

CONCORSO IN MAGISTRATURA 2011 - LE TRACCE DI DIRITTO AMMINISTRATIVO

Per le tracce non estratte, rispettivamente in tema di “*Conferenza di servizi*”, e “*invalidità derivata*”, si segnala:

- per la traccia in tema di “*conferenza di servizi*”, la trattazione su Roberto GAROFOLI – Giulia FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Neldiritto Editore, 2010 alle pagg. 885 ss. e su *Tracce di diritto amministrativo*, Neldiritto Editore, 2011, pag. 334 ss.;

- per la traccia in tema di “*invalidità derivata*”, la trattazione su Roberto GAROFOLI – Giulia FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Neldiritto Editore, 2010 alle pagg. 1047 ss. (con aggiornamento alle puntualizzazioni in tema svolte da Cons. St., sez. I, 30 aprile 2010, n. 1969 e Cons. St., sez. V, 10 maggio 2010, n. 2766), nonché su Roberto GAROFOLI, *Tracce di diritto amministrativo*, Neldiritto Editore, 2011, pag. 431 ss.

Traccia di amministrativo estratta

“Il principio di rilevanza dell'elemento personale nei contratti di lavori pubblici. Vidende soggettive del candidato al contratto o dell'esecutore del contratto con riguardo al loro riflesso sulla validità rispettivamente degli atti della procedura o sul contratto”

Si riportano le parti del *Manuale di diritto amministrativo*, Neldiritto Editore, 2011 e di *Tracce di diritto amministrativo*, Neldiritto Editore, 2011, relative al tema estratto.

A. I REQUISITI SOGGETTIVI (tratto da Roberto GAROFOLI – Giulia FERRARI, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Neldiritto Editore, 2010, 1288-1300)

7. La partecipazione alla procedura di gara: i requisiti.

Il Codice prevede una serie di requisiti soggettivi che legittimano a partecipare alla gara di appalto, classificati in diverse categorie, tra cui i requisiti di ordine morale, formale, economico-finanziario e tecnico.

Coerentemente, l'art. 38 dello stesso Codice disciplina le cd. cause di esclusione dalla partecipazione alle gare¹, conseguenti al mancato possesso dei requisiti soggettivi di cui tutti i concorrenti devono disporre per poter contrattare con la P.A. e che non vanno confusi con i requisiti di capacità tecnica ed economica (disciplinati dai successivi artt. 40, 41 e 42): invero, mentre questi ultimi attengono rispettivamente al grado di esperienza e capacità professionale del concorrente, cioè alla sua idoneità sotto il profilo tecnico ad espletare l'attività oggetto di gara e alla sua solidità finanziaria e, quindi, alla sua idoneità a far fronte agli impegni contrattuali assunti, i primi, tradizionalmente definiti anche “di ordine pubblico o di moralità”, consistono essenzialmente in condizioni soggettive del concorrente suscettibili, ove insussistenti, di precluderne la partecipazione alla gara; qualora a procedura in corso vengano meno, la stazione appaltante può quindi rifiutarsi di attendere alla stipulazione del contratto².

Nell'elencarli il citato art. 38 si conforma al contenuto dell'art. 45 della direttiva 2004/18/CE e al tempo stesso omogeneizza la disciplina precedentemente dettata dall'art. 75, d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 (per i lavori), dall'art. 12, d.lgs. 17 marzo 1995, n. 157 (per i servizi) e dall'art. 11, d.lgs. 24 luglio 1992, n. 358 (per le forniture). In effetti, relativamente alle cause di esclusione per ragioni di ordine pubblico e morale, l'elencazione che si legge nel citato art. 38 va anche al di là di quelle espressamente previste dalla richiamata normativa comunitaria.

Tale caratteristica, rinvenibile già nelle disposizioni previgenti, aveva indotto la dottrina a porsi dubbi di compatibilità non tanto con il principio di tassatività delle cause di esclusione (su cui, pure, la giurisprudenza si è ampiamente soffermata) quanto piuttosto col principio generale di derogabilità delle direttive comunitarie *in subiecta materia* soltanto in senso ampliativo della concorrenza: se ne era desunto che le ipotesi di esclusione previste dal diritto nazionale, che non trovassero rispondenza nella normativa europea, non potessero trovare applicazione, per gli appalti sopra soglia, per i concorrenti di altri Stati membri dell'Unione³.

Sulla questione è intervenuta *Corte giust. com. eu., Grande sez., 16 dicembre 2008*⁴, che, pur ribadendo la tassatività delle cause di esclusione dalle gare d'appalto previste dal diritto comunitario e motivate da ragioni di ordine morale o di sicurezza pubblica, ha però precisato che ciò impedisce che uno Stato membro preveda altre misure restrittive, per garantire la trasparenza delle procedure, sempre che queste siano compatibili con il principio di proporzionalità.

Consegue che le previsioni di esclusione ulteriori rispetto a quelle contemplate dalla normativa comunitaria possano dirsi ammissibili in presenza di due condizioni: in primo luogo, che esse siano effettivamente finalizzate a garantire il carattere trasparente e concorrenziale delle procedure selettive; in secondo luogo, che si tratti di preclusioni alla partecipazione introdotte dal legislatore interno nel rispetto del criterio di proporzionalità.

¹ L'esclusione dalla gara non deve essere preceduta dal preavviso di rigetto *ex art. 10 bis*, l. 7 agosto 1990, n. 241, trattandosi di norma non applicabile alle procedure concorsuali e, più in generale, alle procedure selettive di evidenza pubblica in senso lato (Tar Puglia, Bari, sez. I, 24 giugno 2010, n. 2621).

² Cons. St., sez. V, 15 marzo 2006, n. 1387; Id., sez. IV, 20 settembre 2005, n. 4817; Id. 14 luglio 2004, n. 5094.

³ Sul punto v. la puntuale analisi di GRECO, *Le cause soggettive di esclusione*, in Garofoli – Sandulli, *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella Direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria n. 62/2005*, Milano, 2005, 577 ss.

⁴ In causa C-213/07.

Particolarmente rilevante è quest'ultima condizione che, in armonia con la giurisprudenza comunitaria in materia, deve essere interpretata in modo restrittivo e rigoroso, la singola causa di esclusione potendosi considerare compatibile nella misura in cui costituisca, per il legislatore interno, l'unico modo idoneo e adeguato ad assicurare le specifiche esigenze che è destinata a soddisfare. Sarà interessante verificare quale applicazione il principio enunciato dalla Corte europea avrà con riguardo all'ordinamento italiano, se e quando verranno portate all'attenzione delle istituzioni comunitarie le numerose ipotesi di esclusione che non trovano riscontro nella disciplina comunitaria, rispondendo a esigenze «interne» specifiche del nostro Stato.

La disciplina della partecipazione non è identica per tutti e tre i settori (lavori, servizi e forniture).

Invero, per gli appalti di lavori il sistema di qualificazione è unico e generalizzato e si basa sul necessario possesso della certificazione rilasciata dagli organismi di attestazione (SOA), chiamati ad attestare per l'appunto l'esistenza nei soggetti qualificati dei requisiti di ordine generale nonché tecnico-organizzativi ed economico-finanziari conformi alle disposizioni comunitarie in materia di qualificazione.

Diversamente per i servizi e le forniture sono le singole stazioni appaltanti che, in occasione della specifica procedura di gara, individuano nell'esercizio della loro discrezionalità i requisiti che devono essere posseduti dai concorrenti ai fini della partecipazione.

Con riguardo ai requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa (e non anche a quelli di ordine generale⁵), è attribuito alla stazione appaltante il potere di controllare, nel corso della procedura di affidamento, che le imprese partecipanti posseggano effettivamente i requisiti dichiarati.

A tale scopo è previsto dall'art. 48 del Codice – che in ciò non recepisce un'istanza comunitaria ma si limita a riprodurre la previgente disciplina dettata in materia di appalti di lavori, estendendola anche ai servizi e alle forniture⁶ – un procedimento di sospensione della gara per la verifica dei suddetti requisiti. Più precisamente, tale procedimento rappresenta una delle due tappe in cui si articola il “doppio controllo” previsto dall'art. 48, consistendo in una verifica preliminare, che si svolge prima di procedere all'apertura delle buste contenenti le offerte presentate. È previsto che le stazioni appaltanti, in tale momento, richiedano ad un numero di offerenti non inferiore al 10 per cento delle offerte presentate, arrotondate all'unità superiore, scelti con sorteggio pubblico, di comprovare, entro 10 giorni dalla data della richiesta medesima, il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, eventualmente richiesti nel bando o nella lettera di invito⁷.

Il termine in questione – che decorre dalla data in cui la richiesta perviene al domicilio indicato dal partecipante, e non da quella del sorteggio⁸ – ha natura perentoria, essendo posto a garanzia del corretto e rapido svolgimento della gara⁹. È possibile derogare alle conseguenze connesse alla natura perentoria del termine nel caso in cui il mancato rispetto del termine è imputabile esclusivamente ad errori o omissioni dell'amministrazione aggiudicatrice ovvero risulti provocato da cause di forza maggiore¹⁰. Le stazioni appaltanti non possono fissare un termine più breve rispetto a quello stabilito all'art. 48, comma 1, del Codice per la verifica dei requisiti. Ciò in quanto detto termine è già di per sé un termine accelerato, che comunque riesce a contemperare l'esigenza di tutela della tempestività del procedimento di aggiudicazione con quella, di non minore spessore, di consentire all'operatore economico la possibilità di adempiere a quanto richiesto dalla stazione appaltante, nel rispetto del principio della correttezza dei rapporti fra amministrazione e privati¹¹.

Si tratta di un “controllo a campione”, la cui finalità risiede “nell'esigenza di scoraggiare, attraverso la verifica a campione delle dichiarazioni rese in sede di gara, la possibilità di formulazione di dichiarazioni non veritiere, tali da inficiare la correttezza della procedura intesa all'individuazione dell'aggiudicatario”¹².

L'obliterazione formale della parentesi procedimentale costituita dal *sub* procedimento di verifica a campione non comporta tuttavia l'annullamento dell'intera gara¹³.

All'esito negativo del controllo la legge ricollega un triplice ordine di conseguenze: la stazione appaltante provvederà all'esclusione dalla gara, all'escussione della cauzione provvisoria ed alla segnalazione del fatto all'Autorità di vigilanza, affinché adottati i provvedimenti sanzionatori del caso¹⁴.

La stazione appaltante non ha l'obbligo di adottare contestualmente i tre atti di cui all'art. 48 del Codice (esclusione dalla gara, escussione della fideiussione e segnalazione all'Autorità di vigilanza) né di regolarne, ai fini decadenziali, la relativa tempistica. Ciò

⁵ Tar Calabria, Reggio Calabria, 29 agosto 2009, n. 543; Tar Lazio, Roma, sez. III *quater*, 27 aprile 2009, n. 3215; Tar Sicilia, Catania, sez. I, 31 gennaio 2005, n. 143; Id., Palermo, sez. II, 7 giugno 2002, n. 1466.

⁶ Art. 10, comma 1 *quater*, l. n. 109 del 1994 e successive modifiche ed integrazioni.

⁷ Sulla verifica a campione prevista dai commi 1 e 2 dell'art. 48 v. la Determinazione dell'Autorità di Vigilanza 21 maggio 2009, n. 5, recante *Linee guida per l'applicazione dell'art. 48 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163*.

⁸ Tar Lazio, Roma, III *ter*, 6 marzo 2001, n. 1760.

⁹ Cons. St., sez. IV, 12 gennaio 2005, n. 42; Id. 4 marzo 2003, n. 1189; Tar Campania, Napoli, sez. VIII, 27 novembre 2008, n. 20241. Secondo un orientamento minoritario, formatosi sulla precedente normativa (art. 10 *quater*, l. n. 109 del 1994), il termine di dieci giorni assegnato all'aggiudicatario e al secondo classificato, a differenza di quello relativo alla verifica a campione delle imprese sorteggiate, presenta carattere meramente sollecitatorio, salvo espressa, diversa indicazione contenuta nel bando o negli altri atti regolatori della gara (Tar Valle d'Aosta 13 novembre 2008, n. 88; Tar Campania, Napoli, sez. VIII, 11 gennaio 2008, n. 144; Cons. St., sez. V, 27 ottobre 2005, n. 60038).

¹⁰ Cons. St., sez. V, 10 aprile 2002, n. 1960; Tar Lazio, Roma, sez. II *ter*, 26 maggio 2006, n. 3921.

¹¹ Autorità per la Vigilanza, parere 16 gennaio 2008, n. 8.

¹² Tar Lazio, Roma, sez. II, 13 settembre 2006, n. 8493.

¹³ Tar Puglia, Lecce, sez. II, 14 agosto 2007, n. 3077.

¹⁴ La triplice sanzione (esclusione dalla gara; escussione della cauzione provvisoria; segnalazione all'autorità di vigilanza) è applicabile alle sole irregolarità accertate con riferimento ai requisiti di ordine speciale di cui all'art. 48 del Codice, e non anche a quelle relative ai requisiti di ordine generale previste dal precedente art. 38, sanzionabili solo con l'esclusione dalla gara. Ciò in quanto l'ipotesi di carenza dei requisiti di carattere generale - regolata dal citato art. 38, che prevede in tal caso solo l'esclusione del concorrente dalla gara - è, infatti, cosa diversa da quella relativa al mancato possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, disciplinata dall'art. 48, che riconnette a tale circostanza non solo l'esclusione del concorrente dalla gara, ma anche l'escussione della relativa cauzione provvisoria e la segnalazione del fatto all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici (Tar Piemonte, sez. I, 21 dicembre 2009, n. 3699; Tar Toscana, sez. I, 23 settembre 2009, n. 1473; Tar Campania, Napoli, sez. VIII, 8 agosto 2008, n. 9943; Tar Veneto, sez. I, 12 maggio 2008, n. 1326).

in quanto l'unitarietà di detto meccanismo non è documentale ma solo funzionale e teleologica, dispiegandosi in provvedimenti che, ancorchè dotati di autonoma rilevanza ed effetti, derivano da un solo presupposto di fatto - il decorso del termine perentorio senza che il concorrente abbia presentato l'intera documentazione richiesta - e tendono al medesimo fine, vale a dire la tutela dell'attività contrattuale della P.A.¹⁵.

Vi è contrasto in giurisprudenza relativamente alle conseguenze derivanti dall'omessa impugnazione del provvedimento di esclusione di cui all'art. 48, comma 1, quanto all'impugnabilità delle ulteriori sanzioni.

Per un primo orientamento, va ritenuta l'impugnabilità delle sanzioni in caso di definitività del provvedimento di esclusione¹⁶; per differente approccio, va riconosciuta autonoma lesività ai provvedimenti di escussione della cauzione e segnalazione all'Autorità, indipendentemente dall'impugnazione del provvedimento di esclusione dalla gara, l'interesse ad agire potendo emergere con riferimento alle sanzioni ulteriori non anche con riguardo al provvedimento di esclusione¹⁷.

La seconda verifica, quella cd. finale, si presenta come eventuale, riguardando soltanto l'aggiudicatario e il concorrente che segue in graduatoria, qualora gli stessi non siano stati sorteggiati per il controllo endoprocedimentale a campione. Tale controllo, che si ispira all'esigenza di aggiudicare la gara stessa ad un soggetto che effettivamente risulti in possesso di tutti i requisiti prescritti dal bando di gara, deve avvenire entro dieci giorni dalla conclusione delle operazioni di gara ed il suo esito negativo può comportare, oltre alle medesime conseguenze previste per il controllo preliminare, anche la determinazione della nuova soglia di anomalia (qualora l'esito negativo del controllo si estenda ad entrambi i concorrenti) ed un'eventuale nuova aggiudicazione¹⁸. La previsione contenuta nel comma 2 dell'art. 48 prevede infatti chiaramente che solo nell'ipotesi in cui gli stessi (ossia aggiudicatario e secondo classificato) non forniscano la prova o non confermino le dichiarazioni occorre procedere alla determinazione di una nuova soglia di anomalia e ad una nuova aggiudicazione. Pertanto, se è sola la prima classificata a non produrre i richiesti documenti mentre la seconda prova il possesso dei prescritti requisiti, si procede all'automatica aggiudicazione della gara a quest'ultima¹⁹.

7.1. Raggruppamenti temporanei di imprese e consorzi.

In un'ottica di massima apertura alla partecipazione, l'ordinamento (art. 37 del Codice dei contratti) consente la partecipazione associata alla gara, riconoscendo l'accesso ai raggruppamenti temporanei di imprese (RTI o anche ATI)²⁰.

Si ammette quindi il frazionamento dei requisiti di partecipazione, non riferiti tutti ad un unico soggetto; ai fini della qualificazione alla gara assume rilevanza la "sommatoria" dei requisiti tecnici ed economici delle imprese raggruppate, secondo i parametri specificati dalla legge e dai regolamenti attuativi²¹.

Il Codice non apporta innovazioni sostanziali rispetto alla normativa previgente per il settore dei lavori²², ma ne estende l'applicazione anche all'affidamento degli appalti di servizi e forniture. L'estensione riguarda, poi, anche i settori speciali²³.

In ogni caso, ai raggruppamenti sono imposte rigorose disposizioni in ordine alla quota di qualificazione, quale misura dell'effettiva capacità dell'impresa di eseguire correttamente la prestazione corrispondente, che deve essere assicurata da imprese in possesso ciascuna dei requisiti sufficienti per l'esecuzione della parte della prestazione ad ognuna di esse assegnata.

L'elemento centrale del raggruppamento di imprese è il mandato.

Le imprese riunite conferiscono, infatti, alla capogruppo un mandato collettivo, gratuito ed irrevocabile, in forza del quale l'impresa mandataria è abilitata a concorrere alla gara in nome e per conto di tutte le imprese raggruppate, assumendo la piena ed esclusiva rappresentanza delle stesse nei confronti della stazione appaltante per tutta la durata dell'appalto, fino all'estinzione del rapporto contrattuale con la P.A.. Tale rappresentanza, che include anche quella processuale delle altre imprese, riguarda i soli rapporti con il soggetto appaltante, per le operazioni e gli atti di qualsiasi natura emessi in dipendenza dell'appalto²⁴.

¹⁵ Tar Lazio, Roma, sez. II, 9 dicembre 2008, n. 11131.

¹⁶ Tar Lombardia, Milano, sez. III, 7 giugno 2006, n. 1325; Cons. St., sez. V, 8 marzo 2005, n. 949.

¹⁷ Cons. St., sez. VI, 27 giugno 2007, n. 3704.

¹⁸ Sul tema del controllo dei requisiti di partecipazione, URBANI, *La sospensione della gara per la verifica dei requisiti di capacità economica e finanziaria e di capacità tecnica nel nuovo codice dei contratti pubblici, (una norma da modificare)*, in www.neldiritto.it.

¹⁹ Tar Sicilia, Catania, sez. I, 4 gennaio 2008, n. 57; Tar Piemonte, sez. II, 16 gennaio 2008, n. 44; Cons. St., sez. IV 17 settembre 2007, n. 4840; Id., sez. V, 13 marzo 2006, n. 1286. Il raggruppamento di imprese può essere orizzontale o verticale. Si ha raggruppamento di tipo orizzontale quando le riunioni di concorrenti sono finalizzate a realizzare i lavori della stessa categoria (art. 37, comma 1) o ad eseguire il medesimo tipo di prestazione nell'appalto di fornitura o servizi (art. 37, comma 2). Si ha, invece, raggruppamento verticale quando la suddivisione è qualitativa, nel senso che la capogruppo esegue le opere della categoria prevalente, mentre le mandanti realizzano le opere delle altre categorie indicate nel bando come scorparabili (art. 37, comma 1) ovvero quando il mandatario esegua le prestazioni di servizi o di forniture indicate come principali anche in termini economici, i mandanti quelle indicate come secondarie (art. 37, comma 2). La distinzione tra raggruppamenti orizzontali e verticali assume rilievo decisivo con riguardo alla disciplina dei requisiti di partecipazione alle gare, oggi risultante, con riguardo al settore dei lavori, dal combinato disposto delle norme contenute nell'art. 37 del Codice e nell'art. 95, d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554, che trova applicazione sino all'approvazione del nuovo regolamento.

²⁰ MAZZAMUTO, *I raggruppamenti temporanei d'impresa tra tutela della concorrenza e tutela dell'interesse pubblico*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2003, 182 ss. Per un'ampia casistica giurisprudenziale GAROFOLI – FERRARI, *Il nuovo Codice degli appalti pubblici*, Roma, 2008.

²¹ L'espressione è di FISCHIONE, *La disciplina delle associazioni temporanee di impresa dopo il decreto correttivo 113/07*, in www.giustamm.it.

²² Artt. 11 e 13 della legge Merloni.

²³ Sul piano processuale la legittimazione attiva (intesa come titolarità in astratto della posizione soggettiva di cui si chiede tutela) per l'impugnazione di atti di una procedura di selezione del contraente della P.A., laddove alla stessa procedura partecipi un'associazione temporanea di imprese, sussiste, in via autonoma, in capo alle singole imprese costituite in raggruppamento temporaneo e l'impugnazione non fa venir meno il mandato conferito; infatti, ciascuna impresa, già associata o ancora da associare, è titolare di un autonomo interesse legittimo a conseguire l'aggiudicazione (Tar Campania, Napoli, sez. I, 19 maggio 2009, n. 2736).

²⁴ Il difetto originario del potere rappresentativo in capo all'impresa, mandataria capogruppo di un raggruppamento temporaneo di imprese non è legittimamente sanabile nel corso della procedura di gara dopo la presentazione delle offerte, giacché il principio *iure civili* della ratifica degli atti compiuti dal *falsus procurator*, quale è appunto chi è munito di procura a forma invalida, si deve coordinare con le regole *iure publico* sui contratti della Pubblica amministrazione e, in particolare, con i principi della *par condicio* fra i concorrenti in tema di presentazione delle offerte e della relativa documentazione e dell'affidamento dell'amministrazione appaltante, che deve poter accertare, sin dal momento dell'esame delle offerte, la serietà e la validità dell'impegno di ciascun offerente (Tar Piemonte, sez. I, 4 settembre 2009, n. 2250; Id. 12 agosto 2009, n. 2226).

Non è prevista la costituzione di un organismo comune tra le imprese riunite avente rilievo esterno, né lo svolgimento in comune di una o più fasi dell'attività delle imprese raggruppate, imputandosi gli obblighi e le responsabilità direttamente alle imprese raggruppate considerate nella loro individualità. Tra le imprese intercorre quindi soltanto un accordo temporaneo.

Tuttavia, la stazione appaltante è tutelata dalla previsione per cui dalla presentazione dell'offerta consegue la responsabilità solidale delle imprese raggruppate nei suoi confronti, oltre che dei subappaltatori e dei fornitori del RTI aggiudicatario. Sempre a tutela dell'affidabilità del RTI, è posto divieto di modifica della composizione del RTI rispetto a quella risultante dall'impegno presentato in sede di offerta.

Dibattute le implicazioni connesse al fallimento di una delle imprese raggruppate.

Della questione si occupa l'art. 37, comma 18, d.lgs. n. 163 del 2006.

Il comma 18 prevede che, in caso di fallimento del mandatario ovvero, qualora si tratti di imprenditore individuale, in caso di morte, interdizione, inabilitazione o fallimento del medesimo ovvero nei casi previsti dalla normativa antimafia, la stazione appaltante può proseguire il rapporto di appalto con altro operatore economico che sia costituito mandatario nei modi previsti dal presente codice purché abbia i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire; non sussistendo tali condizioni la stazione appaltante può recedere dall'appalto. Per effetto del successivo comma 19, invece, in caso di fallimento di uno dei mandanti ovvero, qualora si tratti di imprenditore individuale, in caso di morte, interdizione, inabilitazione o fallimento del medesimo ovvero nei casi previsti dalla normativa antimafia, il mandatario, ove non indichi altro operatore economico subentrante che sia in possesso dei prescritti requisiti di idoneità, è tenuto alla esecuzione, direttamente o a mezzo degli altri mandanti, purché questi abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire.

Sul tema è intervenuto *Cons. St., Comm. Spec., 22 gennaio 2008, n. 4575*, alla cui attenzione il Senato della Repubblica ha sottoposto un quesito concernente la sorte del contratto di appalto di servizi pubblici stipulato con a.t.i. a seguito di fallimento della capogruppo. La Commissione speciale, iscritta la questione proposta nel contesto più generale della sorte del contratto d'appalto in conseguenza del fallimento dell'appaltatore, ha proceduto, anzitutto, all'analisi del rapporto tra la disciplina generale della sorte del contratto di appalto in caso di fallimento dell'appaltatore, recata dall'art. 81, l. fall., e la disciplina speciale, qualora venga in discorso la sorte del contratto di pubblico appalto, in caso di fallimento dell'appaltatore, alla luce del Codice dei contratti pubblici. Muovendo dalla centralità, per gli appalti pubblici, del carattere dell'*intuitu personae*, di contro non sempre rilevante per i contratti di appalto di diritto comune, e dalla natura speciale delle norme di cui al d.lgs. n. 163 del 2006, rispetto a quelle dettate dalla legge fallimentare, il Consiglio di Stato ha tratto la conclusione della non applicabilità dell'art. 81 citato nel definire la sorte del contratto stipulato dalla P.A. appaltante con un'a.t.i. o con un'impresa individuale, in presenza del quale vale la preclusione, ex art. 37, comma 18, d.lgs. n. 163 del 2006, per la stazione appaltante pubblica, di intrattenere rapporti contrattuali con imprese fallite.

Si tratta di regola da considerare principio generale, in quanto sotteso a diverse norme del Codice dei contratti pubblici, concernenti non solo quelli stipulati con le a.t.i. ma anche quelli che vedono come controparte della P.A. imprese individuali. Difatti, nelle procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture, risulta generalmente essenziale la "qualificazione" dell'appaltatore, ossia il possesso, oltre che di requisiti generali di carattere morale, di requisiti specifici di capacità tecnico – professionale ed economico – finanziaria. Ciò posto, la Commissione, invocando la disciplina di cui all'art. 37, comma 18, citato, ha individuato le implicazioni che ne derivano sul piano applicativo.

Tra queste, l'interpretazione della norma citata nella parte in cui prevede per la P.A. la possibilità di proseguire nel rapporto di appalto in conseguenza della sua novazione soggettiva ovvero con la surrogazione della società mandataria fallita "con altro operatore economico".

Sul punto si precisa che la nuova controparte del rapporto può essere individuata tanto in un soggetto estraneo all'originario raggruppamento, quanto in uno dei mandanti dell'originario raggruppamento. In tal modo, il Consiglio di Stato disattende la tesi secondo cui la posizione di nuovo mandatario possa essere rivestita solo da un soggetto estraneo all'originario raggruppamento, posto che, diversamente dalle norme dettate in materia di appalti di servizi e forniture, l'art. 37 citato si riferisce unicamente al subentro di altro operatore economico, senza specificare se esterno o interno al gruppo. In caso di a.t.i. costituita da due soli soggetti, ove fallisca il mandatario, non può subentrare l'unico mandante, ancorché abbia i requisiti di qualificazione in relazione alla residua parte di appalto ancora da eseguire, posto che l'art. 37, comma 18, richiede la costituzione di un nuovo mandatario, prevedendo, perciò, che in ogni caso l'esecutore, che originariamente era un'a.t.i., deve continuare ad essere un'a.t.i., alla quale non può subentrare un'impresa individuale.

Infine, il Consiglio di Stato, con decisione della VI sez. *5 dicembre 2008, n. 6038*, ha affermato che nelle gare di appalto non è ammissibile la sostituzione di un'impresa, facente parte di un a.t.i., che sia fallita prima della stipula del contratto. Infatti, il divieto di modificazione della composizione delle associazioni temporanee rispetto a quella risultante dall'impegno assunto in sede di offerta impedisce il subentro, non potendo in tale ipotesi essere applicato l'art. 94, d.P.R. n. 554 del 1999, che attiene al fallimento intervenuto nella fase di esecuzione dell'appalto, e non in quella di partecipazione alla gara. Ha in particolare chiarito che "*il divieto di modificazione della composizione delle associazioni temporanee rispetto a quella risultante dall'impegno presentato in sede di offerta impedisce tale subentro e non può essere applicato l'art. 94, d.P.R. n. 554 del 1999, che attiene al fallimento intervenuto nella fase di esecuzione dell'appalto, e non in quella di partecipazione alla gara (Cons. St., sez. V, n. 4350 del 2003). Ogni eccezione al principio di immodificabilità dell'offerta e della composizione dei partecipanti dopo l'offerta non può che essere applicata restrittivamente alle sole ipotesi espressamente disciplinate dal legislatore e, tra queste, non rientra il caso del fallimento della mandataria di una Ati intervenuto in corso di gara*

La disciplina prevista per la qualificazione delle a.t.i. si applica anche ai consorzi ordinari, ammessi a partecipare alle gare di appalto, oggi anche di servizi e forniture; gli stessi si distinguono dal RTI, in quanto forniti di autonoma soggettività giuridica, oltre che per la rilevanza esterna dell'organizzazione consortile, il consorzio svolgendo una funzione d'intermediazione tra le imprese consorziate ed i terzi, essendo legittimato - fra l'altro - a stipulare contratti in nome proprio sebbene per conto delle consorziate, con propria autonoma responsabilità.

Diversa disciplina è prevista per i consorzi stabili caratterizzati da una struttura d'impresa comune, rispondente a determinati

requisiti legislativi; come tale è per natura destinato a svolgere una serie di attività permanenti nel tempo, certamente ultrattive rispetto al singolo appalto, laddove il consorzio ordinario è di regola costituito per la partecipazione alla gara e lo svolgimento di un singolo appalto²⁵.

I consorzi, in quanto muniti di una propria soggettività giuridica, devono possedere e documentare in proprio i requisiti di idoneità tecnica e finanziaria²⁶.

È principio giurisprudenziale consolidato, peraltro, che gli stessi requisiti debbano essere posseduti e documentati non solo dal consorzio in quanto tale, ma anche dalle singole imprese consorziate eventualmente designate quali esecutrici dei lavori o dei servizi; invero, malgrado il consorzio costituisca di per sé un soggetto autonomo, non può non riconoscersi che sono le singole consorziate, soggetti non privi di autonoma personalità e soprattutto di distinta organizzazione d'impresa, ad assumere concretamente, attraverso il consorzio appositamente costituito, le opere o i servizi in appalto²⁷.

Invece, per i consorzi non si procede all'accertamento dei requisiti di capacità morale. L'art. 36 conferma che i requisiti di ordine generale devono essere necessariamente verificati nei confronti dell'imprenditore chiamato ad eseguire effettivamente la prestazione oggetto di affidamento²⁸.

Il comma 5 dell'art. 36, che vieta la partecipazione alla medesima gara del consorzio stabile e dei consorziati, è stato modificato dal terzo correttivo, approvato con d.lgs. 11 settembre 2008, n. 152, specificando che i consorzi stabili sono tenuti ad indicare, in sede di offerta, per quali consorziati il consorzio concorre, e solamente a questi ultimi è fatto divieto di partecipare alla medesima gara. Il comma modificato contiene, poi, una deroga che si applica qualora le stazioni appaltanti si avvalgano della facoltà di cui agli artt. 122, comma 9, e 124, comma 8, (esclusione automatica delle offerte anomale, rispettivamente nei contratti sotto soglia di lavori pubblici e di servizi e forniture). In questo caso è vietata la partecipazione alla medesima procedura di affidamento del consorzio stabile e dei consorziati. In caso di inosservanza di tale divieto si applica l'art. 353 c.p. (*Turbata libertà degli incanti*). Da ultimo il comma 5 è stato però modificato (con decorrenza 1 luglio 2009) dal comma 1 dell'art. 17, l. 18 giugno 2009, n. 69, il quale ha abrogato il divieto di partecipazione congiunta alla medesima gara del consorzio stabile e dei consorziati, previsto per gli appalti entro il milione di euro ai quali si applica l'esclusione automatica delle offerte anomale. Il provvedimento era atteso al fine di fronteggiare la straordinaria situazione di crisi economica in atto ed incentivare l'accesso alle pubbliche gare da parte delle imprese medio-piccole²⁹.

7.2. L'avvalimento.

L'avvalimento è istituto di derivazione comunitaria, che ha trovato origine nell'elaborazione pretoria della giurisprudenza della Corte di giustizia poi recepita da quella nazionale; è stato quindi introdotto per la prima volta, a livello normativo, nell'ordinamento interno con il Codice dei contratti pubblici.

Il contratto di avvalimento è un contratto atipico assimilabile al mandato, per mezzo del quale - e nell'ambito dell'autonomia contrattuale che il nostro ordinamento garantisce alle parti ai sensi dell'art. 1322 c.c. nella qui assodata meritevolezza degli interessi perseguiti - l'impresa ausiliaria pone a disposizione dell'impresa partecipante alla gara la propria azienda, intesa notoriamente quale complesso di beni organizzato per l'esercizio delle attività di impresa (cfr. art. 2555 c.c.); il contratto concluso in tal senso dalle parti ben può quindi essere configurato quale contratto unilaterale con obbligazioni assunte da una sola delle parti e nel quale la presunzione di onerosità può essere superata da una prova contraria, ovvero dalla prassi³⁰. L'atipicità del contratto non determina alcun limite o vincolo in ordine alla causa del negozio e alla previsione di un corrispettivo e la riconducibilità del contratto stesso allo schema generale del mandato rende *ex se* irrilevante, ai fini della validità del vincolo *inter partes*, l'avvenuta assunzione, da parte del mandante, dell'obbligo di corrispondere un compenso al mandatario per l'attività da lui svolta³¹. Il contratto di avvalimento può rivestire qualunque forma, anche non esattamente documentale³².

Con tale istituto si riconosce la possibilità di servirsi, per partecipare alla gara, dei requisiti prestati da altri soggetti, distinti dal

²⁵ Autorità di vigilanza, determinazione 9 giugno 2004, n. 11.

²⁶ Ha affermato Tar Lazio, Roma, sez. III *ter*, 23 novembre 2009, n. 11482, che i consorzi stabili di imprese non possono partecipare a gare pubbliche avvalendosi dei requisiti finanziari delle proprie consorziate, atteso che l'art. 36 del Codice dei contratti si riferisce solo alle gare indette per l'affidamento di appalti di lavori, mentre per gli appalti servizi e forniture trova applicazione il precedente art. 35, secondo il quale i requisiti di idoneità tecnica per l'ammissione alle gare devono essere posseduti e comprovati dai consorzi, salvo che per quelli relativi alla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera e all'organico medio annuo, i quali solo sono computati cumulativamente in capo al consorzio ancorché posseduti dalle singole consorziate.

²⁷ Cons. St., sez. V, 30 gennaio 2002, n. 507

²⁸ Tar Sicilia, Catania, sez. I, 24 marzo 2004, n. 742; in termini, Cons. St., sez. IV, 27 giugno 2007, n. 3765; Id., sez. V, 5 settembre 2005, n. 4477.

²⁹ Con sentenza 23 dicembre 2009, C 376/08, la sez. IV della Corte di giustizia ha affermato che il diritto comunitario dev'essere interpretato nel senso che esso osta ad una normativa nazionale che dispone - in occasione della procedura di assegnazione di un appalto pubblico il cui importo non raggiunge la soglia di cui all'art. 7, n. 1, lett. c), della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 31 marzo 2004, 2004/18/CE, ma che riveste un interesse transfrontaliero certo - l'esclusione automatica dalla partecipazione a detta procedura e l'irrogazione di sanzioni penali tanto di un consorzio stabile quanto delle imprese che ne sono membri, quando queste ultime hanno presentato offerte concorrenti a quella di detto consorzio nell'ambito dello stesso procedimento, anche qualora l'offerta di detto consorzio non sia stata presentata per conto e nell'interesse di tali imprese.

³⁰ Tar Veneto, sez. I, 6 novembre 2008, n. 3451, il quale, stante la natura del contratto di avvalimento, ha ritenuto irrilevante - ai fini della validità del vincolo *inter partes* - l'avvenuta assunzione, da parte del mandante, dell'obbligo di corrispondere un compenso al mandatario per l'attività da lui svolta, obbligo che è soltanto presunto ai sensi dell'art. 1709 c.c.

³¹ Tar Veneto, sez. I, 6 novembre 2008, n. 3451.

³² Tar Lazio, Roma, sez. I, 3 dicembre 2009, n. 12455; Id., sez. II *ter*, 30 aprile 2008, n. 3637. L'esistenza del vincolo giuridico deve essere comprovato prima dell'aggiudicazione, onde consentire alla stazione appaltante il necessario controllo sul possesso dei requisiti richiesti ai partecipanti alla gara (Cons. St., sez. VI, 4 maggio 2009, n. 2785). Ha chiarito Cons. St., sez. V, 10 febbraio 2009, n. 743, che prescrizione normativa di allegare il contratto di avvalimento non costituisce limitazione per l'operatore economico del diritto di avvalersi della capacità di altri soggetti in contrasto con le direttive comunitarie (artt. 47 e 48 Direttiva n.118/2004/CE ed art 54 Direttiva n.17/2004/CE), trattandosi soltanto di un onere probatorio che può essere assolto facilmente e tendente ad eliminare incertezze in ordine all'individuazione dei soggetti responsabili per le prestazioni oggetto del contratto di appalto.

concorrente ma allo stesso legati da una relazione giuridica qualificata³³.

Si realizza, così, il possesso *per relationem* dei requisiti per concorrere: si parla anche di “qualificazione indiretta”³⁴.

Il ricorso all'avvalimento costituisce un'eccezione al principio generale che impone che i concorrenti ad una gara pubblica possiedano in proprio i requisiti di qualificazione³⁵.

L'ambito elettivo dell'elaborazione operata dalla giurisprudenza comunitaria in tema di avvalimento è rappresentato dal rapporto tra società appartenenti allo stesso gruppo, essendo stata riconosciuta come conforme al diritto comunitario l'ipotesi in cui alla gara partecipino la capogruppo che si sia avvalsa dei mezzi delle società del gruppo³⁶.

Nel Codice l'avvalimento trova la sua disciplina negli artt. 49 e 50 che, riferiti rispettivamente alle singole gare ed al sistema di qualificazione, da un lato, recepiscono e, dall'altro, puntualizzano le prescrizioni contenute negli artt. 47 e 48 della Direttiva 18/2004.

La normativa comunitaria enuclea solamente un limite modale nel ricorso all'avvalimento, imponendo al concorrente di fornire all'amministrazione la dimostrazione della concreta disponibilità dei mezzi facenti capo all'impresa avvalsa, e necessari per l'espletamento dell'appalto.

Invece, la disciplina codicistica pone una serie di limitazioni all'operatività dell'istituto, prevedendo, innanzitutto, che lo stesso non possa essere utilizzato per supplire alla carenza di qualsiasi requisito in capo al concorrente, essendo il suo ambito applicativo limitato ai requisiti oggettivi di ordine speciale, economico-finanziari e tecnico-organizzativi, ivi compresa l'attestazione SOA per i lavori pubblici, purché in quest'ultimo caso, però, tra l'impresa che si avvale dei requisiti e l'impresa ausiliaria esista un rapporto di controllo³⁷.

Per altro verso, è posto il principio per cui il concorrente può avvalersi di una sola impresa ausiliaria per ciascun requisito o categoria.

In effetti detto limite, originariamente previsto per tutti i tre settori (lavori, servizi e forniture) è stato poi dal terzo correttivo (che ha modificato *in parte qua* il comma 6 dell'art. 49 del Codice) circoscritto ai soli lavori. Inoltre, è stato anche previsto che il bando di gara può ammettere l'avvalimento di più imprese ausiliarie in ragione dell'importo dell'appalto o della peculiarità delle prestazioni, fermo restando il divieto di utilizzo frazionato per il concorrente dei singoli requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi di cui all'art. 40, comma 3, lett. b), che hanno consentito il rilascio dell'attestazione in quella categoria.

Il Codice prevede, poi, altre cautele, tra le quali l'onere del concorrente di allegare (oltre alle attestazioni SOA) il contratto in forza del quale l'impresa ausiliaria si obbliga a fornire i requisiti ed a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto; il concorrente e l'impresa ausiliaria devono, inoltre, essere in regola con gli obblighi della normativa antimafia e non devono essere collegate con nessuna delle altre imprese partecipanti alla gara; il concorrente e l'impresa ausiliaria sono responsabili

³³ Ha chiarito Cons. St., sez. V, 3 dicembre 2009, n. 7592, che il ricorso all'istituto dell'avvalimento è finalizzato non ad arricchire la capacità tecnica o economica del concorrente, ma a consentire a soggetti, che ne siano sprovvisti, di concorrere alla gara ricorrendo ai requisiti di altri (alle stesse conclusioni la sezione era pervenuta con decisione 17 marzo 2009, n. 1589). La possibilità di ricorrere all'istituto dell'avvalimento costituisce un principio di fonte comunitaria di portata generale ed è indipendente dall'esistenza di una specifica prescrizione del bando di gara (Cons. St., sez. V, 12 giugno 2009, n. 3762).

³⁴ Anche in mancanza di una specifica prescrizione del bando di gara, si può sempre ricorrere, ai fini della dimostrazione del possesso dei requisiti di partecipazione ad una gara per l'aggiudicazione di un appalto servizi, all'avvalimento parziale verticale, consistente nella possibilità per il raggruppamento partecipante di utilizzare i requisiti tecnici e finanziari di partecipazione posseduti da alcuni dei membri del raggruppamento medesimo, come risulta dal disposto dell'art. 48 della direttiva 18/2004/CE (Cons. St., sez. V, 12 novembre 2009, n. 7054).

MANGANI, *L'avvalimento, tipologia contrattuale e regime di responsabilità*, in www.giustamm.it, osserva che l'avvalimento funge da meccanismo di “supplenza” al deficit di qualificazione.

³⁵ Tar Lombardia, Milano, sez. I, 7 maggio 2008, n. 1353.

La difficile applicazione pratica, nel nostro ordinamento, dell'istituto dell'avvalimento è segnalata da ILACQUA, *Il contratto di avvalimento ex art. 49, d.lgs. n. 163 del 2006*, in www.giustamm.it, il quale la riconnette all'“anomala” relazione trilaterale tra avvalente, avvalso e stazione appaltante. Più nello specifico, il concorrente “avvalente”, al fine di rispettare i requisiti minimi richiesti per la partecipazione alla gara, “offre” - dopo averle acquisite contrattualmente (... il concorrente allega ... in originale o copia autentica il contratto in virtù del quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto) - le capacità tecnico-economiche di un terzo, denominato “avvalso”, il quale pur non assumendo il ruolo di concorrente deve vincolarsi, nei confronti dell'avvalente e della stazione appaltante, a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse tecniche ed economico-finanziarie necessarie (... Il concorrente allega... una dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria con cui quest'ultima si obbliga verso il concorrente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente) ed è responsabile solidalmente verso l'amministrazione appaltante (... Il concorrente e l'impresa ausiliaria sono responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto...). “*Appare allora chiaro che l'essenza dell'avvalimento è nell'affermata posizione di terzietà dell'ausiliario nei confronti del contratto di appalto (Il contratto di appalto è in ogni caso eseguito dall'impresa che partecipa alla gara...) e, specularmente, nella posizione di terzietà della P.A. nei confronti del contratto stretto tra ausiliario ed ausiliario; di tal che, l'angolo visuale da cui partire per comprendere appieno la figura giuridica delineata nell'art. 49, d.lgs. n. 163 del 2006 è il collegamento negoziale*”.

³⁶ Corte giust. com.eu. 14 aprile 1994, in causa C-389/92, *Ballast Nedam Groep I*, che riconosce la possibilità, per un concorrente, di dimostrare la titolarità dei requisiti previsti dalla disciplina vigente e/o dal bando di gara anche in modo indiretto, vale a dire avvalendosi di quelli posseduti da altri soggetti (nel caso di specie, di quelli posseduti da società partecipate/controllate). Si veda, inoltre, Corte giust. com.eu. 2 dicembre 1999, in causa C-176/98, *Holst Italia-Comune di Cagliari*.

Per una ricostruzione dell'istituto dell'avvalimento v. ROMANO, *L'avvalimento come forma di cooperazione fra imprese nell'esecuzione di appalti pubblici (avvalimento e libero mercato)*, in www.giustamm.it.

³⁷ Il principio dell'avvalimento opera anche con riguardo alle attestazioni S.O.A., tenendo presente che esse sostituiscono ogni altra dichiarazione, certificazione o dichiarazione che il concorrente deve rendere ai fini della partecipazione alla gara in merito alla documentazione dei requisiti di capacità tecnica ed economico-finanziaria; pertanto, l'impresa che dichiara di avvalersi delle capacità tecniche o economico-finanziarie di altra ditta può anche ricorrere alle prestazioni di quest'ultima, da rendersi in forza di valida attestazione S.O.A. di cui essa è dotata, purché siano tuttavia previamente dichiarate dal concorrente e non riferite a un qualsiasi soggetto comunque modificato, sostituito e diverso da quello previamente indicato (Cons. St., sez. II, 18 giugno 2008, n. 870). Mentre, dunque, la qualificazione SOA è normalmente oggetto di avvalimento, altrettanto non può dirsi per gli altri ‘sistemi legali vigenti di attestazione o di qualificazione nei servizi e forniture’ per i quali le disposizioni dell'art. 50 “si applicano, in quanto compatibili” (Tar Puglia, Bari, sez. I, 2 ottobre 2009, n. 2223).

in solido nei confronti della stazione appaltante, in relazione alle prestazioni oggetto del contratto.

Emerge, quindi, che la caratteristica peculiare dell'avvalimento, che in ciò lo distingue dal tradizionale fenomeno dei raggruppamenti temporanei tra imprese, consiste nel fatto che il soggetto che mette a disposizione i propri mezzi (impresa ausiliaria) rimane estraneo alla gara indetta per l'affidamento ed all'esecuzione dell'appalto (non assumendo il ruolo di appaltatore, né di subappaltatore).

Tuttavia, l'impresa ausiliaria non è del tutto indifferente rispetto alle sorti dell'appalto e alla sua esatta esecuzione. Infatti, come già anticipato, la legge prevede un regime di responsabilità solidale dell'impresa principale e dell'impresa ausiliaria nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto (art. 49, comma 4)³⁸. Cosicché, tra la stazione appaltante e l'impresa avvalsa si instaura un rapporto di garanzia personale, ossia fideiussoria, con la conseguenza che in caso di inadempimento dell'impresa aggiudicataria si potrebbe configurare un'azione diretta della stazione appaltante nei confronti dell'impresa avvalsa, ai fini dell'esecuzione dei lavori o del risarcimento danni, impregiudicato il diritto di rivalsa di quest'ultima nei confronti dell'impresa principale³⁹.

Ad ogni modo, la scelta di optare per il cumulo dei requisiti con quelli di un'impresa terza, al fine di integrare una qualità altrimenti carente, laddove consentito dalla legge, compete esclusivamente al concorrente senza che al riguardo residui una valutazione discrezionale della stazione appaltante circa l'ammissibilità dell'avvalimento. Tale assunto, tuttavia, trova un controbilanciamento nel cd. avvalimento ridotto, ai sensi dell'art. 49, comma 7, che consente – non senza perplessità in punto di compatibilità con il diritto comunitario⁴⁰ – interventi limitativi in relazione alla natura o all'importo dell'appalto, riconoscendo alla stazione appaltante la possibilità di circoscrivere l'avvalimento o solo per requisiti economici o solo per requisiti tecnici oppure solo per integrare un preesistente requisito tecnico o economico già posseduto dall'impresa che partecipa alla gara in misura o percentuale indicata nel bando stesso. In ogni caso, la relativa previsione deve essere contenuta già nel bando di gara. Tale previsione, oggetto di segnalazione da parte della Commissione europea⁴¹, è stata espunta dal terzo correttivo, approvato con d.lgs. n. 152 del 2008⁴².

La ragione di una disciplina nazionale così dettagliata, caratterizzata, per un verso, da un ampio riconoscimento dell'istituto in questione (applicabile a tutti gli appalti, di servizi, lavori o forniture), e per altro verso, dalla previsione di rigide limitazioni, sta nel tentativo, perseguito dal legislatore italiano, di conciliare esigenze contrastanti ed in tensione tra loro.

Invero, da un lato, vi è la necessità di conformarsi al diritto comunitario, nella parte in cui con l'avvalimento persegue lo scopo di garantire la massima concorrenza tra gli operatori ed un più ampio allargamento del mercato; dall'altro, la preoccupazione di scongiurare il rischio di favorire, attraverso l'avvalimento, l'affidamento degli appalti pubblici ad imprese che costituiscano “scatole vuote”, la cui partecipazione non è corredata dalla dimostrazione di aver acquisito nel tempo e con risultati concreti un'effettiva affidabilità tecnica ed economico-finanziaria⁴³.

7.2.1. La prova della disponibilità dei mezzi.

Tra gli aspetti dell'avvalimento più controversi in giurisprudenza, postosi anteriormente ad entrata in vigore del Codice appalti in relazione alle gare di appalto di rilievo comunitario, attiene alla prova della disponibilità dei mezzi in capo al soggetto del quale si invocano i requisiti.

Infatti, la giurisprudenza comunitaria ha sempre richiesto, quale condizione per il legittimo utilizzo dei requisiti di capacità posseduti da un altro soggetto, la dimostrazione da parte del partecipante alla gara di disporre effettivamente, sulla base di un titolo giuridico, dei requisiti di capacità economica, finanziaria, tecnica e organizzativa propri del soggetto, individuale o collettivo, di cui intende avvalersi.

Il contrasto giurisprudenziale si è sviluppato intorno all'oggetto ed al tipo di prova che il partecipante deve fornire.

Secondo un primo orientamento, in ipotesi di *holding*, il rapporto di direzione e coordinamento, che si crea in caso di partecipazione totalitaria o anche solo maggioritaria al capitale sociale, è elemento sufficiente per poter usufruire dell'avvalimento, senza la necessità di alcun ulteriore elemento, compreso l'impegno scritto tra le due imprese⁴⁴.

Per altro e più rigoroso orientamento, la sola esistenza di una situazione di controllo, ravvisabile tra società capogruppo e sue controllate, non è di per sé sufficiente a provare specificamente l'effettiva disponibilità delle capacità tecniche altrui, in quanto “la relazione che deve sussistere quale presupposto tra l'avvalente e l'avvalsa è piuttosto di natura sostanziale, quindi essenzialmente strutturale, ossia espressione di un'unica organizzazione e di un *know how*, facendo riferimento ad una realtà economica determinata e comune, che consenta di ritenere i requisiti in esame come riferibili ad entrambe le società, avvalente e avvalsa”⁴⁵.

Anche parte della giurisprudenza aderisce a tale indirizzo, osservando che, nel caso di ricorso all'istituto dell'avvalimento, l'impresa ausiliaria non è semplicemente un soggetto terzo rispetto al contratto di appalto, dovendosi essa impegnare (non soltanto verso l'impresa concorrente ausiliaria, ma) anche verso l'amministrazione aggiudicatrice a mettere a disposizione del concorrente le

³⁸ Tar Lazio, Roma, sez. III *ter*, 27 dicembre 2007, n. 14081.

³⁹ LEGGIARDO, *L'avvalimento*, *op. cit.*, 882. Secondo Cons. St., sez. V, 17 marzo 2009, n. 1589, nel caso di ricorso all'istituto dell'avvalimento da parte di una delle imprese partecipanti sono ininfluenti per la stazione appaltante i rapporti sottostanti esistenti fra la concorrente e il soggetto “avvalso”, essendo indispensabile unicamente che il primo dimostri di poter disporre dei mezzi del secondo, in adesione all'attuale normativa comunitaria (artt. 47 e 48 Direttiva n.118/2004/CE ed art. 54 Direttiva n.17/2004/CE), la quale espressamente prevede che “un operatore economico può, se del caso e per un determinato appalto, fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con quest'ultimi”.

⁴⁰ Sul punto v., in particolare, FANTINI, *Avvalimento*, in Garofoli-Ferrari, *Codice degli appalti pubblici annotato con dottrina, giurisprudenza e formule*, Roma, III ed., 2009.

⁴¹ *Nota di costituzione in mora C(2008)0108 del 30 gennaio 2008*, secondo cui il diritto comunitario non consente alcuna limitazione in ordine alla possibilità di avvalersi della capacità di terzi, “la sola condizione essendo quella di permettere all'amministrazione aggiudicatrice di verificare che il candidato/offertore disponga delle capacità richieste per l'esecuzione dell'appalto”.

⁴² Sulle novità introdotte dal terzo correttivo FISCHIONE, *Note sulla riforma dell'avvalimento introdotta dal terzo correttivo*, in www.giustamm.it.

⁴³ LEGGIARDO, *L'avvalimento*, in *Urb. e app.*, 2006, 8, 880.

⁴⁴ Cons. St., sez. V, 25 marzo 2002, n. 1695.

⁴⁵ Cons. St., sez. IV, 14 febbraio 2005, n. 435.

risorse di cui questi sia carente (l'ausiliario è infatti tenuto a riprodurre il contenuto del contratto di avvalimento in una dichiarazione resa nei confronti della stazione appaltante); e tale impegno costituisce presupposto di legittimità del provvedimento di aggiudicazione⁴⁶.

7.3. Il subappalto.

A differenza di quanto avviene per il raggruppamento temporaneo di imprese e per l'avvalimento, il subappalto non rileva già nella fase di partecipazione e non interferisce con la disciplina dei requisiti tecnici e morali richiesti per l'aggiudicazione, se non per il fatto che, nell'ambito degli stringenti limiti in cui è consentito il ricorso allo stesso ai sensi dell'art. 118 del Codice, la stazione appaltante già nel progetto e nel bando di gara deve precisare quali saranno le prestazioni subappaltabili⁴⁷.

Per il resto il subappalto attiene alle vicende esecutive dell'appalto aggiudicato. Nel subappalto, infatti, le prestazioni sono eseguite dal subappaltatore attraverso il complesso organizzato di beni e persone che costituisce la sua azienda; si realizza pertanto un'eccezione alla regola, sancita dall'art. 118, comma 1, secondo la quale i soggetti affidatari dei contratti pubblici sono tenuti ad eseguire in proprio le opere ed i lavori.

Quanto ai rapporti con l'avvalimento, sebbene non vi sia sovrapposizione tra i due istituti, il subappalto collocandosi a valle del contratto di appalto, può venire in rilievo il problema dei limiti della quota subappaltabile, ove il subappalto sia utilizzato per l'attingimento, da parte dell'impresa principale, dei requisiti richiesti in sede di gara, e propri dell'impresa avvalsa.

Il problema ermeneutico è divenuto più acuto dopo che, per effetto del d.lgs. 26 gennaio 2007, n. 6, che ha modificato il comma 10 dell'art. 49, è ora espressamente previsto che l'impresa ausiliaria possa assumere il ruolo di subappaltatore nei limiti dei requisiti prestati. È emersa un'interpretazione volta a valorizzare la specialità del subappalto operante nell'ambito dell'avvalimento, con conseguente sottrazione parziale al regime vincolistico dell'art. 118 del Codice dei contratti pubblici, sottolineandosi la particolare disciplina propria dell'avvalimento, caratterizzata anzitutto dalla responsabilità solidale dell'impresa avvalente e di quella avvalsa nei confronti della Stazione appaltante per le prestazioni oggetto del contratto; in tale caso, dunque, non opererebbe il limite quantitativo, potendo l'impresa ausiliaria assumere il ruolo di subappaltatore "nei limiti dei requisiti prestati", dovendosi invece ritenere vigente il regime autorizzatorio⁴⁸.

B. INCIDENZA SUL CONTRATTO (tratto da Roberto GAROFOLI – Giulia FERRARI, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Neldiritto Editore, 2010, 1348-1355; nonché su Roberto GAROFOLI, *Tracce di diritto amministrativo*, Neldiritto Editore, 2011, 421 ss.)

Da sempre spinoso il tema relativo alle conseguenze sul contratto stipulato con l'aggiudicatario dell'annullamento del provvedimento di aggiudicazione.

Prima delle importanti novità sul tema introdotte dapprima con il decreto di recepimento della direttiva ricorsi e quindi con l'approvazione del Codice del processo amministrativo si è registrato un vivace dibattito dottrinale e giurisprudenziale.

Ha complicato la ricerca di una soluzione condivisa la difficoltà di comporre i differenti e antagonisti interessi che vengono in rilievo, non sempre agevolmente conciliabili.

Da un lato, quello alla stabilità e certezza dei rapporti contrattuali di cui è parte la P.A.; dall'altro, quello del privato, che abbia vittoriosamente proposto ricorso avverso gli atti di gara, ad ottenere una tutela non formale, ma effettiva e sostanziale, comprensiva della possibilità di ottenere l'autentico bene della vita anelato, costituito dal subingresso nel rapporto contrattuale instaurato con l'aggiudicatario illegittimo; infine, quello, di cui è portatore lo stesso aggiudicatario illegittimo, spesso vittima di illegittimità verificatesi nel corso della procedura di evidenza pubblica, a lui non imputabili, addebitabili, per contro, alla sola stazione appaltante.

Nessuna delle soluzioni tradizionalmente prospettate in giurisprudenza (annullabilità, nullità, caducazione

⁴⁶ Cons. St., sez. VI, 13 maggio 2010, n. 2956. In tema anche Tar Piemonte, sez. II, 17 marzo 2008, n. 430: "L'utilizzazione dell'istituto dell'avvalimento - che consente ad un'impresa di ricorrere alle referenze tecniche, economiche e finanziarie di un'altra impresa detta impresa ausiliaria, al fine di dimostrare il possesso dei requisiti di capacità economica, finanziaria, tecnica, organizzativa necessari per partecipare ad una gara - ai sensi dell'art. 49, d.lgs. 2006, n. 163, è subordinata alla dimostrazione dell'effettiva possibilità giuridica da parte del prestatore di servizi di utilizzare la capacità finanziaria, economica e tecnica di terzi, ad esempio mediante presentazione dell'impegno a tal fine di questi soggetti. Va pertanto escluso da una gara un consorzio stabile di imprese il quale, ai fini della partecipazione, ha dichiarato che si sarebbe avvalso di della capacità di una società cooperativa consorzziata, nel caso in cui il consorzio non abbia in alcun modo documentato l'appartenenza della società indicata al consorzio stesso, né comunque sia stata prodotta né una dichiarazione sottoscritta dalla società indicata con cui quest'ultima si obbliga verso il concorrente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente, né sia stato prodotto, in originale od in copia autentica, il contratto in virtù del quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto, secondo quanto richiesto dal comma 2 dell'art. 49 cit."

⁴⁷ Rileva sottolineare che la generica od incompleta dichiarazione di subappalto non comporta l'automatica esclusione dalla gara, ma solamente l'impossibilità di ottenere l'autorizzazione al subappalto, purché il concorrente abbia la qualificazione per eseguire in proprio la prestazione (Cons. St., sez. IV, 6 giugno 2008, n. 2683; Tar Basilicata 16 aprile 2010, n. 202; Tar Lazio, Latina, 2 maggio 2008, n. 499; Tar Friuli Venezia Giulia 8 giugno 2009, n. 462; Tar Piemonte, sez. I, 24 aprile 2009, n. 1140). Ha chiarito Cons. St., sez. IV, 30 ottobre 2009, n. 6708, che l'incompleta o erronea dichiarazione del concorrente relativa all'esercizio della facoltà di subappalto è suscettibile di comportare l'esclusione dello stesso dalla gara nel solo caso in cui questi risulti sfornito in proprio della qualificazione per le lavorazioni che ha dichiarato di voler subappaltare, determinando negli altri casi effetti unicamente in fase esecutiva, sotto il profilo dell'impossibilità di ricorrere al subappalto come dichiarato, il che è conclusione anche coerente con il principio di tassatività delle ipotesi di esclusione, tenuto conto che di solito le prescrizioni relative alla dichiarazione sul subappalto non risultano assistite dalla comminatoria di esclusione dalla gara.

⁴⁸ MANGANI, *Avvalimento e subappalto*, op.cit. a n. 144. Per una più diffusa trattazione dell'argomento v. FANTINI, *Avvalimento*, in Garofoli-Ferrari, *Codice degli appalti pubblici*, op.cit.

automatica e inefficacia) è parsa, invero, idonea a consentire una composizione degli interessi sopra indicati. Sul tema, come anticipato, è ora intervenuto il legislatore con una soluzione “pan processuale” che pare proprio volta a rimettere al giudice la composizione degli interessi confliggenti. Giova allora esaminarla.

16.3. Le soluzioni offerte dal d.lgs. n. 53 del 2010 e dal Codice del processo amministrativo alla questione della “sorte del contratto”.

Sulla questione è comunque intervenuto risolutivamente dapprima il d.lgs. n. 53 del 2010, recettivo della direttiva 2007/66, e da ultimo il Codice del processo amministrativo.

Anzitutto, il comma 1 dell’art. 244 del Codice dei contratti pubblici si arricchisce di un’importante specificazione (ora confluita nell’art. 133, comma 1, lett. e, n. 1, c.p.a.) laddove dispone che “*la giurisdizione esclusiva si estende alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell’aggiudicazione*” (art. 7, d.lgs. n. 53 del 2010)⁴⁹.

A prescindere quindi dal *revirement* della Corte di Cassazione, ogni dubbio sull’estensione della giurisdizione del g.a. in materia, e segnatamente se essa includa o meno il contratto, è definitivamente fugato.

Il legislatore ha così posto un punto fermo intervenendo su una delle più spinose problematiche sottese al tema in esame e concentrando nelle mani di un unico giudice l’annullamento dell’aggiudicazione e la pronuncia sull’inefficacia del contratto, indirizzando la tutela verso l’ottenimento del bene della vita conteso.

Senonché, ulteriori ed egualmente consistenti sono le novità introdotte dal recente decreto legislativo e, ora, dal Codice del processo amministrativo.

16.3.1. La distinzione legislativa tra violazioni “gravi” e violazioni residuali.

Con specifico riferimento alla questione della dichiarazione di inefficacia del contratto, interessa l’esame degli artt. 121 e 122 c.p.a. (ove è confluita la disciplina dettata dagli artt. 245-*bis* e 245-*ter* del Codice dei contratti pubblici), relativi, rispettivamente, all’inefficacia del contratto in caso di “gravi violazioni”⁵⁰ e “negli altri casi”.

Con maggiore impegno esplicativo, la nuova disciplina, nel regolamentare l’approccio valutativo che il giudice amministrativo deve assumere nel dichiarare o meno l’inefficacia del contratto a valle dell’intervenuto annullamento dell’aggiudicazione, distingue due gruppi di ipotesi, rispettivamente prese in considerazione dall’art. 121 c.p.a. (che ha riguardo alle c.d. violazioni gravi) e dal successivo art. 122, relativo, in via residuale, alle violazioni non indicate nella disposizione precedente.

Volendo sin d’ora chiarire la diversità degli approcci imposti al giudice amministrativo in sede di definizione della questione relativa al contratto, a seconda che l’annullamento dell’aggiudicazione consegua al riscontro di “violazioni gravi” ovvero di violazioni “diverse” da quelle di cui all’art. 121 c.p.a., può dirsi che:

nel primo caso il giudice è tenuto a dichiarare l’inefficacia del contratto salvo che, in sede processuale, non si acclari che “*il rispetto di esigenze imperative connesse ad un interesse generale imponga che i suoi effetti siano mantenuti*”⁵¹;

nell’ipotesi, invece, di violazioni residuali, l’art. 122 c.p.a. rimette al giudice che annulla l’aggiudicazione definitiva il compito di stabilire se dichiarare inefficace il contratto, fissandone la decorrenza: compito da svolgere, peraltro, nel rispetto dei criteri all’uopo indicati dallo stesso art. 122 c.p.a., in forza del quale il giudice deve tenere “*conto, in*

⁴⁹ Quanto alla disciplina transitoria LIPARI, *Il recepimento della “direttiva ricorsi”: il nuovo processo super-accelerato in materia di appalti e l’inefficacia “flessibile” del contratto*, in www.gustamm.it, nonché in *Foro amm. T.A.R.*, 2010, fasc. 1, Osservatorio di giurisprudenza sulla giustizia amministrativa, ha chiarito che la formula utilizzata fa riferimento specifico alla “dichiarazione di inefficacia del contratto”, che potrebbe essere intesa come riferita solo alla nuova normativa introdotta dagli artt. 245 bis e ss., senza estendersi alle questioni riguardanti la sorte del contratto nel contesto della previgente disciplina. L’A. ritiene che, alla luce del buon senso, potranno trovare applicazione i noti principi in materia di “giurisdizione sopravvenuta”, in relazione alle domande proposte, davanti al giudice amministrativo, prima dell’entrata in vigore del decreto legislativo (e prima ancora della scadenza del termine di recepimento della direttiva n. 66/2007). In questo senso, dovrà intendersi in senso ampio il significato della formula “dichiarazione di inefficacia del contratto”, idonea a comprendere tutte le domande riguardanti le conseguenze dell’annullamento dell’aggiudicazione, ancorché esse non siano accertate attraverso il particolare iter processuale descritto dalla nuova normativa.

⁵⁰ Le violazioni che il decreto legislativo definisce “gravi” sono: aggiudicazione dell’appalto senza previa pubblicazione del bando, quando essa sia prescritta dal Codice dei contratti pubblici; aggiudicazione con procedura negoziata senza bando ovvero affidamento in economia fuori dai casi previsti, qualora ciò abbia determinato l’omissione della pubblicità del bando; stipulazione del contratto d’appalto prima che sia spirato il termine dilatorio di cui all’art. 11, comma 10, ovvero prima che sia cessato l’effetto sospensivo conseguente alla proposizione di un ricorso avverso l’aggiudicazione definitiva, in conformità a quanto disposto dall’art. 11, comma 10-*ter*, e sempre che tali violazioni abbiano influito “*sulle possibilità del ricorrente di ottenere l’affidamento*”. È stato osservato (GALLI, *Il recepimento della direttiva ricorsi tra nuovi e vecchi problemi*, op. cit., 911) che la disciplina in esame, nella parte in cui non annovera tra le violazioni di maggiore gravità, anche la disapplicazione della disciplina in rema di appalti stipulati a valle di accordi quadro o sistemi dinamici di acquisizione, potrebbe porre in contrasto con le disposizioni comunitarie.

⁵¹ Dispone l’art. 121, comma 2, C.p.a. che “*Tra le esigenze imperative rientrano, fra l’altro, quelle imprescindibili di carattere tecnico o di altro tipo, tali da rendere evidente che i residui obblighi contrattuali possono essere rispettati solo dall’esecutore attuale. Gli interessi economici possono essere presi in considerazione come esigenze imperative solo in circostanze eccezionali in cui l’inefficacia del contratto conduce a conseguenze sproporzionate, avuto anche riguardo all’eventuale mancata proposizione della domanda di subentro nel contratto nei casi in cui il vizio dell’aggiudicazione non comporta l’obbligo di rinnovare la gara. Non costituiscono esigenze imperative gli interessi economici legati direttamente al contratto, che comprendono fra l’altro i costi derivanti dal ritardo nell’esecuzione del contratto stesso, dalla necessità di indire una nuova procedura di aggiudicazione, dal cambio dell’operatore economico e dagli obblighi di legge risultanti dalla dichiarazione di inefficacia*”.

particolare, degli interessi delle parti, dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di subentrare nel contratto, nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara e la domanda di subentrare sia stata proposta".

Allorché ricorrano violazioni "gravi", pertanto, il giudice che ha annullato l'aggiudicazione è normalmente tenuto ad intervenire sul contratto dichiarandone l'inefficacia, salvo che non ricorrano le esigenze imperative cui ha riguardo il comma 2 dell'art. 121 c.p.a.: il legislatore pare, quindi, aver inteso modulare il rapporto tra dichiarazione di inefficacia del contratto e sua (eventuale) conservazione nei termini di un rapporto di regola (la dichiarazione di inefficacia) ad eccezione (la conservazione del contratto, accompagnata se del caso dall'irrogazione delle sanzioni alternative di cui all'art. 123 c.p.a.), sicché pare corretto parlare di *inefficacia cedevole*⁵².

Allorché, viceversa, all'annullamento dell'aggiudicazione il giudice abbia atteso sul riscontro di violazioni diverse da quelle elencate nell'art. 121 c.p.a., la declaratoria di inefficacia del contratto non è più una conseguenza imposta al giudice, chiamato, invece, a valutare se disporla o meno tenendo conto degli interessi delle parti, dello stato di esecuzione del contratto, della possibilità che il ricorrente vittorioso nel segmento caduca torio della vicenda processuale ha di subentrare nel rapporto contrattuale.

È quanto risulta attestato anche dall'utilizzo, nel testo dell'art. 122 c.p.a., di una terminologia differente rispetto a quella utilizzata nel precedente art. 121 (nell'art. 122: "*il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva stabilisce se dichiarare inefficace il contratto*"; nell'art. 121, "*il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva dichiara l'inefficacia del contratto [...]*").

Su altro versante, si consideri che qualora la vicenda si collochi nel contesto delle violazioni gravi, la scelta del giudice di conservare il contratto deve fondarsi sulla sussistenza di "*esigenze imperative connesse ad un interesse generale*"⁵³; viceversa, nelle fattispecie contemplate dall'art. 122 c.p.a. la valutazione demandata al giudice attiene agli interessi delle parti, all'effettiva possibilità del ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, allo stato di esecuzione del contratto e alla possibilità di subentrare nello stesso.

Se, quindi, in caso di violazioni gravi, la scelta di non dichiarare inefficace il contratto è subordinata alla sussistenza di condizioni più rigide, nei casi di violazioni non gravi, il sindacato del giudice è di più ampio respiro, ricomprendendo una valutazione complessiva della situazione di fatto e di tutti gli interessi sottesi.

16.3.2. La natura della giurisdizione: è giurisdizione di merito?

Ciò posto quanto alla disciplina dettata dagli artt. 121 e 122 c.p.a. (nella quale, come osservato, è confluita quella inserita dal d.lgs. n. 53 del 2005, con l'introduzione degli artt. 245 *bis* e *ter*, Codice dei contratti pubblici), giova considerare che sia la direttiva 2007/66 che la legge delega 7 luglio 2009, n. 88, avevano imposto la previsione di un'ipotesi di *giurisdizione esclusiva e di merito* del giudice amministrativo circa gli effetti dell'annullamento dell'aggiudicazione sul contratto; il legislatore delegato, così come il Codice del processo amministrativo, hanno invece espunto il riferimento alla giurisdizione *di merito*.

La scelta è stata apprezzata da una parte della dottrina⁵⁴ sul rilievo per cui "*la patologia negoziale non è mai il frutto di una considerazione di opportunità del giudice, o di un bilanciamento secondo equità degli interessi in conflitto, essendo invece l'esito dell'applicazione di norme giuridiche al caso di specie. Il giudice, quindi, ha sempre applicato principi e regole di diritto positivo, decidendo secondo diritto, allo scopo di dirimere il groviglio e ordinare le posizioni contrastanti che solitamente contraddistinguono queste situazioni*".

Rilievo che non ha convinto, per vero, chi ha osservato che se certo la conseguenza dell'inefficacia è direttamente ricollegabile all'esito del giudizio (di legittimità) diretto ad ottenere l'annullamento dell'aggiudicazione, "sia nel caso delle violazioni gravi, che (ed ancor di più) in quello delle altre violazioni, la valutazione del giudice diretta a dichiarare l'inefficacia ovvero a conservare il contratto è condotta tenendo in considerazione, la prima volta, la sussistenza di "*esigenze imperative*" e, la seconda, "*[de]gli interessi delle parti, [del]l'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, [del]lo stato di esecuzione del contratto e [del]la possibilità di subentrare nel contratto [...]*"; anche se è riscontrato un vizio del contratto (valutazione *di diritto*), il giudice può scegliere, verificata la sussistenza dei presupposti indicati dalle norme - di diversa consistenza in ragione del tipo di violazione - di conservare il contratto (valutazione *di merito*),

⁵² LIPARI, *Il recepimento della "direttiva ricorso": il nuovo processo super-accelerato in materia di appalti e l'inefficacia "flessibile" del contratto*, in *www.giustamm.it*, cit.; AULETTA, *Le conseguenze dell'annullamento dell'aggiudicazione sul contratto medio tempore stipulato alla luce del d.lgs. 53 del 2010*, in *Rivista Nel Diritto*, 2010, 757 ss.

⁵³ Tra le esigenze imperative che possono palesare l'opportunità di conservare il contratto rientrano, anzitutto, quelle "*imprescindibili di carattere tecnico e di altro tipo, tali da rendere evidente che i residui obblighi contrattuali possono essere rispettati solo dall'esecutore attuale*", e solo marginalmente, "*gli interessi economici*", la cui sussistenza può precludere la declaratoria di inefficacia del contratto "*in circostanze eccezionali in cui l'inefficacia conduce a conseguenze sproporzionate [...]*"; in ogni caso, "*non costituiscono esigenze imperative gli interessi economici legati direttamente al contratto*".

⁵⁴ CINTIOLI, *In difesa del processo di parti (Note a prima lettura del parere del Consiglio di Stato sul "nuovo" processo amministrativo sui contratti pubblici)*, in *www.giustamm.it*.

irrogando in caso di gravi violazioni le sanzioni alternative di cui all'art. 245-*quater*⁵⁵.

Secondo tale ultimo avviso, pertanto, il legislatore avrebbe tenuto separati i piani della validità e quello dell'efficacia del negozio giuridico, sulla base di un apprezzamento (di pura opportunità) che si compie interamente in sede giurisdizionale.

Non è mancato, al riguardo, in dottrina chi⁵⁶ ha quindi sostenuto che si sarebbe al cospetto di *un'ipotesi innominata di giurisdizione di merito*, qualificazione ritenuta conciliabile con la scelta "*pan-processualista*" o "*giudice-centrica*" fatta dal legislatore del 2010, preoccupato più di assicurare una tutela processuale effettiva e rapida al ricorrente, che non di disciplinare puntualmente il regime sostanziale da applicare all'*inefficacia* del contratto.

16.3.3. La natura della pronuncia di inefficacia.

Già molto dibattuto il problema della qualificazione della pronuncia con cui il giudice "*dichiara l'inefficacia del contratto*"⁵⁷.

Su un primo fronte chi ne ritiene il carattere dichiarativo valorizzando non solo l'espressione utilizzata dal legislatore ("dichiara"), ma anche la categoria giuridica utilizzata dal legislatore: l'inefficacia.

La quale evocerebbe l'avveramento di una condizione risolutiva (l'annullamento dell'aggiudicazione, accompagnata dagli ulteriori presupposti indicati dalla legge), che a sua volta manifesterebbe il carattere estrinseco dell'impedimento, destinato ad incidere sul regolamento dei rapporti voluto dalle parti: il contratto sarebbe, dunque, inefficace non per vizi propri, ma per l'avveramento della *condicio juris*, di cui si è detto.

Su diverso fronte chi, invece, assume la natura costitutiva della pronuncia di inefficacia del contratto.

A sostegno si rimarca -in uno al legame che la avvince all'azione di annullamento dell'aggiudicazione, a sua volta vincolata all'osservanza di termini di decadenza (che si consumano, a seconda dei casi, entro 30 giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione definitiva o dalla sua pubblicazione o entro 180 dalla stipulazione del contratto)- che si tratta di pronuncia che non si limita a "fotografare" un assetto di rapporti compiutamente stabilito dalla legge (basta considerare che, dovendo il giudice scegliere tra inefficacia *ex nunc* ed inefficacia *ex tunc*, già tale determinazione presenta connotati innovativi sulla situazione preesistente).

Si legge, del resto, nel preambolo della Direttiva 2007/66, che "*la carenza di effetti non dovrebbe essere automatica, ma dovrebbe essere accertata da un organo di ricorso indipendente*".

E come tale è stata configurata dal legislatore delegato (e poi dal Codice del processo amministrativo), sicché può sostenersi che l'annullamento dell'aggiudicazione non ha effetti caducanti (ma vizianti) sul contratto.

Si è al cospetto di un giudizio ben diverso dal mero accertamento. L'intermediazione del giudice appare qui necessaria e la relativa sentenza pare dunque acquisire caratteri di tipo costitutivo.

Se poi si considera che, come si è accennato, il giudice può, sia pure in casi eccezionali, addirittura consentire che il contratto mantenga integra la propria efficacia, è chiaro che la pronuncia di inefficacia dello stesso comporta una modifica della situazione giuridica e che tale modifica è conseguente alla statuizione giurisdizionale. Il che conferma il carattere costitutivo della sentenza.

16.3.4. La qualificazione sostanziale del vizio che inficia il contratto.

Dibattuta, ancora, la qualificazione sostanziale del vizio che inficia il contratto.

Per chi ritiene che la formula "inefficacia del contratto" sia utilizzata nel Codice del processo amministrativo con valore meramente descrittivo, concludendo quindi per la necessità di dare uno specifico *nomen* al vizio che inficerebbe il contratto, l'utilizzo del verbo "dichiarare" - sia nell'ambito dell'art. 121 che nell'ambito dell'art. 122 c.p.a. - indurrebbe a pensare che possa trattarsi di nullità (in particolare per violazione di norme imperative), con conseguente valorizzazione dei poteri officiosi del giudice.

Tesi, per vero, criticata da chi osserva che l'applicazione del regime giuridico previsto per tale vizio dal codice civile (imprescrittibilità dell'azione, proponibilità da parte di qualsiasi interessato, rilevabilità d'ufficio, carattere dichiarativo della relativa pronuncia) collide con le caratteristiche peculiari della vicenda e della disciplina complessiva che di essa il codice del processo amministrativo fornisce, in specie laddove riconosce al "*giudice che annulla l'aggiudicazione*" il potere di dichiarare l'inefficacia del contratto⁵⁸.

Si è messo in evidenza, invero, che con la formula riportata il legislatore non ha inteso ribadire, pleonasticamente, la giurisdizione del g.a. sulla sorte del contratto, già affermata a chiare lettere in altra disposizione (v. l'art. 133, comma 1, lett. e, n. 1, c.p.a.); si è parimenti escluso che essa contenga una regola sulla competenza territoriale *per concessione*, tale precisazione risultando inutile in seno ad una disciplina

⁵⁵ AULETTA, *Le conseguenze dell'annullamento dell'aggiudicazione*, cit.

⁵⁶ LIPARI, *Il recepimento della "direttiva ricorsi"*, cit..

⁵⁷ GRECO, *Illegittimo affidamento dell'appalto, sorte del contratto e sanzioni alternative nel d.lgs. 53/2010*, op. cit.

⁵⁸ AULETTA, *Le conseguenze dell'annullamento dell'aggiudicazione*, cit.

connotata dalla rigorosa affermazione (anche – e soprattutto - con riguardo al giudizio cautelare) di una competenza territoriale inderogabile.

Secondo tale impostazione, quindi, con l'espressione riportata il legislatore ha piuttosto inteso *contestualizzare* le questioni vertenti sulla legittimità del procedimento di scelta e (conseguentemente) quelle riguardanti il contratto *medio tempore* stipulato, quasi a voler introdurre, rispetto a queste ultime, una *pregiudiziale* di annullamento dell'aggiudicazione⁵⁹.

Tesi, quest'ultima, avvalorata da una lettura combinata delle norme sulla dichiarazione di inefficacia del contratto (tanto in caso di gravi violazioni, quanto in caso di violazioni non gravi) e di quella in tema di risarcimento del danno (art. 124 c.p.a.).

Invero, il legislatore dà priorità alla tutela specifica, che viene fatta esplicitamente coincidere con la “*domanda di conseguire l'aggiudicazione ed il contratto*”; in secondo luogo, tale domanda è “*comunque condizionata*” alla dichiarazione di inefficacia del contratto ai sensi degli artt. 121 e 122 c.p.a..

Pare quindi che il ricorrente possa chiedere la dichiarazione di inefficacia del contratto soltanto nel contesto del giudizio instaurato per ottenere l'annullamento dell'aggiudicazione e che, solo dopo il conseguimento di tale pronuncia, possa (preferibilmente rispetto alla domanda risarcitoria per equivalente) essere trattata la domanda di sub-ingresso nel contratto.

Qualora il giudice non dichiari l'inefficacia del contratto, può disporre a favore dell'avente titolo all'aggiudicazione il risarcimento per equivalente.

In ogni caso, il comportamento processuale della parte che senza giustificato motivo non abbia richiesto di subentrare nel contratto può essere elemento di valutazione circa l'*an* ed il *quantum* del risarcimento monetario alla luce della regola fissata dall'art. 1227 c.c.

Sicché, la parte che opti per il risarcimento monetario a prescindere dalla domanda di annullamento dell'aggiudicazione e dalla (necessariamente contestuale) dichiarazione di inefficacia del contratto corre il rischio di vedere escluso (o quanto meno attenuato) il suo diritto al risarcimento del danno.

Così opinando, tuttavia, “*la domanda di dichiarazione di inefficacia del contratto risulterebbe in sostanza sottoposta, se non ad un vero e proprio termine di decadenza, quanto meno ad un significativo condizionamento processuale, perché dovrebbe essere necessariamente innestata nel giudizio per l'annullamento dell'aggiudicazione*”⁶⁰.

Si è così ritenuto che si tratti di un caso di *risoluzione giudiziale del contratto* (in questo caso si tratterebbe di inefficacia in senso tecnico e non meramente descrittivo), da pronunciarsi con sentenza costitutiva; oppure potrebbe ipotizzarsi una ricostruzione *tutta amministrativa* dell'inefficacia del contratto, affrancata cioè dagli schemi di disciplina forniti dal codice civile (in questo caso con ulteriore valorizzazione del ruolo del giudice)⁶¹.

16.3.5. Può il g.a. dichiarare d'ufficio l'inefficacia del contratto?

Connessa all'illustrata problematica relativa alla qualificazione sostanziale del vizio che inficia il contratto è quella riguardante la riconoscibilità, in capo al g.a., del potere-dovere di pronunciare, anche d'ufficio, l'inefficacia del contratto, allorché annulli l'aggiudicazione.

A fronte di chi, nell'ammettere tale potere del g.a., valorizza l'impostazione “*pan-processuale*” seguita dal legislatore delegato, prima, dal Codice del processo amministrativo, poi, vi è chi ritiene si debba, al riguardo, distinguere tra il caso previsto dall'art. 121 e quello previsto dall'art. 122.

Nel primo, essendo la dichiarazione di inefficacia una sorta di sanzione⁶², il giudice potrebbe dichiarare l'inefficacia anche in assenza di una specifica domanda di parte, così come potrebbe ravvisare la sussistenza delle esigenze imperative che ostano alla dichiarazione di inefficacia indipendentemente da una precisa prospettazione delle parti; nel secondo, mancando qualsiasi intento sanzionatorio e trattandosi di inefficacia meramente facoltativa (e non necessaria salva la ricorrenza di specifiche esigenze impeditive), “*il potere officioso del giudice di dichiarare l'inefficacia del contratto non sembra trovare la stessa giustificazione sistematica*”⁶³.

⁵⁹ AULETTA, *Le conseguenze dell'annullamento dell'aggiudicazione*, cit. Osserva l'A. che, se si ritiene che il legislatore abbia pensato alla necessaria contestualizzazione dell'annullamento dell'aggiudicazione e della dichiarazione di inefficacia del contratto resta da sciogliere la questione della sorte del contratto nel caso in cui il provvedimento di scelta del contraente privato sia rimosso dalla stessa amministrazione nell'esercizio del suo potere di riesame. I primi commentatori [v. LIPARI, *op. ult. cit.*] ritengono che una “*soluzione ragionevole potrebbe essere la previsione legislativa ed espressa di un generale potere di autotutela dell'amministrazione [...], accompagnato dalla esplicita indicazione di un parallelo potere di recesso unilaterale (eventualmente da esercitare, anche esso entro un preciso e breve termine decadenziale, decorrente dalla stipulazione del contratto), che produca le stesse conseguenze della pronuncia giurisdizionale di inefficacia del contratto*”.

⁶⁰ LIPARI, *op. ult. cit.*

⁶¹ AULETTA, *Le conseguenze dell'annullamento dell'aggiudicazione*, cit.

⁶² Tant'è vero che quando il contratto “sopravvive” si applicano, limitatamente a questa ipotesi, le sanzioni alternative di cui all'art. 245-*quater*, “*alternativamente o cumulativamente*”.

⁶³ LIPARI, *op. ult. cit.*; in senso contrario, v. CINTIOLI, *op. ult. cit.*

16.3.6. I profili risarcitori: rinvio.

Come osservato, la privazione di effetti del contratto non esclude il risarcimento per equivalente degli ulteriori danni.

Nel caso in cui sono impugnati atti delle procedure di affidamento diversi dall'aggiudicazione, senza richiesta di annullamento dell'aggiudicazione e di privazione di effetti del contratto, l'eventuale risarcimento è accordato per i danni diversi da quello da mancata aggiudicazione.

Importante novità introdotta sul punto dal Codice del processo amministrativo è costituita dalla previsione (art. 124, comma 1), accanto al risarcimento per mancata aggiudicazione, del risarcimento per perdita di *chances*, non contemplato nel d.lgs. n. 53 del 2010.

Mentre, infatti, l'art. 245 *quinquies*, d.lgs. n. 163 del 2006, aggiunto dall'art. 12, comma 1, d.lgs. n. 53 del 2010 limitava il risarcimento, nell'ipotesi in cui il giudice non dichiara l'inefficacia del contratto, "a favore del solo ricorrente avente titolo all'aggiudicazione", il comma 1 dell'art. 124 c.p.a. prevede, più genericamente, che "*se il giudice non dichiara l'inefficacia del contratto dispone il risarcimento del danno per equivalente, subito e provato*" (v. Parte III, Cap. I, parr. 4.2 e 11.1.2).

17. Gli strumenti di tutela. La tutela cautelare *ante causam*. Rinvio.

Si rinvia alla Parte VI, Cap. V, par. 5.2.5 per l'esame della disciplina dettata, in tema di tutela cautelare *ante causam*, dall'art. 61 del Codice del processo amministrativo.

18. La responsabilità precontrattuale. Rinvio.

Si rinvia alla Parte III, Cap. 2, par. 6.2 per l'esame delle condizioni necessarie perché possa riconoscersi una responsabilità precontrattuale della stazione appaltante conseguente a scorrettezze in cui la stessa incorra nella gestione della procedura di evidenza pubblica.