti pubblici e piccole medie imprese. Gli strumenti a sostegno compatibili con la normativa comunitaria e nazionale*, *RIDPC* 2011, 551; (41) ROMANO, *Sono risarcibili; ma perché devono essere interessi legittimi?*, nota a C.s.u. 22.7.1999 n. 500, *FI* 1999, I, 3222; (42) ROMANO, *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili sono diritti soggettivi*, *Damm* 1998, 1; (43) SCARCELLA, *La cd. questione ambientale nel nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, (a cura di) CARTEI, *Responsabilità e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, Napoli 2008, 313; (44) SCOCA, *I principi dell'evidenza pubblica*, (a cura di) FRANCHINI, *I contratti di appalto pubblico*, Torino 2010; (45) VOLPE, *Il principio di pubblicità delle operazioni di gara tra ordinamento comunitario e diritto interno*, Relazione svolta nel convegno "Trasparenza dell'offerta economicamente più vantaggiosa: strumento per una migliore acquisizione di farmaci, beni e servizi", *giustizia-amministrativa.it*, Verona 2008.