

FONDAMENTI DEI CONTRATTI PUBBLICI IN ITALIA

REPORT ANNUALE - 2011 - ITALIA

(Febbraio 2011)

Prof. Alberto MASSERA – Dott.ssa Marta SIMONCINI

INDICE

- 1. L'ATTIVITA' CONTRATTUALE DELL'AMMINISTRAZIONE**
- 2. LA DISCIPLINA GIURIDICA DEI CONTRATTI PUBBLICI**
- 3. IL PROCEDIMENTO DI AGGIUDICAZIONE**
- 4. L'ESECUZIONE DEI CONTRATTI PUBBLICI**

1. L'ATTIVITA' CONTRATTUALE DELL'AMMINISTRAZIONE

La pubblica amministrazione può concludere ogni tipo di contratto riconosciuto nell'ordinamento. Non sussistono restrizioni di ordine generale alla stipulazione di accordi, fatte salve le particolari previsioni relative a specifiche categorie di enti pubblici o a speciali materie. Inoltre, secondo le corti nazionali (cfr. Corte di Cassazione, II, n. 2624/1984; Consiglio di Stato, V, n. 4680/2001; TAR Liguria, n. 155/2005), anche alle amministrazioni si applicano le disposizioni generali del Codice Civile (CC) e, dunque, anche l'art. 1322, che autorizza le parti a concludere contratti non esplicitamente disciplinati dallo stesso Codice.

Parallelamente, negli ultimi anni, le nuove norme sull'attività amministrativa hanno riconosciuto alle amministrazioni la capacità di utilizzare gli strumenti contrattuali in maniera generale: simbolicamente, le riforme legislative hanno stimolato le

amministrazioni a perseguire il pubblico interesse attraverso l'applicazione del diritto privato, laddove possibile, con la finalità di razionalizzare e migliorare l'efficienza dell'intero sistema (ad es., quando non ci fosse un obbligo per le amministrazioni di agire mediante atti unilaterali sulla base dell'esercizio dei poteri amministrativi).

Inoltre, l'art. 11, L. n. 241/1990, consente alle pubbliche amministrazioni di concludere con i privati accordi integrativi o sostitutivi dei provvedimenti amministrativi, rispettivamente con lo scopo di determinare il contenuto dei provvedimenti stessi ovvero di sostituirli. In questi casi, i principi del diritto privato devono essere applicati soltanto se risultino compatibili con il procedimento amministrativo; tuttavia, l'attuazione di tale norma è piuttosto discussa (fatta eccezione per gli accordi urbanistici).

Sebbene il diritto privato sia entrato nell'attività amministrativa, le amministrazioni sono tenute ad applicare anche una specifica disciplina pubblicistica nella negoziazione dei contratti di appalto pubblico, come per i lavori, i servizi e le forniture, e nell'esternalizzazione dei servizi strumentali, atta ad implementare la loro efficienza. Ciò significa che sebbene i contratti conclusi dalle amministrazioni siano essenzialmente sottoposti al CC e, in maniera più generale, al diritto privato – eccetto per alcuni casi particolari (giochi e scommesse, prestiti) – il diritto amministrativo, specialmente a seguito dell'adozione delle direttive europee, prevede norme che modificano e arricchiscono le disposizioni del CC, al fine di proteggere sia il pubblico interesse nell'attività contrattuale – garantendo, in particolare, il principio costituzionale di imparzialità (art. 97 Cost.) e la massimizzazione dei vantaggi economici per le amministrazioni – sia i principi europei della libertà di circolazione dei servizi e della concorrenza. Pertanto, le procedure che le amministrazioni devono seguire nella contrattazione (c.d. procedure di evidenza pubblica) devono rispondere sia ai principi e alla disciplina del diritto amministrativo che ai principi di correttezza e buona fede del diritto privato.

Di conseguenza, secondo le fasi della contrattazione pubblica, i contratti pubblici seguono un doppio standard: la selezione dei concorrenti avviene secondo regole di diritto pubblico, mentre il diritto privato si applica nell'esecuzione del contratto (una volta che sia stato aggiudicato). Ciò significa che la scelta del contraente privato deve avvenire

attraverso una procedura competitiva e che l'intera attività contrattuale deve seguire i principi di buona fede e di tutela del legittimo affidamento.

Inoltre, il doppio standard si applica anche nel campo della tutela giurisdizionale, anche se con qualche recente innovazione: seguendo la regola generale sulla competenza giurisdizionale – che assegna al giudice ordinario la tutela dei diritti soggettivi e al giudice amministrativo la protezione degli interessi legittimi – i ricorsi relativi alla procedura di aggiudicazione sono rimessi al giudice amministrativo, mentre le liti contrattuali al giudice ordinario (cfr. art. 133 (1), Codice del Processo Amministrativo - CAP). Nell'esecuzione del contratto, infatti, le parti contrattuali hanno diritti ed obblighi in un rapporto sinallagmatico, mentre nelle procedure di aggiudicazione l'amministrazione procedente esercita alcuni poteri autoritativi sui partecipanti alla gara, che si trovano in una situazione di interesse legittimo (come le Sez. Un. della Corte di Cassazione hanno confermato nella sentenza n. 27169/2007, l'attività contrattuale dell'amministrazione può essere perfettamente divisa in due fasi, la prima governata dal diritto amministrativo e la seconda dal diritto privato).

Tuttavia, la distinzione tra diritto privato e diritto amministrativo non è così precisa, poiché esistono diverse interferenze tra queste discipline: da una parte, le amministrazioni pubbliche possono essere citate in giudizio dall'aggiudicatario del contratto per responsabilità precontrattuale, se la stipulazione del contratto non avvenga una volta terminato il periodo cd. di *standstill* (che è il periodo minimo durante il quale deve essere sospesa la firma del contratto); dall'altra parte, la pubblica amministrazione mantiene alcuni poteri unilaterali anche durante l'esecuzione del contratto, come ad esempio il potere di risolvere il contratto per colpa o di esercitare il recesso. In questo contesto, le intersezioni tra diritto pubblico e privato devono essere verificate caso per caso.

Su queste premesse, il presente *report* intende analizzare le principali caratteristiche del diritto dei contratti pubblici di appalto in Italia.

2. LA DISCIPLINA GIURIDICA DEI CONTRATTI PUBBLICI

Diversamente dal “droit administratif” francese, il diritto amministrativo italiano non riconosce la categoria dei contratti amministrativi, ma fin dalle origini dell’ordinamento italiano alcune leggi hanno disciplinato specifiche categorie di contratti pubblici. La prima e più importante legge in materia è stata la L. n. 2248/1865, “Allegato F”, relativa ai contratti di lavori pubblici. Inoltre, il R.d. n. 2440/1923, recante “nuove disposizioni sull’amministrazione del patrimonio e sulla contabilità generale dello Stato”, prevedeva regole generali per la selezione delle offerte ed i criteri di aggiudicazione, elevando l’asta pubblica a principio generale per l’aggiudicazione (con le eccezioni indicate nello stesso decreto e in altri atti normativi).

In questo contesto, il diritto dell’Unione europea ha profondamente modificato la disciplina nazionale sui contratti di appalto, obbligando le pubbliche amministrazioni ad osservare nuove regole procedurali finalizzate a garantire la piena concorrenza tra imprese nel mercato interno. Inoltre, le direttive UE obbligano l’ordinamento italiano a riconoscere a chi non abbia vinto la gara il risarcimento dei danni derivanti dal mancato rispetto della disciplina europea (o della normativa nazionale di recepimento), a prescindere dalla natura degli interessi privati in gioco: in questo modo, il diritto dell’UE ha superato la storica distinzione prevista nel sistema italiano tra diritti soggettivi ed interessi legittimi.

Nel 2006 è entrato in vigore il Codice dei contratti pubblici (CCP), relativo agli appalti di lavori, servizi e forniture (D. Lgs. n. 163/2006). Questo recepisce le direttive 2004/17/CE and 2004/18/CE, che disciplinano quei contratti pubblici con un impatto significativo (rispetto ad una fissata soglia economica) sulle transazioni transfrontaliere; tuttavia il Codice regola anche gli stessi tipi di contratti il cui valore sia sotto la soglia europea.

Sostanzialmente, il CCP mantiene il doppio standard per i contratti con la pubblica amministrazione, disponendo che per tutto ciò che non sia espressamente disciplinato nel Codice si rinvia alla L. n. 241/1990, sull’attività amministrativa, per quanto riguarda le procedure di aggiudicazione e le altre attività amministrative correlate, nonché al CC per quanto concerne l’attività contrattuale (art. 2, CCP). Inoltre, sebbene sia di per sé un atto di

natura pubblicistica, il CCP fa espresso riferimento a diverse disposizioni del diritto privato, cosicché le interferenze tra le due discipline sono continue e rilevanti.

3. IL PROCEDIMENTO DI AGGIUDICAZIONE

Di norma, ogni soggetto di natura pubblica che assegni benefici a soggetti privati attraverso la stipulazione di contratti che comportano l'allocazione di risorse scarse deve fare un bando di gara. Infatti, secondo l'antica idea contenuta nel R.d. 2440/1923, le procedure di gara sono necessarie per garantire sia l'efficienza che i maggiori vantaggi per le amministrazioni contraenti, così come per impedire il verificarsi di condotte sleali e di corruzione dei pubblici ufficiali. In quest'ottica, vengono favoriti gli interessi dell'amministrazione: ad es., il R.d. 2440/1923 esonerava l'amministrazione dall'obbligo di motivazione, anche in caso di esclusione di un'offerta da una gara.

Tuttavia, il diritto dell'UE ha introdotto un nuovo bilanciamento tra gli interessi in gioco, stabilendo che la gara è necessaria per garantire le pari opportunità tra operatori economici nella procedura di aggiudicazione e, più in generale, ogni qual volta l'amministrazione fornisca alle imprese un'occasione di profitto (cfr. Consiglio di Stato, VI, n. 362/2007). Nella giurisprudenza della Corte di giustizia (CGUE) sulla corretta interpretazione delle direttive del 2004, la concorrenza è diventata un principio fondamentale dell'aggiudicazione, finalizzato a garantire una condotta amministrativa trasparente, equa e non discriminatoria, a prescindere dal valore dell'appalto.

Nel sistema nazionale, il CCP ha attuato in maniera precisa le regole essenziali del diritto UE, fornendo un quadro unico per il settore dei contratti pubblici di appalto. Così, le procedure aperte, ristrette e negoziate si applicano non soltanto agli appalti sopra la soglia europea, ma anche a quelli sotto-soglia (con l'eccezione di specifici casi – di cui all'art. 121, CCP – che mirano a semplificare i vincoli della gara formale, anche se si ispirano ai principi fondamentali della regolazione europea, menzionati all'art. 2, CCP). Inoltre, gli stessi principi si applicano anche ai contratti cd. esclusi, come i contratti di numerosi pubblici servizi, i contratti sulla produzione ed il commercio di armi e i contratti aggiudicati

in base a regole internazionali (cfr. art. 27, CCP); l'art. 30, CCP, dispone poi che la gara per la concessione di servizi "deve avvenire nel rispetto dei principi desumibili dal Trattato e dei principi generali relativi ai contratti pubblici".

Tuttavia, il recepimento dei principi europei nel campo dell'aggiudicazione dei servizi pubblici locali è stata piuttosto problematica, a causa della forte tradizione degli affidamenti diretti da parte degli enti pubblici locali, già gestiti da aziende municipalizzate e poi da società, interamente o parzialmente partecipate dai soggetti pubblici locali. Di recente, il ricorso all'affidamento *in house* è stato ridimensionato dalla giurisprudenza amministrativa e dal legislatore. Da un lato, le sezioni unite del Consiglio di Stato ed i tribunali amministrativi hanno applicato in maniera rigorosa i criteri per l'affidamento sviluppati dalla CGUE; dall'altro, le leggi hanno vincolato le società *in house* al rispetto di vincoli funzionali e territoriali più stringenti ed infine hanno previsto l'eccezionalità dell'affidamento diretto, riconoscendo nella procedura di gara il sistema ordinario per l'aggiudicazione dei servizi pubblici locali (cfr. d.P.R. n. 168/2010).

In ultima analisi, il CCP recepisce i principi di non discriminazione, parità di trattamento e trasparenza, previsti nei Trattati europei, al fine di assicurare la piena concorrenza tra gli operatori economici di tutti gli Stati Membri nel settore degli appalti pubblici.

In particolare, il principio di trasparenza è generalmente osservato in tutta l'attività contrattuale dell'amministrazione, quantomeno nelle sue componenti essenziali, come la previsione di adeguate forme di pubblicità e la definizione di adeguate scadenze per la presentazione delle candidature e delle offerte. Per garantire uno standard minimo di concorrenza, lo stesso Codice dispone un'applicazione semplificata di tali regole anche ai contratti sotto-soglia e ai contratti esclusi (articoli 27, 30, 110, 125, CCP).

Come componente essenziale del principio di trasparenza, il Codice fa gravare sull'autorità contraente l'onere di definire nel bando i requisiti per la presentazione delle candidature e delle offerte, i criteri di aggiudicazione e la specificazione dell'oggetto del contratto, anche nei casi di negoziazione diretta. Con il tempo questa regola generale è stata

sviluppata anche nella giurisprudenza amministrativa: per esempio, il TAR Piemonte, n. 1524/2002, ha stabilito che il bando per una gara informale crea sull'amministrazione aggiudicatrice un implicito obbligo di osservare il principio di trasparenza e *par condicio*; quindi, una volta avviata la procedura e presentate le offerte, l'autorità non può modificare le condizioni dell'oggetto del contratto. In questo modo, la trasparenza si incrocia con i requisiti di parità di trattamento e di non discriminazione con la finalità di definire le regole del gioco competitivo.

Infine, il CCP mantiene un'antica caratteristica del diritto italiano in questo settore, rafforzata negli anni '90: le precauzioni contro "comportamenti opportunistici" delle parti. Per questo motivo, le disposizioni sulle procedure negoziate sono più restrittive di quanto non siano nel diritto UE, dal momento che le norme nazionali privilegiano l'anonimità delle candidature e la segretezza delle offerte. Ciò contribuisce alla peculiare complessità della regolazione, che è scarsamente orientata alla flessibilità e moderatamente interessata all'ottimizzazione del benessere congiunto (e il Codice non ha espressamente abrogato il R.d. n. 2440/1923 nella parte relativa ai contratti).

Tuttavia, questo sistema sovra-strutturato non ha impedito ai soggetti pubblici di godere di una sostanziale libertà contrattuale: a volte, *contro la legge*, come dimostrato dall'impressionante giurisprudenza delle corti sia ordinarie che amministrative, così come dalle sentenze della CGUE sulle azioni promosse dalla Commissione contro l'Italia per violazione del diritto UE da parte dello Stato, delle regioni o degli enti locali; altre volte, *oltre la legge*, come dimostra l'uso estensivo da parte delle pubbliche amministrazioni degli schemi contrattuali adoperati negli affari privati.

Pertanto, i soggetti pubblici sono stati condannati ed i loro contratti annullati sulla base della mancanza di procedure di gara o di abuso nel ricorso alle procedure negoziate (si vedano rispettivamente CGUE, 2008, C-337/05 e TAR Lazio, II, n. 3886/2008); ovvero in base al fatto che, in caso di avviso pubblico, l'aggiudicatario non può richiedere requisiti ulteriori rispetto a quelli previsti dalla legge, se siano sproporzionati rispetto al valore del contratto o siano irrilevanti rispetto al suo oggetto; inoltre, un altro motivo di annullamento è l'esclusione delle offerte anomale senza la previa e dettagliata verifica delle

giustificazioni adottate dai soggetti partecipanti alla gara sulla serietà e l'affidabilità delle offerte medesime (cfr., rispettivamente, Consiglio di Stato, V, n. 426/2010, e TAR Puglia, I, n. 3541/2006).

D'altro canto, i soggetti pubblici possono concludere alcuni tipi di contratto (o combinazioni di essi) creati nella pratica degli affari da operatori privati (specialmente nell'esperienza delle società multinazionali), come i contratti di *factoring*, *insurance brokering*, *engineering*, *global service*, *performance bond*, *project financing*, *leasing option*, *sponsorship*. Tutti questi contratti possono essere inclusi nel sistema di partenariato pubblico-privato, previsto dal CCP e in alcuni casi specificamente disciplinato dallo stesso Codice.

4. L'ESECUZIONE DEI CONTRATTI PUBBLICI

I controlli di natura finanziaria ed amministrativa sono sempre stati tra i più caratteristici elementi delle procedure di evidenza pubblica. Gli articoli 11-12, CCP, dispongono che la decisione di aggiudicazione non produce effetti vincolanti sull'amministrazione fino alla sua approvazione da parte dei competenti organi di controllo della stessa amministrazione (cioè, da parte di un dirigente). Inoltre, il decreto di approvazione dei contratti conclusi dall'amministrazione statale deve essere sottoposto al controllo esterno di regolarità amministrativa e contabile della Corte dei Conti, quando comporti entrate per l'amministrazione contraente o si tratti di appalti di lavori sopra la soglia europea ovvero il cui importo superi di 1/10 il valore europeo (cfr. art. 3, L. n. 20/1994). Occorre altresì osservare che l'art. 19 del R.d. n. 2440/1923 prevedeva analoghe disposizioni, stabilendo che tutte le decisioni di aggiudicazione e tutti i contratti non vincolano l'amministrazione finché essi non siano approvati dal ministro o da un'autorità delegata, e che possono essere eseguiti soltanto dopo detta approvazione; inoltre, che tali decreti devono essere sottoposti al controllo della Corte dei conti.

Al contrario, l'esecuzione dei contratti pubblici è sempre stata ricondotta al dominio del diritto privato e il diritto dell'UE non ha ancora introdotto rilevanti modifiche in proposito.

Pertanto, i contratti pubblici sono generalmente sottoposti alle disposizioni del CC sull'invalidità, sui rimedi in caso di inadempimento e sulla conseguente responsabilità contrattuale, nonché sull'esecuzione forzata con sentenza del giudice ordinario. Tuttavia, essendo i soggetti pubblici dotati di poteri speciali, il CCP contiene otto disposizioni che stabiliscono specifici "principi sull'esecuzione del contratto".

In termini generali, l'art. 1372, CC, prevede due fondamentali principi sulle relazioni contrattuali: la durata delle obbligazioni sinallagmatiche (e dei loro effetti vincolanti) per il tempo stabilito nel contratto e l'impossibilità per una sola parte di modificare le condizioni del contratto e di risolverlo unilateralmente. Entrambi questi principi garantiscono l'antica regola "pacta sunt servanda". Pertanto, applicando questa disposizione (a volte richiamata nella giurisprudenza), da un lato viene riconosciuta la libertà contrattuale della pubblica amministrazione nell'agire per la miglior cura del pubblico interesse e, per altro verso, viene limitata la stessa capacità di tali soggetti pubblici di modificare attraverso l'esercizio di poteri speciali il contenuto del contratto.

Tuttavia, sia il CC che le leggi che disciplinano i rapporti contrattuali stabiliscono alcune eccezioni per quanto riguarda la possibilità di modificare e risolvere il contratto, intaccando la tradizionale immagine della santità del contratto. In questo senso, il diritto privato affronta i problemi legati alla sopravvenienza di eventi inaspettati, dai quali possano derivare la impossibilità dello scopo o dell'oggetto del contratto o la sua eccessiva onerosità; ma la presenza di un soggetto pubblico nella relazione contrattuale può certamente essere uno stimolo alla rottura della parità tra le parti e all'equilibrio contrattuale, che si lega alla distribuzione dei rischi e dei benefici.

Inoltre, a partire dal R.d. n. 2440/1923, il diritto amministrativo ha consentito alle pubbliche amministrazioni di stabilire regole tecniche dettagliate per ogni tipo di contratto o per particolari contratti (con atti rispettivamente chiamati capitolati generali e capitolati speciali. Si veda l'art. 5 (7), CCP). Da un lato, queste specificazioni mirano ad integrare il bando o l'avviso emanato dall'autorità pubblica per la procedura di gara, funzionando come *lex specialis* atta a regolare la stessa procedura, inclusi i criteri di aggiudicazione. Inoltre, dall'altro lato, determinano le condizioni di esecuzione del contratto, integrando la

disciplina contrattuale dopo l'aggiudicazione. In ogni caso, possono avvantaggiare i soggetti pubblici nell'esecuzione del contratto. La dottrina e la giurisprudenza sui contratti pubblici hanno dibattuto molto sulla natura giuridica di tali atti e al momento è opinione comune che i capitolati generali (almeno quelli relativi agli appalti di lavori usati dall'amministrazione centrale) abbiano lo stesso carattere dei regolamenti governativi, mentre i capitolati speciali (almeno per la parte che riguarda l'esecuzione del particolare contratto) siano "condizioni generali del contratto", come nelle relazioni contrattuali private, e pertanto siano sottoposti alle disposizioni del CC in materia di clausole vessatorie nei contratti con il consumatore (Consiglio di Stato, V, n. 6774/2005. Rispetto al CC, si veda l'art. 1469-bis ss.).

Tradizionalmente il diritto amministrativo ha assegnato alle amministrazioni aggiudicatrici il cd. *jus variandi*, come un rimedio parziale alla razionalità limitata della stessa amministrazione e in coerenza con la natura degli appalti di lavori come contratti di lunga durata. In particolare, l'art. 11 del R.d. n. 2440/1923 ha stabilito che il privato è obbligato a sottostare, alle stesse condizioni, all'aumento o alla diminuzione dei lavori durante l'esecuzione del contratto, fino ad un quinto del prezzo contrattuale; oltre a questo limite, ha il diritto di recedere dal contratto. Questo potere unilaterale delle pubbliche amministrazioni è strettamente correlato al diritto garantito alle parti private dall'art. 1661, CC: entrambe le disposizioni prendono in considerazione l'indispensabilità dei lavori addizionali e ritengono la trasformazione della natura del contratto il limite estremo per modificarne il contenuto.

Sostanzialmente, il CCP conferma questa disciplina, ma l'art. 132 si riferisce non solo alle modificazioni intervenute durante l'esecuzione dei lavori, ma anche ai rischi nell'esecuzione (come la c.d. sorpresa idrogeologica). In particolare, dispone una lista esaustiva delle modificazioni ammissibili, in ragione del loro carattere essenziale e della loro relazione con la sopravvenienza di eventi inaspettati.

Inoltre, l'art. 5, CCP, autorizza il governo ad adottare regolamenti relativi all'ammontare di penalità, in coerenza con l'ammontare dei contratti e delle motivazioni del mancato adempimento, così come le modalità della loro esecuzione; ma anche il CC

prevede la possibilità di penalità per inadempimento del contratto o per adempimento con ritardo delle obbligazioni contrattuali nelle relazioni tra privati (con il solo limite della definizione di una quota non proporzionata considerata come una clausola ingiusta).

Invero, i poteri di risolvere unilateralmente il contratto sono stati ritenuti molto rilevanti. In particolare, gli articoli 134 e 136 del CCP consentono ai soggetti pubblici di recedere dal contratto per motivi di opportunità (“recesso dal contratto”) o per colpa (“risoluzione del contratto per grave inadempimento, grave irregolarità, grave ritardo”); l’art. 135 aggiunge il potere di recedere per reati relativi alla condotta professionale dell’operatore economico condannato con sentenza passata in giudicato, e per revocazione dell’attestazione di qualificazione da parte di organismi qualificati dal diritto amministrativo. Inoltre, una precedente risoluzione per colpa da parte di un soggetto pubblico può essere causa di una decisione di esclusione da gare future bandite dalla stessa amministrazione, sulla base del fatto che il “normale livello” di affidabilità sia stato compromesso (così TAR Lazio, II, n. 5182/2000. Si veda anche Consiglio di Stato, V, n. 1500/2010, relativo ad una precedente risoluzione per colpa da parte di un’altra amministrazione).

Tuttavia, poteri analoghi sono previsti nelle relazioni contrattuali tra privati (art. 1671 e art. 1662 (2), CC), anche se in conformità al quadro generale definito nel Codice stesso (art. 1218 e art. 1375, CC), come poteri di autotutela privatistica o interna. E allora le più insidiose disposizioni per la parità delle parti contrattuali, sono le prerogative riconosciute all’amministrazione (autotutela pubblicistica o esterna), che derivano dalla speciale capacità delle pubbliche amministrazioni di curare gli interessi pubblici. Questi poteri consentono alla parte pubblica di annullare l’aggiudicazione del contratto o addirittura lo stesso bando o avviso pubblico e quindi l’intera procedura di aggiudicazione, in qualsiasi momento (cfr. art. 11, CCP. Si veda anche l’art. 6, D. Lgs. n. 53/2010, come modificato dall’art. 3(19), Allegato 4, CPA), cosicché anche durante la fase di esecuzione il contratto può diventare inefficace.

La compensazione economica della parte privata varia a seconda delle ragioni dell’esercizio di questi poteri unilaterali da parte dei soggetti pubblici. Innanzitutto, in caso

di modifiche decise unilateralmente, la natura della maggior somma è valutata come un pagamento contrattuale (e non come un risarcimento). In secondo luogo, il recesso per opportunità dà titolo all'operatore economico di ricevere il pagamento del lavoro svolto e del valore dei materiali esistenti nel cantiere, oltre ad un decimo dell'importo contrattuale non eseguito. In terzo luogo, anche la risoluzione per colpa dà titolo all'operatore economico di ricevere il pagamento del lavoro svolto; ma la liquidazione finale del contratto risolto stabilisce anche come i costi risultanti dall'assegnazione del nuovo contratto siano sopportati dalla parte colpevole.

Inoltre, in caso di mancata esecuzione o di esecuzione non adeguata, la sospensione del pagamento da parte dell'amministrazione è considerata una forma di autotutela privatistica in conformità all'art. 1460, CC. Al contrario, il corretto esercizio dei poteri di autotutela pubblicistica può legittimare il contraente privato soltanto ad invocare una forma di responsabilità pre-contrattuale, mentre lo scorretto esercizio degli stessi poteri consente all'aggiudicatario del contratto di agire per il risarcimento danni (che il giudice amministrativo ha di solito stabilito nella suddetta misura forfettaria).

Il primato della posizione riservata alla pubblica amministrazione non incide sulla natura privata del contratto (specialmente per i lavori pubblici); nell'esecuzione, dunque, il soggetto privato gode di diritti soggettivi con corrispondenti obblighi in capo alle amministrazioni (cfr. Sez. Un. della Corte di Cassazione, n. 10525/1996). Pertanto, i contraenti privati possono anche agire davanti al giudice ordinario per risoluzione del contratto per inadempimento imputabile alla stessa pubblica amministrazione (art. 1453, CC); tuttavia, il preteso inadempimento deve essere valutato in relazione alla legittimità dell'eventuale esercizio dei poteri speciali inclusi nell'autotutela pubblicistica (Consiglio di Stato, VI, n. 6275/2008).

In caso di rottura dell'equilibrio economico del contratto, il CC dispone alcuni rimedi per evitare lo scioglimento del contratto dovuto a fattori esterni: a tal fine, l'art. 1467 (3), CC, consente alla parte di offrire un giusto cambiamento delle condizioni contrattuali.

Inoltre, specifiche clausole sul ripristino dell'equilibrio economico del contratto (soprattutto in caso di nuove disposizioni legislative e regolamentari) possono essere incluse nel bando pubblico e in altri documenti afferenti alla gara, e poi possono essere riprodotte nella disciplina contrattuale, in modo da creare una vera e propria obbligazione contrattuale. Più precisamente, per le relazioni contrattuali di lunga durata (come sono le concessioni di lavori pubblici), l'art. 143, CPC, dispone che la definizione di un nuovo equilibrio contrattuale deve essere concordato, ogni volta che nuovi meccanismi o condizioni di prezzo che derivino da nuove disposizioni legislative e da regolamenti governativi mettano in discussione l'equilibrio economico e finanziario del piano dell'attività aggiudicata tramite concessione. Il mancato accordo può condurre l'operatore economico a recedere dal contratto.

Inoltre, l'art. 133, CCP, nel riferirsi agli appalti di lavori, esclude l'applicazione dell'art. 1664 (1), CC, che consente ad entrambe le parti di rivedere il prezzo contrattuale ogni volta che si verificano aumenti e diminuzioni dei costi dei materiali e della manodopera per più del 10% del prezzo totale. Ciò significa che non è ammessa alcuna revisione del prezzo, essendo al contrario applicabile il criterio del prezzo fisso.

Tuttavia, il prezzo può essere aumentato secondo l'evoluzione dell'inflazione ad un tasso stabilito con decreto governativo, che può essere ulteriormente aumentato (ma anche diminuito) in caso di aumento (o diminuzione) dei costi nei materiali da costruzione dovuto a circostanze eccezionali. Inoltre, la revisione eventualmente collegata al comma 2 dell'art. 1664, CC, secondo il quale gli operatori economici possono ottenere una giusta compensazione per la sopravvenienza di considerevoli difficoltà nell'esecuzione e le conseguenti modifiche al disegno originario, è tra le modificazioni del contratto previste nella lista di cui all'art. 132, CCP.

Al contrario, secondo l'art. 115, CCP, tutti i servizi pubblici e gli appalti di forniture devono contenere una clausola di revisione del prezzo, senza alcun riferimento alla sopravvenienza di condizioni impreviste (diversamente dal CC). Questo differente trattamento può essere spiegato nel modo seguente: in ragione della maggiore onerosità nell'esecuzione dei contratti di lavori pubblici, è prevalsa la finalità di contenere l'onere

economico sui bilanci pubblici, senza trasformare lo stesso contratto in un azzardo, ma utilizzando una sorta di clausola giuridica di “mantenimento del valore” piuttosto che una clausola per la rinegoziazione (diversamente anche dalle concessioni di lavori). E al fine di affrontare i rischi legati al completamento dei lavori o alla qualità dell’esecuzione, la regolazione nazionale sui pubblici contratti ha optato per un sistema di assicurazione (Articoli 75, 111, 113 e 129, CCP).

Per quanto riguarda la durata del contratto pubblico, l’art. 12 del R.d. del 1923 stabiliva come regola generale che la definizione di un termine certo della relazione contrattuale è obbligatoria per le amministrazioni; inoltre, le spese ordinarie (come in caso di contratti di locazione) non possono superare i nove anni. In un certo senso, questa norma è connessa all’art. 57 (7), CCP, che vieta il rinnovo tacito dei contratti pubblici di appalto e sanziona come nullo il rinnovo automatico, sebbene questo divieto intenda soprattutto garantire l’effettività della concorrenza.

Da questo stesso punto di vista, il CCP riconosce la rilevanza del ruolo svolto dal tempo nella disciplina dei contratti pubblici: questo è vero in caso di consegne supplementari da parte del fornitore originario, aggiudicate mediante procedura negoziata senza pubblicazione di bando di gara (entro il limite temporale massimo di tre anni); nel caso di accordi quadro (la durata è di quattro anni); e in caso di concessioni di lavori pubblici (la durata è di trent’anni), in cui la durata del contratto può essere allungata con lo scopo di ristabilire l’equilibrio economico del contratto (cfr. art. 57, art. 59 e art. 143, CCP).

Inoltre, secondo una consolidata giurisprudenza (Consiglio di Stato, V, n. 6281/2002), non sono permesse modifiche alle clausole del contratto conseguenti ad una nuova negoziazione diretta, poiché i soggetti pubblici devono agire secondo particolari procedure (le procedure di evidenza pubblica) sebbene godano della libertà di contrattare. Pertanto, anche le modifiche al contratto devono essere apportate seguendo la medesima procedura.

Per quanto riguarda la realizzazione del contratto, dal momento che il contraente è generalmente scelto mediante procedure competitive, il contratto pubblico deve essere eseguito dall’aggiudicatario. Ciò tutela le amministrazioni dalle pressioni della criminalità

organizzata, interessata all'assegnazione e al subappalto dei contratti pubblici (si noti che l'art. 247, CCP, non riguarda i controlli finalizzati alla prevenzione dei reati già previsti da altre leggi).

Il CCP conferma questo principio generale all'art. 118 (1), ma prevede anche alcune eccezioni: l'art. 116, CCP, disciplina le modifiche del contratto derivanti da fatti relativi al partner contrattuale e l'art. 117, CCP, riguarda la possibilità di cessione delle somme dovute dall'amministrazione. Inoltre, l'art. 118 – come modificato dal D. Lgs. n. 152/2008 – autorizza l'aggiudicatario al subappalto nel rispetto di limiti quantitativi (30% della categoria di lavori prevalente, 30% dell'intero ammontare del contratto per servizi e forniture) che devono essere definiti di volta in volta dall'amministrazione aggiudicatrice nel bando pubblico. Inoltre, i candidati devono indicare nelle loro offerte le parti del contratto che intendono subaffidare e l'amministrazione aggiudicatrice mantiene il controllo sull'idoneità dei subcontraenti, pagando direttamente la somma dovuta per l'esecuzione a ciascun subcontraente.

In conclusione, le pressioni, derivanti sia da fattori interni che dal mercato concorrenziale, hanno condotto la disciplina nazionale sulle modificazioni dei contratti pubblici ad essere più restrittive di quella europea. Almeno con riferimento al subappalto, che rientra in un ambito di ampia discrezionalità dell'amministrazione aggiudicatrice; ed è questo uno dei principi generali che si applicano anche ai contratti esclusi (art. 27, CCP). Tuttavia, la regolazione concorrenziale applicabile agli appalti pubblici introduce ulteriori limiti alla possibilità di rinegoziare le clausole contrattuali, come nel caso delle restrizioni al ricorso alla procedura negoziata per l'aggiudicazione di lavori o consegne addizionali al partner contrattuale.

* Questo report è basato principalmente sul contributo di A. Massera nel volume curato da R. Noguellou e U. Stielkens, *Droit comparé des contrats publics*, Bruxelles, Bruylant, 2010. Per un approfondimento delle tematiche discusse si rinvia, pertanto, al citato saggio.