

Aspetti problematici dell'esecuzione nei contratti nel prisma della nuova giurisprudenza sull'accesso civico*

Fabrizio Fracchia, Walter Giulietti

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Incrinature nella tradizionale costruzione bifasica dei contratti pubblici: i focolai pubblicistici nella fase dell'esecuzione. – 3. Le modifiche al contratto e la funzione di controllo dell'amministrazione. – 4. I rimedi alle disfunzioni in sede esecutiva ed incidenza unilaterale sul rapporto. – 5. Funzionalizzazione dell'attività dell'amministrazione e principio di concorrenza nello svolgimento del rapporto contrattuale. – 6. Verso un controllo (anche) diffuso (e comunque incidente) sull'esecuzione dei contratti pubblici; il superamento della rigida distinzione bifasica.

1. *Premessa*

In una recente sentenza, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato si è pronunciata sulla questione se si possa configurare in capo all'operatore economico utilmente collocato nella graduatoria, come determinata all'esito della procedura di evidenza pubblica per la scelta del contraente, la titolarità di un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata ai sensi della l. 241/1990 e più ampiamente se siffatta pretesa possa essere fondata ai sensi della disciplina sull'accesso civico¹.

L'importanza della pronuncia scaturisce non solo dalla definitiva precisazione dei rapporti tra accesso documentale ed accesso civico² con riguardo alla materia dei contratti pubblici, ma anche dalla chiara affermazione della rilevanza pub-

* Il presente lavoro è frutto di una riflessione comune degli autori. frutto di una riflessione comune degli autori. Peraltro, i paragrafi 1 e 6 sono stati scritti da Fabrizio Fracchia, i paragrafi 2-5 da Walter Giulietti.

¹ Cons. Stato, Ad. plen., 2 aprile 2020, n. 10.

² *Ex multis*, v. D.U. Galetta, *La trasparenza, per un nuovo rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione: un'analisi storico-evolutiva, in una prospettiva di diritto comparato ed europeo*, in *Riv. ital. dir. pubbl. com.*, 2016, 5, 109 ss.; A.E. Tedeschi, *Il diritto di accesso: il nuovo dovere di collaborazione dell'amministrazione*, in *Gior. dir. amm.*, 2016, 6, 805 ss.; M. Savino, *Il FOIA italiano. La fine della trasparenza di Bertoldo*, in *Gior. dir. amm.*, 2016, 5, 593 ss.; S. Villamena, *Il c.d. Foia (o accesso civico 2016) ed il suo coordinamento con istituti con-*

blicistica della fase di esecuzione dei contratti pubblici, suscettibile di avere implicazioni ben più ampie della sola accessibilità. Pur riconoscendo che l'esecuzione del rapporto negoziale è tendenzialmente disciplinata da disposizioni privatistiche, nella richiamata pronuncia si afferma chiaramente che «questa fase rimane ispirata e finalizzata alla cura in concreto di un pubblico interesse, lo stesso che è alla base dell'indizione della gara e/o dell'affidamento della commessa, che anzi trova la sua compiuta realizzazione proprio nella fase di realizzazione dell'opera o del servizio».

La predetta posizione, da cui prende le mosse il presente saggio, anche intercettando il profilo della capacità descrittiva della teoria della c.d. struttura bifasica dei contratti pubblici³, sancisce che l'esecuzione del pubblico contratto o della pubblica concessione, non è una «terra di nessuno», né «un rapporto rigorosamente privatistico tra la pubblica amministrazione e il contraente escludente qualsivoglia altro rapporto o interesse», ma è sottoposta, oltre che «al controllo dei soggetti pubblici, anche alla verifica e alla connessa conoscibilità da parte di eventuali soggetti controinteressati al subentro o, se del caso, alla riedizione della gara»⁴.

Si è fatto testé cenno alla cd. struttura bifasica dei contratti di cui la pubblica amministrazione è parte: essa costituisce il quadro teorico in cui tradizionalmente si risolve (invero, forse soprattutto a fini descrittivi) la frattura tra la fase precontrattuale e quella successiva alla conclusione del contratto, con conseguenti rilevanti implicazioni in tema di disciplina e di giurisdizione.

Secondo la teorica in discorso la fase precontrattuale, interamente assorbita nella cd. evidenza pubblica, è sottoposta alle regole ed ai principi pubblicistici. Sino al momento dell'aggiudicazione definitiva l'amministrazione persegue l'interesse pubblico, avendo di mira la massimizzazione dell'utilità in funzione del perseguimento degli scopi istituzionali, in un quadro di regole e principi diretti alla tutela della concorrenza, anch'essa assunta ad interesse pubblico dall'ordinamento europeo e nazionale.

Massimizzazione dell'utilità del contraente pubblico e tutela della concorrenza sono, infatti, aspetti che caratterizzano la fase genetica e che frequentemente entrano tra loro in conflitto, imponendo al diritto positivo di temperarne le

simili, in *Federalismi.it*, 2016; F. Francario, *Il diritto di accesso deve essere una garanzia effettiva e non una mera declamazione retorica*, in *Federalismi.it*, 2019.

³ M.S. Giannini, *Diritto Amministrativo*, Milano, 1970, 799 ss. Id., *Attività amministrativa*, Milano, 1960, 19, sostenendo che «Ogni azione negoziale dell'amministrazione è doppiata da una azione amministrativa, parte interna parte esterna, che precede e chiude il complesso di attività. Onde si richiede una formale deliberazione di negoziare, sovente accompagnata da un atto di controllo; a quest'atto amministrativo segue la negoziazione interprivata, il procedimento di scelta della controparte – che ha di nuovo carattere amministrativo – la stipulazione del negozio; indi il negozio è sottoposto ad approvazione d'altro organo (altro atto amministrativo); l'esecuzione del negozio è accompagnata da atti (amministrativi) di controllo, e così la cessazione del rapporto. Normalmente gli atti amministrativi che intervengono nelle sequenze fungono da fatti di legittimazione o da fatti di efficacia (*condiciones juris*) per gli atti di diritto privato; ma non sono rare strutture più complesse».

⁴ Cons. Stato, Ad. plen., 2 aprile 2020, n. 10.

diverse esigenze nella definizione degli istituti di selezione dei contraenti per l'aggiudicazione del contratto. Così, l'amministrazione agisce «secondo predefiniti moduli procedurali di garanzia per la tutela dell'interesse pubblico, ancorché siano contestualmente presenti momenti di rilevanza negoziale, dovendo la pubblica amministrazione tenere, in ogni caso, comportamenti improntati al rispetto, tra l'altro, delle regole della buona fede»⁵. È nella fase precontrattuale che, inoltre, alla parte pubblica è riconosciuta discrezionalità valutativa, che, secondo la ricostruzione comunemente seguita dalla giurisprudenza, incide sulle situazioni soggettive degli aspiranti contraenti in termini di interesse legittimo, attraendo le relative controversie nella giurisdizione del giudice amministrativo, che, ai sensi dell'art. 133 c.p.a., è esclusiva⁶.

Viceversa, con la stipula⁷ l'amministrazione diviene parte contrattuale ed in tale veste esercita la propria capacità giuridica, assumendo una posizione di tendenziale parità con la controparte. L'amministrazione in questa fase agisce «non nell'esercizio di poteri amministrativi, bensì nell'esercizio della propria autonomia negoziale»⁸. Ne consegue che, una volta instaurato il rapporto negoziale pri-

⁵ Corte cost., sentenza 23 novembre 2007, n. 401. E. Follieri, *Il rapporto amministrativo dinamico*, in *www.giustamm.it*, 12/2017, muovendo dalla premessa che «Il rapporto giuridico amministrativo dinamico è teso strutturalmente e funzionalmente a creare un rapporto giuridico amministrativo statico con l'adozione del provvedimento che conclude il procedimento», evidenzia che anche dove intervenga un accordo, una convenzione o un contratto «la fase che precede questi atti è un rapporto giuridico dinamico strutturato nel procedimento amministrativo e funzionalmente volto a determinare il contenuto dell'atto che stabilisce le regole del concreto rapporto giuridico statico». In un contratto «individuati il contraente e l'assetto degli interessi, termina il rapporto dinamico e con il contratto si stabilisce un rapporto giuridico diverso, statico, fonte di diritti ed obblighi tra le parti».

⁶ Sono sottoposte alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie: «1) relative a procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi, forniture, svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale, ivi incluse quelle risarcitorie e con estensione della giurisdizione esclusiva alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione ed alle sanzioni alternative; 2) relative al divieto di rinnovo tacito dei contratti pubblici di lavori, servizi, forniture, relative alla clausola di revisione del prezzo e al relativo provvedimento applicativo nei contratti ad esecuzione continuata o periodica, nell'ipotesi di cui all'articolo 115 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, nonché quelle relative ai provvedimenti applicativi dell'adeguamento dei prezzi ai sensi dell'articolo 133, commi 3 e 4, dello stesso decreto».

⁷ Il vincolo sinallagmatico nasce soltanto con il separato e distinto atto della stipulazione del contratto quando, essendo stata fino a quel momento irrevocabile soltanto l'offerta dell'aggiudicatario (art. 11, comma 7, secondo periodo), l'amministrazione a sua volta si impegna definitivamente. Così, Cons. Stato, Ad. plen., 20 giugno 2014, n. 14. In generale, si v. S.S. Scoca, *Evidenza pubblica e contratto. Profili sostanziali e processuali*, Napoli, 2008.

⁸ Corte cost., 18 febbraio 2011, n. 53. Il Cons. Stato, sez. V, 30 luglio 2014, n. 4025, ribadisce il netto discrimine «tra la fase della scelta del contraente con la pubblica amministrazione, retta da norme cc.dd. "di azione" che involgono un sindacato proprio della discrezionalità amministrativa devoluto al giudice amministrativo, e la fase dell'esecuzione del contratto conseguente a tale scelta, concettualmente non diverso dai contratti stipulati tra i "soggetti privati" e, pertanto, naturalmente ricadente nella giurisdizione del giudice ordinario. Nell'ambito dell'esecuzione del contratto le uniche ipotesi di devoluzione della materia alla cognizione del giudice amministrativo sono tassativamente individuate dall'art. 133, comma 1, lett. e), n. 2, cod. proc. amm. [...]». In dottrina, F. Ledda, *Il problema del contratto nel diritto amministrativo*, Torino, 1966, ed ora in *Scritti giuridici*, Milano, 2002.

vatico tra la pubblica amministrazione e l'aggiudicatario, tutte le controversie attinenti alle successive vicende verificatesi durante la fase di esecuzione del contratto rientrano di regola nella giurisdizione del giudice ordinario, tenuto conto della condizione di parità tra le parti e, dunque, della natura di diritto soggettivo connotante la posizione di quella privata⁹.

2. *Incrinature nella tradizionale costruzione bifasica dei contratti pubblici: i focolai pubblicistici nella fase dell'esecuzione*

L'assolutezza dell'enunciato paradigma bifasico, che peraltro risulta evocato al c. 8, art. 30, d.lgs. 50/2016¹⁰, va ridimensionata, almeno nella sua configurazione tradizionale, anche alla luce delle stringenti considerazioni dell'Adunanza Plenaria n. 10/2020.

Va premesso che, in generale, in dottrina si era già osservato come la tesi del mero assorbimento dell'evidenza pubblica nel successivo contratto si risolvesse in una petizione di principio, peraltro contrastante con lo stesso presupposto teorico dell'autonomia tra la fase dell'evidenza pubblica e quella negoziale¹¹.

Sul versante della fase di formazione del contratto, d'altro canto, è ormai pacifico che il sotteso rapporto tra le parti non è impostato esclusivamente secondo il binomio autorità-soggezione, trovando ampia applicazione la disciplina dei contratti, ad esempio sul piano del rispetto dei principi di buona fede e correttezza¹², con rilevanti implicazioni anche in termini di giurisdizione¹³.

⁹ Cass., SS.UU., sent. 24 aprile 2020, n. 8099; id., ord. 21 maggio 2019, n. 13660; id., ord. 5 ottobre 2018, n. 24411; id., ord. 18 novembre 2016, n. 23468.

¹⁰ Si dispone, al riguardo, che «alla fase di esecuzione si applicano le disposizioni del codice civile».

¹¹ M. Renna, *Responsabilità della pubblica amministrazione*, voce "profili sostanziali", in *Enc. dir., Annali IX*, Milano, 2016, secondo cui «L'atto di aggiudicazione non cessa di produrre i propri effetti, consistenti nella individuazione della controparte negoziale della pubblica amministrazione, anche all'indomani della stipula, a nulla rilevando – in senso contrario – il fatto che solo dalla predetta stipula decorrano gli effetti obbligatori del contratto. Lo stesso dicasi per gli atti anteriori all'aggiudicazione, la cui specifica efficacia non è intaccata dalla stipula del contratto, sebbene questa rappresenti la fonte esclusiva e indiscussa delle obbligazioni negoziali». Vds., in particolare, A. Benedetti, *I contratti della pubblica amministrazione tra specialità e diritto comune*, Torino, 1999, [in part.] 175 ss.; R. Cavallo Perin, M. Racca, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2010, 325 ss.; A. Giannelli, *Esecuzione e rinegoziazione degli appalti pubblici*, Napoli, 2012.

¹² Cons. Stato, Ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5, ove si chiarisce che anche nello svolgimento dell'attività autoritativa, l'amministrazione è tenuta a rispettare oltre alle norme di diritto pubblico (la cui violazione implica, di regola, l'invalidità del provvedimento e l'eventuale responsabilità da provvedimento per lesione dell'interesse legittimo), anche le norme generali dell'ordinamento civile che impongono di agire con lealtà e correttezza, la violazione delle quali può far nascere una responsabilità da comportamento scorretto, che incide non sull'interesse legittimo, ma sul diritto soggettivo di autodeterminarsi liberamente nei rapporti negoziali, cioè sulla libertà di compiere le proprie scelte negoziali senza subire ingerenze illecite frutto dell'altrui scorrettezza.

¹³ La domanda risarcitoria proposta in via riconvenzionale dall'Amministrazione, facendo valere la responsabilità precontrattuale del privato per i danni da essa sofferti in conseguenza del coinvolgimento in trattative rivelatesi inutili – avendo partecipato ad una gara senza verificare, alla stregua di elementi che dovevano

Non si vuole certo negare che la teoria bifasica sia suscettibile di adeguatamente descrivere in senso dinamico la contrattualistica pubblica ed anche di ordinarne lo svolgimento (ancorché con soluzioni non sempre appaganti ed univoche, come conferma la disciplina generale la sorte del contratto¹⁴, che pure in qualche modo la presuppone, posto che il giudice amministrativo, anche sulla base dei vizi dell'aggiudicazione può incidere significativamente sul piano dell'esecuzione); tuttavia, per quanto rileva in questo lavoro, essa non ha forse permesso di considerare pienamente l'unitarietà funzionale della vicenda contrattuale e, soprattutto, l'immanenza dei principi pubblicistici nello svolgimento del rapporto. L'esecuzione non sempre si risolve in un piano svolgimento del contratto concluso e l'incidenza nella fase esecutiva di aspetti fortemente autoritativi¹⁵ (veri e propri "focolai pubblicistici") contrasta con la nettezza di una separazione di regimi giuridici corrispondenti a fasi della dinamica del contratto.

Eventi imprevisi, ovvero la condotta delle parti possono incidere sull'assetto di interessi originariamente stabilito, combinandosi con regole speciali dirette a stabilire un equilibrio contrattuale a volte derogatorio rispetto a quello del tipo contrattuale codicistico¹⁶. In alcuni casi, peraltro, ciò si sostanzia nell'attribuzione di veri e propri poteri amministrativi (o, comunque, non perfettamente colimanti con le facoltà di un contraente privato)¹⁷ che trova riscontro nel riconoscimento della giurisdizione amministrativa per la risoluzione delle relative con-

già essere conosciuti o conoscibili, la propria possibilità di impegnarsi contrattualmente – si collochi al di fuori della giurisdizione del giudice adito, rientrando in quella del giudice ordinario. Si v. Tar Lombardia, Milano, sez. III, 12 ottobre 2018, n. 2267.

¹⁴ Corte giust., sez. VI, 28 ottobre 1999, C-81/98. T.P. Caputi Jambrenghi, *Austria (in)felix e giurisdizione di annullamento nel diritto comunitario degli appalti*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 1, 2000, 233 ss. Sul tema della sorte del contratto, prima del recepimento della direttiva ricorsi, S. S. Scoca, *Evidenza pubblica e contratto*, cit. e l'ampia bibliografia ivi citata. Dopo il recepimento della direttiva 2007/66/CE ad opera del d.lgs. 30 marzo 2010 n. 53, la cui disciplina è processuale è stata inserita negli artt. 121 e 122 c.p.a. si veda, in particolare: F. Fracchia, *Il rito speciale sugli appalti e la sorte del contratto: un giudizio a geometria variabile e a oggetto necessario nel contesto della concorrenza*, in *Giustamm.it*, 2010; G. Greco, *Illegittimo affidamento dell'appalto, sorte del contratto e sanzioni alternative nel d.lgs. 53/2010*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2010, 754; E. Sticchi Damiani, *Annullamento dell'aggiudicazione e inefficacia funzionale del contratto*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 256 ss.; P. Carpentieri, *Sorte del contratto (nel nuovo rito sugli appalti)*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 714.

¹⁵ Ne dà conto V. Cerulli Irelli, *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo moduli negoziali*, in *Dir. amm.*, 2003, 251.

¹⁶ E. Casetta, F. Fracchia, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2019, 592.

¹⁷ Le stesse regole di riparto della giurisdizione tra giudice amministrativo e giudice ordinario, non sempre di facile e chiara applicazione, determinano non di rado incertezze applicative e contrasti di soluzioni giurisprudenziali, che costituiscono fattore di rallentamento dei giudizi. Così, Cons. Stato, comm. spec., 1° aprile 2016, n. 855.

troversie¹⁸. Si pensi all'autorizzazione al sub-appalto¹⁹, alla revisione dei prezzi²⁰, ovvero al recesso a seguito di informativa antimafia²¹.

L'amministrazione, in forza di previsioni dirette alla tutela dell'interesse da essa perseguito e dell'assetto concorrenziale, beneficia pertanto di facoltà e poteri²², anche di "autotutela privatistica", che le consentono di incidere in senso modificativo (*infra*, par. 3), ovvero estintivo sul contratto (*infra*, par. 4). Nel primo caso si tratta di facoltà o di poteri che derogano il principio di immodificabilità degli assetti soggettivi o oggettivi del contratto come scaturito dal confronto concorrenziale attribuiti in funzione della cura dinamica dell'interesse pubblico²³. Nel secondo caso si tratta di poteri legali, ma che possono avere origine anche convenzionale, che incidono sulla prosecuzione o sull'equilibrio del rapporto.

¹⁸ Sotto questo profilo è univoca la giurisprudenza nel riconoscere che nelle controversie inerenti l'esecuzione di un contratto di appalto pubblico occorre verificare se sussista la giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo, «non potendo escludersi che anche nella fase esecutiva del contratto di appalto l'amministrazione committente disponga di poteri autoritativi, il cui esercizio si manifesta attraverso atti aventi natura provvedimento espressione di discrezionalità valutativa, a fronte dei quali la posizione soggettiva del privato si atteggia a interesse legittimo». Così, Cass., SS.UU., ord. 18 novembre 2016, n. 23468.

¹⁹ Cons. Stato, sez. IV, 24 marzo 2010, n. 1713, osservando che «ha scarsa rilevanza la questione se, nel rilasciare o meno l'autorizzazione, l'Amministrazione goda di discrezionalità valutativa o debba limitarsi a un mero accertamento della sussistenza delle condizioni o dei divieti di legge: ciò che conta è che tale attività è chiaramente espressione di poteri pubblicistici di natura autoritativa, a fronte dei quali la posizione del privato contraente ha consistenza di interesse legittimo».

²⁰ La revisione dei prezzi e la determinazione dei relativi parametri quali strumenti di tutela dell'originario equilibrio fra le concordate prestazioni contrattuali assolvono alla duplice finalità di salvaguardare l'interesse pubblico a che le prestazioni di beni e servizi alle pubbliche amministrazioni non siano esposte col tempo al rischio di una diminuzione qualitativa, a causa dell'eccessiva onerosità sopravvenuta delle prestazioni stesse, e di evitare, al contempo, che il corrispettivo del contratto di durata subisca aumenti incontrollati, tali da sconvolgere il quadro finanziario sulla cui base è avvenuta la stipulazione del contratto. Le relative determinazioni sono ritenute espressione di facoltà discrezionale, che sfociano «in un provvedimento autoritativo, il quale deve essere impugnato innanzi al giudice amministrativo»: Tar Campania, Napoli, sez. III, 11 marzo 2017, n. 1414; Cons. Stato, sez. III, 25 marzo 2019, n. 1937. Si evidenzia ulteriormente che, ai sensi dell'art. 133 comma 1 lett. e) n. 2, c.p.a., l'ambito della giurisdizione esclusiva in materia di revisione dei prezzi ha assunto una portata ampia e generale, abbracciando ormai ogni controversia concernente la revisione dei prezzi di un contratto di appalto, compreso il profilo del *quantum debeatur*. Così, Cass., SS.UU., ord. 1° febbraio 2019, n. 3160.

²¹ Il recesso dall'aggiudicazione di un appalto a causa dell'esistenza di un'informativa antimafia è stato configurato come esercizio di un potere pubblico con attrazione della controversia nella giurisdizione amministrativa. In questi termini, Cass., SS.UU., sent. 11 gennaio 2011, n. 391 ha ricondotto la fattispecie alla nozione di autotutela autoritativa (art. 94, commi 2 e 3, d.lgs. 159/2011), in quanto potere «del tutto alternativo a quello generale di cui alla L. n. 2248 del 1865, art. 345, all. F».

²² In questo senso, il Cons. Stato, Ad. plen., 29 gennaio 2014, n. 6, ha scritto, seppur in un *obiter dictum*, a speciale potere di autotutela privatistica nell'esecuzione dei contratti pubblici le ipotesi di recesso e risoluzione.

²³ A. Giannelli, *Contratti pubblici: stabilità del rapporto e interessi pubblici*, in *Dir. ec.*, 2016, 127 ss., in cui l'A. evidenzia la problematicità ed il carattere evolutivo della dialettica tra principio contabilistico e concorrenziale che si sviluppa in sede esecutiva, laddove le vicende «cronologicamente successive alla conclusione della fase di gara corrono il serio rischio di collocarsi in una sorta di zona buia di non conoscibilità e non consumabilità da parte dei terzi» [153].

Gran parte delle previsioni dedicate all'esecuzione dal codice dei contratti pubblici parrebbero dunque porre norme di "diritto privato speciale"²⁴ che, sebbene in linea generale non alterino il quadro teorico in tema di separazione tra fase genetica e svolgimento del rapporto contrattuale, dal punto di vista delle situazioni giuridiche soggettive, nonché della giurisdizione, incidono sulla protezione degli interessi in gioco e sull'equilibrio tra i contraenti.

Il punto, invero, non è forse la specialità delle regole, quanto la posizione di eteronomia dell'amministrazione da cui trae origine proprio la specialità posta dall'ordinamento, laddove i principi pubblicistici dell'art. 30²⁵ cod. contr. pubbl. se caratterizzano la fase di aggiudicazione, non possono non trovare garanzia anche nella fase di esecuzione, soprattutto ove elementi imprevisi vanno ad alterare l'equilibrio definito in sede di formazione²⁶. Ciò, anche al di là della criticabile formulazione dell'art. 30 cit., sicuramente superabile in sede interpretativa²⁷, ai sensi della quale, mentre l'affidamento e l'esecuzione sono unitariamente soggette ai principi della di economicità, efficacia, tempestività, correttezza e di garanzia della qualità delle prestazioni, il principio concorrenziale non è richiamato espressamente in riferimento alla fase esecutiva.

²⁴ Le questioni si inserisce nel solco della fondamentale distinzione tracciata da Amorth tra attività amministrativa di diritto pubblico, retta da norme di diritto pubblico amministrativo, ovvero specificatamente dettate per gli enti pubblici e l'«attività amministrativa di diritto privato», che, «sebbene venga esplicitata dalle pubbliche amministrazioni per realizzare la loro destinazione fondamentale e sia quindi attività amministrativa in senso proprio al pari dell'altra, non è però retta da norme esclusive agli enti pubblici, bensì da norme che valgono pure, anzi soprattutto valgono per i comuni soggetti giuridici: persone fisiche ed enti privati». Così, A. Amorth, *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato* (1938), ora in Id., *Scritti giuridici*, I, Milano, 1999, 271 ss., con la precisazione che il diritto privato c.d. speciale è considerato diritto pubblico *tout court* [318]

²⁵ Art. 30 (Principi per l'aggiudicazione e l'esecuzione di appalti e concessioni): «1. L'affidamento e l'esecuzione di appalti di opere, lavori, servizi, forniture e concessioni ai sensi del presente codice garantisce la qualità delle prestazioni e si svolge nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza. Nell'affidamento degli appalti e delle concessioni, le stazioni appaltanti rispettano, altresì, i principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché di pubblicità con le modalità indicate nel presente codice. Il principio di economicità può essere subordinato, nei limiti in cui è espressamente consentito dalle norme vigenti e dal presente codice, ai criteri, previsti nel bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute, dell'ambiente, del patrimonio culturale e alla promozione dello sviluppo sostenibile, anche dal punto di vista energetico».

²⁶ Si è osservato, infatti, che costituisce principio generale quello secondo cui «la scelta del contraente rigorosamente procedimentalizzata non potrebbe essere disattesa, elusa o aggirata in un qualsiasi momento successivo all'aggiudicazione, senza inficiare quelle regole che avevano garantito, da parte pubblica, l'imparzialità e, per i privati, la libera concorrenza»: così P. Santoro, *Manuale dei contratti pubblici*, Rimini, 2003, 851.

²⁷ A. Crismani, *Le modifiche oggettive nei contratti pubblici e il diritto potestativo nel quinto d'obbligo*, in *Riv. giur. ed.*, 2019, 18. L'A. osserva che l'esecuzione «è interessata anche dalla materia della concorrenza e della parità di trattamento sebbene l'attuale art. 30 nel dettare i principi relega, non del tutto correttamente, la libera concorrenza e la non discriminazione alla sola fase di affidamento. Sul punto però soccorre, sebbene in assenza di coordinamento con l'art. 30, l'art. 100 che pone alla base dell'esecuzione i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità e innovazione».

La tesi da cui muove e che si prefigge di dimostrare il presente lavoro è pertanto che in generale, l'esercizio o il mancato esercizio da parte del contraente pubblico delle proprie facoltà in sede di esecuzione (ammettendo che siano genuinamente negoziali: in realtà il punto non è dirimente nell'economia dell'argomentazione qui sviluppata) può avere un'incidenza giuridicamente rilevante, non soltanto sulla cura dell'interesse istituzionale dell'ente – i cui effetti sono prevalentemente interni –, ma pure sull'assetto concorrenziale o anche su altri interessi, potendo ciò determinare la produzione di effetti esterni rilevanti per i terzi e per l'ordinamento nel suo complesso.

Si potrebbe a questo punto anche sostenere che la struttura bifasica del contratto pubblico sia tutt'altro che in crisi ed anzi nel tempo si sia rafforzata, divenendo immanente anche nel momento dell'esecuzione in relazione a particolari eventi modificativi di tipo soggettivo o oggettivo, ma ciò costituisce senz'altro una evoluzione – o quantomeno un mutamento – rispetto ai tratti originari della teoria bifasica stessa. Il rilievo conferma quantomeno l'esigenza di rimeditare la tesi di partenza, sotto questo profilo da considerare troppo poco pervasiva.

In questi termini, al di là delle questioni inerenti la patologia della fase di aggiudicazione e l'esercizio dei poteri di autotutela nell'esecuzione, che non costituiscono oggetto di approfondimento del presente saggio, significativa è la possibilità di intervento unilaterale sul contratto contenuta nel d.lgs. 50/2016 – e già nella previgente disciplina sui contratti pubblici – mediante la previsione di veri e propri poteri, ancorché nella maggior parte dei casi di natura privatistica in tema di: recesso legale (art. 109), risoluzione (art. 108) e sospensione (art. 107), modifiche del contratto in corso di efficacia (art. 106), subappalto (art. 105) e di procedure di affidamento in caso di fallimento dell'esecutore o di risoluzione del contratto e misure straordinarie di gestione (art. 110).

3. *Le modifiche al contratto e la funzione di controllo dell'amministrazione*

L'affermazione del generale principio di immodificabilità soggettiva e oggettiva²⁸ del contratto una volta aggiudicato costituisce garanzia che la scelta del contraente così come “procedimentalizzata” non sia «disattesa, elusa o aggirata in un qualsiasi momento successivo all'aggiudicazione»²⁹. Più ampiamente costituisce l'architrave su cui poggia la teoria bifasica, consentendo di separare l'attività di formazione del regolamento degli interessi, dalla esecuzione di quanto “cristallizzato”.

²⁸ A. Crismani, *Il principio della tendenziale immodificabilità soggettiva dei contratti pubblici nella fase di esecuzione*, in *Riv. giur. ed.*, 2018, 301 ss.; Id., *Le modifiche oggettive nei contratti pubblici e il diritto potestativo nel quinto d'obbligo*, cit., 17 ss.

²⁹ P. Santoro, *Manuale dei contratti pubblici*, cit., 851.

Tuttavia, per quanto già considerato, un tale principio non può essere assunto troppo rigorosamente, se non al prezzo di minare la funzionalità stessa del sistema delle commesse pubbliche, posto che è esperienza comune come la fase successiva alla conclusione del contratto raramente costituisca piana e meccanica esecuzione di quanto precedentemente stabilito.

In particolare, la cura dell'interesse pubblico può richiedere l'intervento di modifiche che, sulla base del principio di economicità ed efficacia, permettano di ottenere un più adeguato risultato o comunque rimuovere impedimenti sopravvenuti, senza ricorrere ad una nuova e "costosa" aggiudicazione. In considerazione di ciò si pongono norme derogatorie sia rispetto alla disciplina generale in materia di obbligazioni e contratti, sia a quella della tipologia contrattuale di riferimento³⁰.

Il principio di immodificabilità è pertanto temperato, sia dal diritto interno, sia da quello europeo soprattutto dopo la riforma del 2014, con l'ammissione di variazioni in funzione della conservazione del rapporto. Così, nei contratti della pubblica amministrazione, a differenza dei contratti tra privati – ove la modifica è in ultima istanza rimessa alla libertà negoziale delle parti –, la loro ammissibilità è prevista e regolata tassativamente dal diritto positivo, tenendo conto sia del presupposto interesse pubblico da proteggere³¹, sia del minor sacrificio dell'assetto concorrenziale. La tollerabilità rispetto all'assetto concorrenziale costituisce in ogni caso il vero e proprio limite insuperabile di ogni previsione di modifica soggettiva e oggettiva.

In termini di modifiche soggettive vengono così in rilievo le previsioni dell'art. 105 c. 1, d.lgs. 50/2016, secondo cui «i soggetti affidatari dei contratti di cui al presente codice di norma eseguono in proprio le opere o i lavori, i servizi, le forniture compresi nel contratto», nonché le previsioni dell'art. 106 c. 1 lettera d)³². Si tratta, sotto quest'ultimo profilo, dei casi nei quali: 1) una clausola di revisione sia stata inequivocabilmente prevista in conformità alle disposizioni di cui alla lettera a); 2) all'aggiudicatario iniziale succede, per causa di morte o a seguito di ristrutturazioni societarie, comprese rilevazioni, fusioni, scissioni, acquisizione o insolvenza, un altro operatore economico che soddisfi i criteri di selezione qualitativa stabiliti inizialmente, purché ciò non implichi altre modifiche sostanziali

³⁰ In tema, si v. G. Napolitano, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano 2003. Nel nostro ordinamento previsioni derogatorie di c.d. diritto privato speciale sono riconosciute ispirare la legge 20 marzo 1865, all. F, ove di delinea una posizione privilegiata per il contraente pubblico: A. Pajno, *Diritto pubblico e diritto privato*, in *Annuario AIPDA*, 2002, 64.

³¹ In merito all'interesse pubblico i limiti sono sia negativi, dovendo le modifiche non pregiudicare il sistema delle garanzie già previste in sede di selezione (ad esempio in una modifica soggettiva il subentrante deve possedere i requisiti generali e speciali), sia positivi. La modifica deve cioè essere funzionale a consentire il miglior svolgimento del rapporto, anche eventualmente rimuovendo impedimenti sopravvenuti.

³² Inoltre, ipotesi di modifiche soggettive sono previste all'art. 48 commi 7-bis, 17-19-ter, e per le concessioni all'art. 175 comma 1 lettera d).

al contratto e non sia finalizzato ad eludere l'applicazione del presente codice³³; 3) nel caso in cui l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore si assuma gli obblighi del contraente principale nei confronti dei suoi subappaltatori.

L'attività di controllo dell'amministrazione in merito al ricorrere dei presupposti per la modifica del contratto in termini soggettivi, per la quale al di fuori delle ipotesi ammesse ricorre la nullità, è rimessa ad una valutazione costituente esercizio di funzione pubblica.

Ciò emerge sia nell'art. 105 c. 4, prevedendo che può essere dato corso al sub-appalto alle condizioni previste dal codice «previa autorizzazione della stazione appaltante», sia in via generale nell'art. 106 c. 1, prevedendo che «Le modifiche, nonché le varianti, dei contratti di appalto in corso di validità devono essere autorizzate dal RUP con le modalità previste dall'ordinamento della stazione appaltante cui il RUP dipende».

Rispetto a tale funzione in alcuni casi, quali il subappalto, la giurisprudenza riconosce specificamente l'esercizio di poteri pubblicistici e la giurisdizione del giudice amministrativo sulle relative controversie, mentre – non senza una qualche disarmonia – in caso di nulla-osta alla modifica si afferma generalmente una posizione non autoritativa dell'amministrazione³⁴. Secondo la giurisprudenza, attraverso l'autorizzazione la stazione appaltante verifica sia l'insussistenza dei divieti di subappalto stabiliti dalla legge, sia la sussistenza delle condizioni cui la stessa norma subordina l'ammissibilità del subappalto medesimo, intendendo la disposizione conferire all'amministrazione «un potere di controllo avente finalità di ordine pubblico ed inteso a prevenire il rischio di infiltrazioni criminali nel-

³³ Nella cessione di azienda o di un ramo di essa – fattispecie in cui si verifica una successione a titolo particolare – si realizza, in ogni caso, il passaggio all'avente causa del complesso dei rapporti attivi e passivi nei quali l'azienda stessa o il suo ramo si sostanzia, e ciò rende la vicenda suscettibile di comportare la continuità tra la precedente e la nuova gestione imprenditoriale: si v. Cons. Stato, Ad. plen., 4 maggio 2012, n. 10.

³⁴ In particolare, l'attivazione del sub-appalto, disciplinata dall'art. 105 cc. 4 e 18, d.lgs. 50/2016 è intesa dalla giurisprudenza come potere pubblicistico di autorizzazione. Si esclude, infatti, che il potere conferito alla stazione appaltante costituisca una *species* di quello, espressione di autonomia negoziale, previsto dall'art. 1656 cod. civ. (Cons. Stato, sez. V, 21 novembre 2007, n. 5906), laddove quest'ultimo «si collega alla natura fiduciaria del contratto d'appalto, di tal che il committente è chiamato a valutare unicamente (e liberamente) la compatibilità del subappalto con il proprio interesse a veder realizzata l'opera appaltata a regola d'arte», riconoscendo che nella disciplina dei contratti pubblici l'istituto è diretto al perseguimento di interessi pubblici. Così, Cons. Stato, sez. IV, 24 marzo 2010, n. 1713. La Corte di Giustizia dell'Unione Europea, con la sentenza del 26 settembre 2019, causa C-63/18, ha ritenuto non conforme al diritto eurounitario la fissazione di una percentuale massima, generale ed astratta, valida per ogni tipo di appalto. Seppur con riferimento alla direttiva del 2004 (e all'art. 118, co. 2 e co. 4, d.lgs. 163/2006), con la sentenza 27 novembre 2019, causa C-402/18 ribadendo il precedente e ha censurato il limite, generale e astratto, alla percentuale di ribasso praticabile sul subappalto. La sentenza del 30 gennaio 2020, causa C-395/18, ha dettato le condizioni di compatibilità con l'art. 57, par. 4 Dir. 2014/24 per l'automatica esclusione anche del concorrente per una delle cause riferibili al solo subappaltatore. In tema, A. Giusti, *Il subappalto nei contratti pubblici fra certezze europee e incertezze nazionali*, in *Giur. it.*, 1, 2020, 157.

le commesse pubbliche»³⁵. È riconosciuto nella medesima prospettiva quale esercizio di un potere pubblico con attrazione della controversia nella giurisdizione amministrativa il recesso dall'aggiudicazione di un appalto a causa dell'esistenza di un'informativa antimafia³⁶.

Una specifica trattazione deve essere dedicata, inoltre, alla revisione dei prezzi e la determinazione dei relativi parametri quali strumenti di tutela dell'originario equilibrio fra le concordate prestazioni contrattuali che assolvono alla duplice finalità di salvaguardare l'interesse pubblico a che le prestazioni di beni e servizi alle pubbliche amministrazioni non siano esposte col tempo al rischio di una diminuzione qualitativa, a causa dell'eccessiva onerosità sopravvenuta delle prestazioni stesse, e di evitare, al contempo, che il corrispettivo del contratto di durata subisca aumenti incontrollati, tali da sconvolgere il quadro finanziario sulla cui base è avvenuta la stipulazione del contratto. Queste ultime sono ritenute espressione di facoltà discrezionale, che sfociano «in un provvedimento autoritativo, il quale deve essere impugnato innanzi al giudice amministrativo»³⁷.

Diversamente, come anticipato, il nulla-osta al subentro del cessionario nell'esecuzione dell'appalto non ha natura autoritativa, ma è comunque deputato a verificare, su basi paritetiche, che la vicenda soggettiva del rapporto integri uno dei casi in presenza dei quali la controparte privata ha il diritto di subentrare nella titolarità del contratto³⁸. Nei medesimi termini, la controversia promossa dal cessionario del ramo di azienda in merito alla richiesta di sostituzione della mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese aggiudicatario è stata ritenuta devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario in quanto viene in rilievo la «mera verifica, a carattere vincolato e su basi di parità, che la vicenda soggettiva occorsa rientri in una delle fattispecie in presenza delle quali soltanto la controparte privata ha il diritto di subentrare nella titolarità del contratto»³⁹.

³⁵ Cons. Stato, sez. IV, 24 marzo 2010, n. 1713, osservando che «Ne discende che ha scarsa rilevanza la questione se, nel rilasciare o meno l'autorizzazione, l'Amministrazione goda di discrezionalità valutativa o debba limitarsi a un mero accertamento della sussistenza delle condizioni o dei divieti di legge: ciò che conta è che tale attività è chiaramente espressione di poteri pubblicistici di natura autoritativa, a fronte dei quali la posizione del privato contraente ha consistenza di interesse legittimo».

³⁶ Cass., SS.UU., sent. 11 gennaio 2011, n. 391.

³⁷ Tar Campania, Napoli, sez. III, 11 marzo 2017, n. 1414. Sul punto è espressa la previsione di diritto positivo che all'art. 133 comma 1 lett. e) n. 2, c.p.a. devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie «[...] relative alla clausola di revisione del prezzo e al relativo provvedimento applicativo nei contratti ad esecuzione continuata o periodica, nell'ipotesi di cui all'articolo 115 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, nonché quelle relative ai provvedimenti applicativi dell'adeguamento dei prezzi ai sensi dell'articolo 133, commi 3 e 4, dello stesso decreto» (Cons. Stato, 1937 del 2019). Si evidenzia ulteriormente che l'ambito della giurisdizione esclusiva in materia di revisione dei prezzi ha assunto una portata ampia e generale, abbracciando ormai ogni controversia concernente la revisione dei prezzi di un contratto di appalto, compreso il profilo del quantum *debeat*ur (Cass., SS.UU., ord. 1° febbraio 2019, n. 3160).

³⁸ Cass., SS.UU., 31 luglio, 2018, n. 20347; Tar Puglia, Lecce, sez. II, 1° marzo 2013, n. 458.

³⁹ Cass., SS.UU., 18 novembre, 2016, n. 23468.

La ricerca di un equilibrio tra immutabilità del contratto e suo adeguamento successivo allo scopo di soddisfare interessi pubblici (profilo sul quale si tornerà ancora sinteticamente nel corso dell'ultimo paragrafo) è sicuramente alla base della complessa disciplina in materia di varianti dettata dall'art. 106, d.lgs. 50/2016⁴⁰, la cui puntuale analisi esorbita dall'economia del lavoro. Ai fini della presente trattazione ci si limita ad osservare che quando modifiche apportate alle disposizioni di un appalto pubblico in corso di efficacia presentano caratteristiche sostanzialmente diverse rispetto a quelle dell'appalto iniziale, violando pertanto le regole che ne ammettono l'utilizzo, costituiscono a tutti gli effetti una nuova aggiudicazione in quanto atte a dimostrare la volontà delle parti di rinegoziare i termini essenziali di tale appalto⁴¹.

Sulla base della giurisprudenza consolidata, vicende modificative del contratto in corso di esecuzione, laddove incidono sull'equilibrio contrattuale tanto da atteggiarsi a nuovo affidamento in elusione delle regole dell'evidenza pubblica, non solo determinano sul piano dell'ordinamento interno la possibilità del sindacato giurisdizionale, ma la stessa affermazione della giurisdizione del giudice amministrativo. In ordine all'approvazione di varianti⁴², si è ritenuta sussistere la giurisdizione amministrativa quando, sebbene la vicenda sia relativa alla fase esecutiva del contratto, la controversia non riguardi un atto fisiologico del rapporto, ma l'operatore faccia valere «- in relazione alla propria capacità di impresa e quale operatore nel segmento di mercato in cui ricade l'affidamento oggetto di contestazione – l'interesse all'osservanza delle norme di azione che impongono alle amministrazioni aggiudicatrici, quali individuate dall'art. 3, I comma, lett. a), d. lgs. 50/2016, di procedere alla selezione del contraente con procedure aperte e con confronto concorrenziale degli operatori del settore»⁴³. In partico-

⁴⁰ Al di fuori della sopra citata previsione del comma 1 lett. d).

⁴¹ Si v. Corte Giust., 5 ottobre 2000, causa C-337/98. Al riguardo, le direttive del 2014, ponendo disposizioni di disciplina della fase di esecuzione del contratto, hanno avuto lo scopo principale di assicurare il rispetto del principio di concorrenza anche in questa fase. Ciò è avvenuto proprio attraverso la previsione di limiti all'autonomia del legislatore statale e delle parti del contratto, «al fine di evitare che un'eccessiva libertà nella modificazione degli accordi contrattuali "a valle" possa finire per eludere il rispetto delle regole di garanzia "a monte" che presidono allo svolgimento della procedura amministrativa di scelta del contraente». Così Cons. Stato, comm. spec., 1° aprile 2016, n. 855. In particolare, al considerando 107 della direttiva appalti del 2014 si evidenzia, sulla base della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, che le modifiche di un contratto durante la sua esecuzione richiedono una nuova procedura di appalto quando sono apportate modifiche sostanziali al contratto iniziale, in particolare all'ambito di applicazione e al contenuto dei diritti e degli obblighi reciproci delle parti, inclusa la distribuzione dei diritti di proprietà intellettuale. Si v. Direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE.

⁴² In tema, A. Giannelli, *Contratti pubblici: stabilità del rapporto e interessi pubblici*, cit., 162, che richiama l'attenzione sulla distinzione posta dal diritto europeo tra modifica essenziale e non essenziale rispetto alle distinzioni del diritto interno.

⁴³ Tar Veneto, sez. III, 31 gennaio 2018, n. 101.

lare, quelli esaminati costituiscono casi in cui in sede esecutiva diviene rilevante la questione della fondatezza della pretesa ad un nuovo affidamento che, quindi introduce questioni relative all'aggiudicazione che si innestano in seno a decisioni su facoltà negoziali dell'amministrazione facendo (ri)emergere questioni legate alla fase di affidamento⁴⁴.

4. *I rimedi alle disfunzioni in sede esecutiva ed incidenza unilaterale sul rapporto*

Le regole speciali contenute nella disciplina sull'esecuzione dimostrano che la protezione dell'interesse al soddisfacimento delle esigenze dell'amministrazione, unitamente alla garanzia del principio concorrenziale, sono profili che non si esauriscono nella fase della procedura selettiva, ma risultano immanenti allo svolgimento del rapporto⁴⁵.

Nella stessa prospettiva l'amministrazione beneficia in forza di previsioni dirette alla tutela dell'interesse da essa perseguito, di poteri di "autotutela privata" che possono incidere in senso estintivo o sospensivo sul contratto. In questi termini, significativi sono gli interventi unilaterali sul contratto previsti dal d.lgs. 50/2016 – e già nella previgente disciplina – in relazione al recesso legale (art. 109), all'indicazione di fattispecie di risoluzione legale (art. 108) ed alle condizioni per disporre la sospensione dell'esecuzione (art. 107).

In particolare, la risoluzione legale dell'art. 108, d.lgs. 50/2016, consente all'amministrazione di sciogliere il contratto qualora, al di là di cause tipiche, elencate nell'articolo citato, si verifichi un grave inadempimento alle obbligazioni contrattuali da parte dell'appaltatore. La previsione si configura come rimedio all'inadempimento grave, disponendo che la parte pubblica possa giungere a produrre

⁴⁴ Una pretesa che il contraente pubblico adotti una data decisione in ordine all'esercizio di una facoltà contrattuale è stata, ad esempio, ritenuta meritevole di tutela in merito all'adozione da parte dell'amministrazione di una variante in luogo di procedere all'affidamento dei nuovi lavori mediante autonoma procedura aperta Tar Umbria, sez. I, 28 ottobre 2016, n. 677. Nel caso in discorso, ponendosi in concreto la questione di una variante eccedente il cd. quinto d'obbligo, si è affermato che non è «protetta dall'ordinamento la pretesa dell'appaltatore pubblico a vedersi approvata una variante in aumento di importo superiore al quinto d'obbligo, risultando tale *ius variandi* il risultato di un accordo contrattuale, con piena autonomia negoziale della stazione appaltante nel decidere se prestare o meno il proprio consenso al perfezionamento di un contratto che, per quanto funzionalmente collegato, rappresenta nuovo ed autonomo negozio modificativo di quello originario», riservandosi tuttavia di precisare che ove la modifica fosse stata di più ridotta entità, comunque inferiore al quinto d'obbligo, si sarebbe configurato l'interesse a ricorrere in capo all'originario contraente. In questo senso si afferma che «non può condividersi l'assunto delle ricorrenti circa l'irrelevanza dell'importo ai fini della legittimità della variante». L'appaltatore è tenuto nei limiti del c.d. "quinto d'obbligo" all'esecuzione alle medesime condizioni del contratto dei lavori aggiuntivi, potendo oltre tale importo chiedere la risoluzione del rapporto" e comunque rendendosi necessaria una nuova pattuizione.

⁴⁵ Cons. Stato, Ad. plen., 20 giugno 2014, n. 14.

autonomamente l'effetto della risoluzione seguendo un procedimento articolato in più fasi secondo il metodo del contraddittorio⁴⁶. Inoltre, i cc. 1 e 2 del medesimo art. 108, d.lgs. 50/2016, individuano ipotesi tipizzate in cui la stazione appaltante può (c. 1) o addirittura deve (c. 2) risolvere autoritativamente il contratto. In quanto diritto potestativo riconosciuto dalla legge e subordinato all'osservanza delle scansioni procedurali ed alla sussistenza dei tipizzati presupposti legali, la risoluzione *ex art. 108 cit.*, fermi i rimedi in via giudiziale, consente alla parte pubblica lo scioglimento del contratto attraverso la produzione di un effetto giuridico costitutivo di tipo estintivo sul rapporto. Ciò, nella prospettiva di assicurare una immediata ed efficace protezione dell'interesse perseguito dall'amministrazione.

Medesima natura di diritto potestativo è riconosciuta al recesso legale previsto all'art. 109 che consente lo scioglimento del rapporto per volontà unilaterale dell'amministrazione «senza che assumano rilievo i motivi che lo hanno determinato, richiedendosi soltanto, a tal fine, la corresponsione di un indennizzo in favore dell'appaltatore»⁴⁷. A protezione dell'affidamento del contraente, la facoltà di recesso *ad nutum* è infatti compensata dal riconoscimento di un indennizzo nella misura «del decimo dell'importo delle opere, dei servizi o delle forniture non eseguite»⁴⁸, oltre al «pagamento dei lavori eseguiti o delle prestazioni relative ai servizi e alle forniture eseguiti nonché del valore dei materiali utili esistenti in cantiere nel caso di lavoro o in magazzino nel caso di servizi o forniture»⁴⁹.

Facoltà negoziali analoghe a quelle sopra evidenziate, in grado di incidere sullo svolgimento del rapporto nell'interesse della parte pubblica, ma con un impatto sul sistema di equilibrio degli interessi che fungono da “cornice” del contratto, possono avere origine convenzionale. Lo schema contrattuale posto alla base della procedura di gara può, infatti, contenere condizioni, clausole penali, ipotesi di recesso, clausole risolutive espresse ecc.

⁴⁶ Le fasi in cui si articola il procedimento sono: a) contestazione degli addebiti all'appaltatore, con assegnazione di un termine non inferiore a quindici giorni per la presentazione delle proprie controdeduzioni al responsabile del procedimento; b) acquisizione e valutazione delle predette controdeduzioni; c) risoluzione del contratto: così ha statuito Cons. Stato, sez. V, 10 agosto 2016, n. 3573.

⁴⁷ Cons. Stato, sez. V, 10 agosto 2016, n. 3573.

⁴⁸ Ai sensi del c. 2 dell'art. 109, d.lgs. 50/2016, il decimo dell'importo delle opere non eseguite è calcolato sulla differenza tra l'importo dei quattro quinti del prezzo posto a base di gara, depurato del ribasso d'asta e l'ammontare netto dei lavori, servizi o forniture eseguiti.

⁴⁹ Si riconosce che la specialità della disciplina del recesso emerge «non soltanto perché, a fronte della generale previsione civilistica (art. 1373 c.c.), il legislatore ne ha ritenuto necessaria una specifica nella legge sul procedimento (art. 21-*sexies*) ma in particolare perché l'art. 134 (d.lgs. 163/2006, ora 109, d.lgs. 50/2016, *ndr*), nel concretare il caso applicativo di tale previsione, lo regola in modo diverso rispetto all'art. 1671 c.c., prevedendo il preavviso all'appaltatore e, quanto agli oneri, la forfezzazione del lucro cessante nel dieci per cento delle opere non eseguite e la commisurazione del danno emergente, fermo il pagamento dei lavori eseguiti, al “valore dei materiali utili esistenti in cantiere” mentre, per il citato art. 1671 c.c., il lucro cessante è dovuto per intero (“il mancato guadagno”) e per il danno emergente vanno rimborsate tutte le spese sostenute». Così, Cons. Stato, Ad. Plen., 20 giugno 2014, n. 14.

Sul punto è bene considerare che, sebbene la fonte sia convenzionale, la dinamica di predisposizione degli schemi contrattuali da parte della sola amministrazione – almeno nella gran parte dei sistemi di selezione –, unitamente all'incidenza su di essa di bandi tipo, linee guida, protocolli ecc., possono rendere siffatte attribuzioni di diritti potestativi un fenomeno solo formalmente negoziato, ma sostanzialmente imposto unilateralmente. È ad esempio pacifico che possano essere previste clausole risolutive espresse ai sensi dell'art. 1456, cod. civ. mediante le quali si assume un determinato inadempimento a condizione risolutiva del contratto. Affinché una clausola contrattuale sia riconducibile al paradigma normativo di quella risolutiva espressa, occorre che la stessa individui l'obbligazione il cui inadempimento può determinare la risoluzione di diritto⁵⁰.

Pure le penali, che possono essere previste a garanzia della permanenza dell'equilibrio contrattuale, pongono in capo al contraente pubblico precisi obblighi di monitoraggio e di contestazione degli inadempimenti per cui sono poste. Si tratta anche in questo caso di rimedi contrattuali – però ad esito non estintivo – che attivano in via negoziale diritti potestativi in capo all'amministrazione.

Ciò che emerge dagli aspetti sinora considerati, ovvero la previsione di norme di diritto privato speciale, potestà negoziali convenzionalmente pattuite, ma unilateralmente poste nello schema di contratto e finanche l'attribuzione di puntuali poteri pubblici, è l'incidenza che anche in sede esecutiva la protezione degli interessi pubblici ha sul rapporto, ancorché nei limiti fissati dall'ordinamento⁵¹.

5. *Funzionalizzazione dell'attività dell'amministrazione e principio di concorrenza nello svolgimento del rapporto contrattuale*

Come si è osservato, incrinature alla nettezza allo schema bifasico dei contratti pubblici si profilano in ragione della funzionalizzazione dell'attività amministrativa al perseguimento dell'interesse pubblico in ogni fase del rapporto, unitamente alla pervasività del principio concorrenziale assunto anch'esso ad interesse pubblico dall'ordinamento.

⁵⁰ Cass., sez. III, 30 maggio 2014, n. 12285. In merito alla natura negoziale e non autoritativa la giurisprudenza è chiarissima affermando che «l'atto col quale la parte si avvale della clausola risolutiva espressa ha natura negoziale e funzione di autotutela, ed è a disposizione del contraente nel cui interesse la clausola è posta. L'operatività della clausola non richiede altro che la constatazione dell'inadempimento così come in essa dedotto, essendo state le parti a collegare la risoluzione a quel determinato inadempimento». La natura convenzionale della risoluzione fa sì che essa costituisca alternativa a quella della disciplina speciale *ex art.* 108, d.lgs. 50/2016, non dovendosi per l'effetto nemmeno applicare la disciplina procedurale ivi prevista inerente la diffida ed il successivo contraddittorio: Cass., sez. I, 27 ottobre 2016, n. 21740.

⁵¹ A. Fonzi, *Il principio di concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, Torino, 2019, 107 ss.

A fronte di un assetto di interessi cristallizzato dal contratto, come scaturito all'esito di una procedura ad evidenza pubblica, l'alterazione della stabilità del rapporto sinallagmatico in sede esecutiva può incidere sul primo ed anche a volte sul secondo degli aspetti sopra enunciati. La combinazione di entrambi è suscettibile di mettere quantomeno in discussione la nettezza della teoria bifasica, potendosi parlare in tali casi, come efficacemente è stato proposto, di possibili «epifanie dell'evidenza pubblica nella fase di esecuzione del contratto»⁵².

Muovendo dalla considerazione autoevidente che l'amministrazione è tenuta a perseguire l'interesse pubblico anche nella fase esecutiva laddove utilizzi facoltà e poteri di diritto privato, anche un recesso, una risoluzione, o l'approvazione di una variante implicano valutazioni che la parte pubblica deve svolgere alla luce dei principi costituzionali di legalità, imparzialità e buon andamento. Le regole di azione inerenti lo statuto generale dell'attività amministrativa dovrebbero configurare un dato unificante che passa attraverso le fasi pre-contrattuale e contrattuale e che non può non avere impatto sullo svolgimento del rapporto, anche solo in considerazione dell'incidenza sul piano delle responsabilità dell'organo agente.

La decisione assunta dalla parte pubblica in sede di esecuzione non si troverà in tal modo soltanto limitata dall'applicazione dei generali principi di buona fede e correttezza, ma dovrà trovare obiettivo riscontro nel perseguimento del pubblico interesse, divenendo, lo stesso interesse pubblico parametro di controllo dell'azione, la cui osservanza potrà peraltro superare la rilevanza meramente interna. In questi termini si rende necessario porre una distinzione tra esecuzione e gestione del rapporto contrattuale da cui deriva che, se l'esecuzione segue le regole generali e speciali ponendo facoltà ed obblighi, la gestione costituisce attività amministrativa della parte pubblica e segue le regole ed i principi per essa previsti.

Così, avvalersi della facoltà di recesso, benché *ad nutum* rispetto alla controparte, non esonera l'organo che lo dispone da una congrua motivazione in ordine alla sussistenza di ragioni di pubblico interesse in forza della possibile responsabilità erariale per gli oneri che ne conseguono⁵³. Allo stesso modo può configurare danno erariale la mancata irrogazione delle penali previste⁵⁴.

⁵² P. Malanetto, *La disciplina speciale dei contratti pubblici: procedure di affidamento, contratto ed esecuzione del rapporto tra diritto civile e diritto amministrativo. Problematiche attuali*, in www.giustizia-amministrativa.it, 18 aprile 2018.

⁵³ Corte conti, Friuli-Venezia Giulia, sez. giurisd., 16 luglio 2009, n. 225.

⁵⁴ Sul RUP grava il compito di vigilare e verificare il rispetto dei vincoli contrattuali assunti dall'appaltatore; se ciò non avviene egli è responsabile di danno erariale cagionato alla stazione appaltante nella misura pari al risparmio conseguito dall'impresa per prestazioni non svolte. Corte conti, Abruzzo, sent. 3 marzo 2017, n. 24. In materia di mancata applicazione delle penali contrattuali da parte del RUP, Corte conti, Marche, sez. giurisd., 16 dicembre 2013, n. 134. Tale arresto è stato confermato da Corte conti, I sez. centrale appello, sent. 20 luglio 2015, n. 441.

Oltre alla questione tutta interna della responsabilità per l'uso o il mancato impiego di facoltà o poteri contrattuali da parte del contraente pubblico, si aggiunge la questione della tutela di posizioni soggettive che dalle modalità dell'azione o dall'inazione dell'amministrazione possono ricevere un pregiudizio, determinando, ad esempio, la riemersione delle problematiche proprie dell'evidenza pubblica.

Sotto questo profilo l'amministrazione che tollera – magari non solo per colpa, ma con dolo del funzionario – un inadempimento grave del contraente, non solo non persegue l'interesse a cui è istituzionalmente tenuta, ma in sostanza altera l'equilibrio contrattuale che è scaturito dal confronto concorrenziale e che ha determinato la preferenza per l'aggiudicatario. In altri termini, a fronte di una facoltà negoziale, tanto di origine legale che convenzionale, da esercitare in sede esecutiva, la decisione della parte pubblica non può che essere attratta dalla doverosità della massimizzazione del pubblico interesse. La violazione della condotta doverosa determinata dalla corretta cura dell'interesse pubblico avrà conseguenze giuridiche non soltanto in termini di responsabilità erariale – in disparte poi il fatto che essa potrebbe assumere rilevanza penale –, ma potrà divenire comportamento esigibile da parte dei terzi, laddove la medesima doverosità si combini con l'incidenza sull'assetto concorrenziale prodotto in sede di gara e con i correlati interessi degli operatori economici concorrenti.

Al riguardo, in dottrina si osserva che, mentre nei contratti tra privati la rilevanza giuridica della scorrettezza è tradizionalmente circoscritta alle parti contrattuali, con la pubblica amministrazione «l'inadempimento può assumere rilevanza giuridica anche per i terzi in tutti i casi in cui il comportamento scorretto si qualifichi come violazione della disciplina sulla concorrenza»⁵⁵ o di altri valori e interessi (si pensi al buon uso delle risorse pubbliche, che è un interesse non già ascrivibile alla sola amministrazione contraente, bensì riferibile all'intero ordinamento).

Sotto il primo profilo, dirimenti sono le considerazioni dell'Adunanza Plenaria n. 10/2020, cit., che ha riconosciuto come a fronte della facoltà prevista ai sensi dell'art. 110, c. 1, d.lgs. 50/2016⁵⁶ «di procedere allo scorrimento della graduatoria, con il subentro del secondo classificato o dei successivi secondo l'ordine della stessa, o di indire una nuova gara per il soddisfacimento delle proprie esigenze, laddove permangano immutate – e salva, ovviamente, l'eccezionale facoltà di revocare l'intera procedura gara stessa, se queste esigenze siano addirittura venute

⁵⁵ Così, R. Cavallo Perin, M. Racca, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, cit., 325 ss.

⁵⁶ L'Adunanza plenaria afferma come lo scorrimento della graduatoria costituisca esercizio di facoltà, sostenendo che lo scorrimento «nonostante il contrario avviso di autorevole dottrina, è rimasta anche nel nuovo codice dei contratti pubblici una facoltà discrezionale della pubblica amministrazione, come è reso manifesto dalla lettera dell'art. 108, comma 8, del medesimo d.lgs. n. 50 del 2016, laddove menziona "la facoltà prevista dall'art. 110, comma 1».

meno, e di non bandirne più nessuna» sussista «l'interesse dell'operatore economico, che abbia partecipato alla gara, quantomeno meno a conoscere illegittimità, afferenti alla pregressa fase pubblicistica ma emersi solo in sede di esecuzione (ipotesi di c.d. recesso pubblicistico o, più precisamente, forme di annullamento in autotutela, discrezionale o doverosa, secondo le ipotesi sopra ricordate in via esemplificativa), o comunque inadempimenti manifestatisi in fase di esecuzione (ipotesi di c.d. recesso privatistico)».

Non è dunque priva di rilevanza giuridica la pretesa del secondo in graduatoria, mirata ad ottenere l'aggiudicazione a seguito dello scorrimento della graduatoria medesima o in alternativa la rinnovazione della gara, in ordine all'analisi della sussistenza dell'inadempimento contrattuale dell'aggiudicatario dopo la stipulazione del contratto. La risoluzione, che di per sé è questione inerente la tutela dell'interesse del contraente, in connessione con l'istituto dello scorrimento della graduatoria attiva un interesse del terzo che non può non trovare tutela a fronte della limitazione dell'autonomia negoziale dell'amministrazione. Secondo la lettura offerta dall'Adunanza plenaria è tale rilevanza giuridica pubblicistica dell'esecuzione, coerente con l'unitarietà funzionale del contratto pubblico, che «schiude la strada ad una visione della materia, che fuoriesce dall'angusto confine di una radicale visione soggettivistica del rapporto tra il solo, singolo, concorrente e la pubblica amministrazione e che vede la confluenza e la tutela di molteplici interessi anche in ordine alla sorte e alla prosecuzione del contratto» e che si pone a fondamento del riconoscimento e della protezione – non solo ai fini dell'accesso ex art. 22 l. 241 del 1990 – «dell'interesse legittimo “strumentale” non solo all'aggiudicazione della commessa, quale bene della vita finale, ma anche, per l'eventuale riedizione della gara, quale bene della vita intermedio, secondo quel “polimorfismo” del bene della vita alla quale tende per gradualità passaggi l'interesse legittimo»⁵⁷.

Già la giurisprudenza precedente alla pronuncia dell'Adunanza plenaria evidenziava che lo scorrimento della graduatoria si pone come una vera e propria procedura di affidamento, «che si svolge a “circolo chiuso” sul piano soggettivo e a condizioni precostituite sul piano oggettivo, in quanto vengono interpellati solo i soggetti già collocati nella graduatoria della precedente gara e non posso-

⁵⁷ Cons. Stato, Ad. plen., 2 aprile 2020, n. 10, chiarisce che «Applicando le medesime coordinate anche alla fase privatistica del contratto pubblico, il riconoscimento di un interesse strumentale giuridicamente tutelato quantomeno ai soggetti che abbiano partecipato alla gara, e non ne siano stati definitivamente esclusi per l'esistenza di preclusioni che impedirebbero loro di partecipare a qualsiasi gara (si pensi ad una impresa colpita da informazione antimafia), a conoscere gli atti della fase esecutiva non configura quindi una “iperestensione” del loro interesse, con conseguente allargamento “a valle” della giurisdizione amministrativa, tutte le volte in cui, a fronte di vicende di natura pubblicistica o privatistica già verificatesi incidenti sulla prosecuzione del rapporto, sia configurabile, se non il necessario, obbligatorio, scorrimento della graduatoria (c.d. bene finale), quantomeno la realistica possibilità di riedizione della gara (c.d. bene intermedio) per conseguire l'aggiudicazione della stessa (c.d. bene finale), in un “solido collegamento” con il bene finale».

no essere formulate nuove offerte, né “ripescate” quelle originariamente presentate dagli interpellati»⁵⁸. Non meno rilevante in termini di incidenza sulla concorrenza sono le questioni legate allo scorrimento delle graduatorie a seguito di risoluzione del rapporto e del configurarsi di una sorta di pretesa alla risoluzione⁵⁹.

Simmetrica tutela è riconosciuta alla pretesa dell'originario contraente che non intenda richiedere l'accertamento della permanente vigenza del contratto risolto, quale posizione di diritto soggettivo di matrice contrattuale, ma ha contestato lo scorrimento della graduatoria. Al riguardo in giurisprudenza si precisa come, trattandosi di una vera e propria procedura di affidamento, la relativa controversia sia rimessa alla cognizione del giudice amministrativo, fermo restando che, «qualora la definizione del giudizio imponesse, per esigenze di priorità logico giuridica, la verifica dei presupposti della risoluzione contrattuale, si trattereb-

⁵⁸ Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 8 gennaio 2016, n. 26, precisando che lo scorrimento «sul piano funzionale il meccanismo risponde all'esigenza di efficienza e buon andamento dell'azione amministrativa, perché consente di affidare il completamento delle prestazioni mediante scorrimento dell'originaria e cristallizzata graduatoria, evitando il più complesso e dispendioso percorso dell'indizione di una nuova gara con prezzi aggiornati, ma al contempo assicura il rispetto dei principi fondamentali della materia, atteso che l'interpello coinvolge imprese già selezionate nella medesima gara già espletata e postula l'avvenuto rispetto in quella sede di tutte le norme che regolamentano l'affidamento dei contratti pubblici dalla fase della progettazione alla stipula del contratto». In linea generale si afferma che la verifica da parte della stazione appaltante circa la riconducibilità della modifica soggettiva tra le fattispecie ai fini della prosecuzione del contratto, «non costituisce esplicazione di un potere e non implica ponderazione di interessi, sicché la posizione giuridica soggettiva in capo all'impresa che si vede negare il subentro nella esecuzione del contratto è di diritto soggettivo e le relative controversie sono devolute alla cognizione del giudice ordinario». In questo senso, Cass., SS.UU., ord., 24 aprile 2014, n. 9252; Cons. Stato, sez. VI, 11 luglio 2008, n. 3502; Cons. Stato, sez. V, ord., 7 dicembre 2011, n. 5368. Non mancano, peraltro, pronunce in cui, pur ribadendo la giurisdizione del giudice ordinario, si esclude la sussistenza di interesse a fronte di controversie in cui si contesta che l'amministrazione non abbia ravvisato gli estremi per la risoluzione del contratto, «posto che il semplice venir meno del contratto non significa comunque che, automaticamente, il servizio debba venir aggiudicato alla ricorrente, in mancanza di un contestuale annullamento dell'aggiudicazione della gara di cui si controverte, potendo benissimo il Comune, in tal caso, indire una nuova gara»: Tar Sardegna, 13 novembre 2015, n. 1114. Nello stesso senso, Tar Friuli Venezia Giulia, sez. I, 14 gennaio 2010, n. 5: «se anche si volesse intendere che il ricorso è volto a contestare il mancato esercizio della facoltà del Comune ex art. 19 del Capitolato di sciogliersi dal contratto per “grave inadempimento” della parte o inosservanza delle condizioni ivi previste, si porrebbe, oltre che la questione della giurisdizione, anche un problema di legittimazione, essendo la ricorrente (in mancanza di contestazione dei risultati della gara) un terzo non qualificato rispetto al rapporto contrattuale che pretenderebbe di veder risolto».

⁵⁹ Il Consiglio di Stato ha ritenuto, nel caso di scorrimento della graduatoria di gara e di assegnazione del servizio alla seconda classificata a seguito dello scioglimento del contratto, che la questione relativa alla risoluzione del contratto sollevata dall'originaria contraente «ha natura meramente incidentale, ponendosi quale presupposto necessario per l'adozione del successivo provvedimento discrezionale di scorrimento della graduatoria, sicché non può dubitarsi della sussistenza della giurisdizione del g.a., poiché lo scorrimento della graduatoria produce l'effetto di affidare l'appalto ad un diverso concorrente in ragione dell'esercizio di un potere discrezionale rispetto al quale il precedente aggiudicatario vanta una posizione giuridica di interesse legittimo oppositivo [...] Rispetto alla detta domanda, l'accertamento dell'intervenuta risoluzione contrattuale viene accertata dal g.a. solo in via incidentale, nella misura in cui il fatto della risoluzione rappresenta un presupposto necessario per l'esercizio del potere di scorrimento della graduatoria»: Cons. Stato, sez. V, 10 agosto 2016, n. 3573.

be di una questione pregiudiziale non riservata al giudice ordinario e, pertanto, conoscibile dal giudice *amministrativo incidenter tantum*»⁶⁰.

È evidente, allora, che molte ipotesi di risoluzione di cui all'art. 108, d.lgs. 50/2016 – se non tutte – si traducono in veri e propri doveri di condotta per l'amministrazione contraente, nel senso di rendere doveroso l'esercizio dei diritti potestativi spettanti che massimizzino la cura dell'interesse del contraente e garantiscono il rispetto dell'equilibrio sinallagmatico determinato dalla gara. Ciò non implica necessariamente un'attrazione pubblicistica in ordine alle situazioni soggettive o alla giurisdizione amministrativa delle relative controversie, ma indubbiamente, anche in relazione alla cognizione del giudice ordinario, mette in discussione l'idea tradizionale dell'irrelevanza giuridica dei motivi di azione dell'amministrazione nell'esercitare diritti potestativi nell'esecuzione, a fronte dei quali possono configurarsi interessi rilevanti – in disparte il fatto (tema la cui analisi esorbita dai limiti della presente trattazione) che si tratti di interesse legittimi di diritto privato⁶¹ –, non solo del contraente, ma anche dei terzi.

⁶⁰ Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 8 gennaio 2016, n. 26. Diversamente, Tar Lazio, sez. II ter, ord. 7 febbraio 2018, n. 1499 ha stabilito di sospendere il giudizio *ex art. 79 c.p.a. e 295 c.p.c.*, in attesa della decisione da parte del tribunale civile della pregiudiziale questione circa la legittimità della risoluzione dei contratti quadro stipulati dalla ricorrente, rispetto alla decisione sull'impugnazione del conseguente atto di aggiudicazione alla seconda classificata, nonché delle ulteriori conseguenze in relazione alla sospensione della ricorrente dall'albo dei fornitori. «Si tratta di atti amministrativi la cui cognizione indubbiamente pertiene al giudice amministrativo. Tuttavia essi sono stati impugnati unicamente per un profilo: l'illegittimità del loro presupposto, e cioè l'intervenuta risoluzione. La questione relativa all'accertamento della legittimità del ricorso da parte di ACEA alla clausola risolutiva espressa, dunque, appartiene pacificamente alla giurisdizione del giudice ordinario. Si tratta di una pregiudizialità necessaria che "sussiste quando una controversia (pregiudiziale) costituisca l'indispensabile antecedente logico-giuridico dal quale dipenda la decisione della causa pregiudicata, in ragione del fatto che il rapporto giuridico della prima rappresenta un elemento costitutivo della situazione sostanziale dedotta nella seconda, per cui il relativo accertamento si imponga nei confronti di quest'ultima con efficacia di giudicato, al fine di assicurare l'uniformità di decisioni (*ex multis*: Cass., Sez. un., ord. 27 luglio 2004, n. 14060, sent. 5 giugno 2000, n. 408, 11 aprile 1994, n. 3354; Sez. I, ord. 2 agosto 2007, n. 16995, 27 gennaio 2006, n. 1741; Sez. III, ord. 28 dicembre 2009, n. 27426, 25 maggio 2007, n. 12233, 30 giugno 2005, n. 13950; Sez. lav., 24 gennaio 2006, n. 1285; Sez. VI, ord. 29 luglio 2014, n. 17235, 8 febbraio 2012, n. 1865, 9 dicembre 2011, n. 26469, 18 febbraio 2011, n. 3059; Cons. Stato, Sez. IV, 18 novembre 2014, n. 5662, 8 gennaio 2013, n. 39; Sez. V, 16 febbraio 2015, n. 806; Sez. VI, 12 marzo 2012, n. 1386)».

⁶¹ Sulla figura dell'interesse legittimo, anche in ambito privatistico, F.G. Scoca, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Milano, 1990, 37 ss.; L. Bigliuzzi Geri, *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano, 1967. Cass., SS. UU., sentenza 2 novembre 1979, n. 5688, in *Foro It.*, 1979, I, 2548 ss., con nota di Barone, anche su G.I., 1980, I, 440 ss., con nota di A. Di Majo. La storica decisione ha precisato i contorni della figura dell'interesse legittimo nel diritto privato affermando che «[...] emerge a pieno l'ampia operatività del principio di correttezza, in quanto da esso sono desumibili regole di azione sia rispetto all'esercizio di un potere che rispetto all'adempimento di un dovere» e ancora «[...] il sindacato del giudice ordinario, quando abbia ad oggetto l'esercizio di un potere discrezionale, non può non atteggiarsi, per ragioni di efficienza, in modo analogo a quello in cui si atteggia il sindacato del giudice amministrativo sull'esercizio del poter pubblico e pertanto non può non estendersi anch'esso alla rilevazione di forme di eccesso di potere, come quando ad esempio, si deduca che la sanzione disciplinare è stata inflitta dall'imprenditore allo scopo di raggiungere in tal modo, un risultato che sarebbe stato impossibile o disagevole realizzare per altra via, ovvero si prospettino ipotesi di arbitrarietà o iniquità manifesta».

6. *Verso un controllo (anche) diffuso (e comunque incidente) sull'esecuzione dei contratti pubblici; il superamento della rigida distinzione bifasica*

Anche in forza della pregnanza del quadro sinora descritto, l'Adunanza plenaria n. 10/2020, riconoscendo «la persistenza di un rilevante interesse pubblico nella fase esecutiva del contratto, idoneo a sorreggere situazioni sostanziali e strumentali di altri soggetti privati», non solo ha affermato la possibile sussistenza in un concorrente collocato in graduatoria⁶² di un interesse protetto, ai sensi della l. 241/1990, all'accesso agli atti della fase esecutiva di un contratto pubblico, ma, ben più ampiamente, ha sancito la sottoposizione degli atti della fase esecutiva all'accesso civico.

Tale riconoscimento, oltre a rispondere ad una sentita esigenza di controllo diffuso sul buon andamento anche in fase di gestione del rapporto contrattuale, si integra con gli ulteriori rimedi apprestati dall'ordinamento vigente⁶³.

La descritta possibilità di un accesso civico generalizzato, alle «condizioni, contenuti e limiti» dell'art. 53, d.lgs. 50/2016 e dell'art. 5 bis, c. 3, d.lgs. 33/2013, è ritenuta strumentale alla funzione di vigilanza sui contratti pubblici attribuita dall'art. 213 all'Autorità nazionale anticorruzione (Anac)⁶⁴, laddove la possibilità di un controllo generalizzato sull'aggiudicazione e sull'esecuzione del contratto, assicurata proprio dall'accesso civico generalizzato, è suscettibile di mettere in condizione il cittadino di effettuare segnalazioni documentate all'Anac, che anche nella fase esecutiva, potrebbe esercitare il suo potere di raccomandazione ai sensi dell'art. 213, d.lgs. 50/2016.

⁶² Già il Cons. St., sez. V, 25 febbraio 2009, n. 1115, ha riconosciuto l'accesso documentale, ricorrendo le condizioni previste dagli artt. 22 e ss., l. 241 del 1990, anche agli atti della fase esecutiva laddove funzionale a dimostrare, attraverso la prova dell'inadempimento delle prestazioni contrattuali, l'originaria inadeguatezza dell'offerta vincitrice della gara, contestata dall'istante nel giudizio promosso contro gli atti di aggiudicazione del servizio. Più recentemente sulla configurabilità di un interesse del terzo al corretto svolgimento dell'appalto si pone anche il riconoscimento dell'accessibilità ai relativi documenti, che sebbene non soggette all'accesso civico, sono soggette all'art. 22 ss. della 241 del 1990, assumendo rilevanza la prospettiva di risoluzione del rapporto contrattuale e di un interesse attuale della ricorrente al subentro. Al riguardo, il Tar Toscana, sez. III, 17 aprile 2019, n. 577, ricercando un punto di equilibrio risultante dall'applicazione dell'art. 53 d.lgs. 50/2016, rinvia alla disciplina di cui all'art. 22 e seguenti della legge n. 241/1990, e dell'art. 5 bis, comma 3, d.lgs. 33/2013, statuendo che per quanto riguarda dati, informazioni e documenti inerenti la fase esecutiva, successiva all'aggiudicazione del contratto di appalto, caratterizzata da rapporti paritari, l'interesse della ex partecipante alla gara può configurarsi solo nel rispetto delle condizioni e dei limiti dell'accesso ordinario. In merito, assume rilevanza la prospettiva di risoluzione del rapporto contrattuale e di un interesse attuale della ricorrente al subentro.

⁶³ Pur nei limiti dell'art. 53, d.lgs. 50/2016 e dell'art. 5-bis, commi 1 e 2, d. lgs. 33/2013, l'accesso civico generalizzato, secondo l'Adunanza plenaria, «opera di diritto, senza che sia necessaria nel nostro ordinamento una specifica disposizione di legge che ne autorizzi l'operatività».

⁶⁴ E. Carloni, *Alla luce del sole. Trasparenza amministrativa e prevenzione della corruzione* «Tutti vogliono un posto al sole, ed in più, possibilmente, all'ombra» (Stanislaw J. Lec), in *Dir. amm.*, 2019, 497.

Il c. 3 lett. b), art. 213, d.lgs. 50/2016, dispone, infatti, che l'Autorità «vigila affinché sia garantita l'economicità dell'esecuzione dei contratti pubblici e accerta che dalla stessa non derivi pregiudizio per il pubblico erario», svolgendo tale funzione attraverso un sistema di azioni amministrative per l'effettività delle quali è essenziale l'apporto informativo che può venire dagli interessati. Oltre, alla generale funzione di vigilanza, specifiche funzioni di controllo e monitoraggio sono attribuite all'Anac in tema di modificazione del contenuto del contratto in sede esecutiva, ad esempio ad opera delle varianti. Sotto altro profilo, la condotta del contraente in sede di esecuzione è soggetta a valutazione potendo diventare causa ostativa di successivi affidamenti, ovvero condizionare nel merito le scelte relative all'affidamento nell'ambito di un sistema premiale di rating istituito e gestito dall'Anac⁶⁵. Anche le eventuali premialità connesse al cd. rating d'impresa sono legate alla condotta complessiva dell'impresa, comprensiva delle modalità di esecuzione di precedenti contratti pubblici⁶⁶.

Trova dunque fondamento e giustificazione sistematica un controllo (anche, ma non solo, svolto in modo) diffuso da parte dei titolari dell'accesso civico che si estenda all'esecuzione dei contratti pubblici e delle concessioni⁶⁷, fase ove «spesso si annidano fenomeni di cattiva amministrazione, corruzione e infiltrazione mafiosa, con esiti di inefficienza e aree di malgoverno per le opere costruite o i servizi forniti dalla pubblica amministrazione e gravi carenze organizzative tali da pregiudicare persino il godimento di diritti fondamentali da parte dei cittadini nella loro pretesa ai cc.dd. diritti sociali)»⁶⁸.

Se sul fronte della costruzione teorica e della sistematizzazione dei rimedi amministrativi alle patologie della fase esecutiva il contributo della pronuncia dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato appare decisivo, notevoli incertezze e vere e proprie lacune permangono sul piano della tutela giurisdizionale, soprat-

⁶⁵ L'art. 80, al c. 5 lett. c-ter), d.lgs. 50/2016 dispone come causa di esclusione dalle gare di appalto quella nei confronti dell'operatore economico che «abbia dimostrato significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione per inadempimento ovvero la condanna al risarcimento del danno o altre sanzioni comparabili; su tali circostanze la stazione appaltante motiva anche con riferimento al tempo trascorso dalla violazione e alla gravità della stessa».

⁶⁶ L'art. 83, c. 10, d.lgs. 50/2016 prevede presso l'ANAC, che ne cura la gestione, l'istituzione di un «sistema del rating di impresa e delle relative premialità, per il quale l'Autorità rilascia apposita certificazione agli operatori economici, su richiesta». I requisiti reputazionali che sono definiti da linee guida dell'ANAC devono tener conto, in particolare, «dei precedenti comportamenti dell'impresa, con riferimento al mancato utilizzo del soccorso istruttorio, all'applicazione delle disposizioni sulla denuncia obbligatoria di richieste estorsive e corruttive, nonché al rispetto dei tempi e dei costi nell'esecuzione dei contratti e dell'incidenza e degli esiti del contenzioso sia in sede di partecipazione alle procedure di gara sia in fase di esecuzione del contratto». Al riguardo, l'Anac ha predisposto e sottoposto a consultazione uno schema per l'«Istituzione del rating di impresa e delle relative premialità».

⁶⁷ M. Cafagno, *Vincoli europei e modelli di gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica. coordinate generali*, in *Mumus*, 2016, 24

⁶⁸ Cons. Stato, Ad. plen., 2 aprile 2020, n. 10.

tutto con riguardo alle posizioni soggettive dei terzi. Le contrastanti pronunce della giurisprudenza, già in merito alla definizione della stessa giurisdizione sulle controversie, nonché il riconoscimento stesso di interessi protetti, non contribuisce certo ad assicurare effettività e omogeneità di tutela, rafforzando i dubbi sulla tenuta e sull'utilità della ricostruzione bifasica. È auspicabile che la posizione del terzo possa essere tutelata in maniera piena ed effettiva in sede giurisdizionale, anche a prescindere dalla spettanza della giurisdizione in controversie in cui questioni civilistiche assumono spesso connotati di evidenza pubblica.

Assicurare che nella fase di esecuzione si possa svolgere un più inteso controllo giudiziale avrebbe il positivo effetto di spingere la parte pubblica ad una maggiore diligenza, laddove, com'è noto, l'interesse pubblico rischia di essere pregiudicato senza che di ciò si abbia facile evidenza e vi sia pronta reazione.

In disparte questo essenziale tema, più in generale, dal punto di vista sistematico, trova conferma il fatto che, nella fase esecutiva, si annidano veri e propri focolai pubblicistici, i quali non sono affatto confinati nella prima fase dell'operazione contrattuale.

Vero è, piuttosto, che la percezione di siffatto profilo risulta in parte intralciata dalla presenza di due giurisdizioni che, tendenzialmente, presidiano territori distinti (formazione della volontà pattizia ed esecuzione del contratto) e che, in qualche modo, inducono a ritenere che ciò corrisponda a un diverso atteggiarsi dell'assetto degli interessi in gioco, posto che solo il giudice amministrativo sarebbe in grado di censire la rilevanza di interessi diversi da quelli del contraente, laddove l'ufficio del giudice ordinario parrebbe unicamente quello di occuparsi degli interessi dei soli contraenti. Per altro verso, è indubbio che la stipula di un contratto con un singolo privato vale a "evidenziarne" e "valorizzarne" la posizione (anche e soprattutto in rapporto a quella dell'amministrazione), conferendo a essa una dignità specifica, che viene a costruire un argine rispetto alle ingerenze esterne (argine che l'adunanza plenaria concorre a indebolire)

Dal primo punto di vista, peraltro, è evidente l'errore di inferire i caratteri della disciplina sostanziale da una presunta vocazione del giudice a tutelare talune posizioni giuridiche. Non solo: è sufficiente allargare un poco lo sguardo per rendersi conto che, nell'ordinamento, non sussiste affatto una correlazione biunivoca tra giurisdizione del giudice amministrativo e (sindacato limitato alla) formazione della volontà pattizia, come dimostra l'estensione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo alla fase di esecuzione degli accordi ex art. 11, l. 241/1990 (art. 133, comma 1, lett. a, punto 2, d.lgs. 104/2010).

Dal secondo punto di vista, come ampiamente dimostrato nel corso dei paragrafi precedenti, il rafforzamento della posizione del contraente non esclude che permangano, e che siano assai rilevanti, ulteriori interessi meritevoli di tutela anche nella fase dell'esecuzione.

D'altro canto, una corretta esecuzione scaturisce da un "appropriato" confezionamento dell'operazione contrattuale, che va costruita (pensando anche e soprattutto alla fase esecutiva) al momento di esordio della procedura a evidenza pubblica. Non si vede perché quella esigenza, così forte al momento di avvio del percorso negoziale, debba scomparire con la stipula del contratto o restare assorbita all'ombra della relazione giuridica stretta con il contraente, la cui instaurazione avrebbe quasi il significato di introdurre cesure nella cura degli interessi pubblici. Soprattutto i capitolati, non a caso, sono soprattutto finalizzati a disciplinare la fase dell'esecuzione, confermando l'esigenza di evitare fratture artificiose nella considerazione (anche sistematica) delle parabole dell'esercizio del potere e della realizzazione di operazioni contrattuali delle amministrazioni.

Insomma, l'esecuzione interessa anche altri valori e interessi.

Va piuttosto rimarcato che essi sono gli stessi che rilevano in generale per le operazioni contrattuali dell'amministrazione. L'attenzione dell'ordinamento (che, peraltro, anche sulla base di quanto statuito da Corte cost., 23 novembre 2007, n. 401, cit.⁶⁹, è stata forse sopravvalutata ed enfatizzata dalla dottrina negli ultimi anni, quasi che i contratti debbano servire soltanto a soddisfare le aspirazioni delle imprese a diventare contraenti competendo sul mercato, piuttosto che a garantire la migliore soddisfazione dell'interesse pubblico⁷⁰) nei confronti del valore della concorrenza porta ovviamente a considerare in prima battuta appunto l'interesse concorrenziale (v. *supra*, par. 5).

Tuttavia, come si crede di avere dimostrato, anche molti altri valori risuonano nell'ordinamento: basti pensare alla lotta alla corruzione, presidiata dall'Anac; per altro verso, in alcuni settori (e, ancora una volta allargando lo sguardo agli affidamenti a favore dei privati), è del tutto evidente come la fase dell'esecuzione di operazioni pattizie intercetti interessi pubblici e privati assai più ampi. Ciò trova plastica conferma nella considerazione dei casi in cui sussiste un'autorità (Arera, ad esempio) chiamata a regolare un mercato, incidendo anche e soprattutto sul momento di esecuzione delle prestazioni. Pure in questo caso, dunque, l'emersione di interessi ultranei e diversi rispetto a quello contrattuale del con-

⁶⁹ Così ha statuito la Consulta: «Si tratta di assicurare l'adozione di uniformi procedure di evidenza pubblica nella scelta del contraente, idonee a garantire, in particolare, il rispetto dei principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di proporzionalità e di trasparenza. Sul piano interno, l'osservanza di tali principi costituisce, tra l'altro, attuazione delle stesse regole costituzionali della imparzialità e del buon andamento, che devono guidare l'azione della pubblica amministrazione ai sensi dell'art. 97 Cost. Deve, anzi, rilevarsi come sia stata proprio l'esigenza di uniformare la normativa interna a quella comunitaria, sul piano della disciplina del procedimento di scelta del contraente, che ha determinato il definitivo superamento della cosiddetta concezione contabile, che qualificava tale normativa interna come posta esclusivamente nell'interesse dell'amministrazione, anche ai fini della corretta formazione della sua volontà negoziale».

⁷⁰ F. Fracchia, L. Gili, *Ordinamento dell'Unione europea, mercato, risorse pubbliche e contratti della pubblica amministrazione*, Napoli, 2013.

traente è sancita, sotto il profilo organizzativo, dalla istituzione di uno specifico soggetto pubblico.

Circa la rilevanza dell'interesse erariale (si ponga mente al miglior uso delle risorse pubbliche), è sufficiente ribadire il ruolo svolto dalla Corte dei conti con riferimento, appunto, alla fase di esecuzione.

Non mancano, poi, ulteriori indizi che dimostrano come l'operazione contrattuale nel suo complesso (e anche a partire dal momento che segna la presunta cesura tra le due fasi, pubblicistica e privatistica) esibisca un'eccedenza di rilevanza rispetto alla platea dei due contraenti. È sufficiente citare la regola giurisprudenziale secondo cui i contratti debbono essere stipulati sempre in forma scritta (*ex multis*, Cass., 19 maggio 2003, n. 7819), anche per agevolare forme di controllo.

La disciplina sulla *spending review*⁷¹, inoltre, evidenzia che la fase esecutiva può essere interessata da valori pubblici assai pregnanti (diversi dalla concorrenza), addirittura in grado di sacrificare sull'altare della convenienza economica la stabilità del rapporto contrattuale⁷². Ricorrendo talune condizioni, infatti, l'amministrazione può recedere dai contratti stipulati precedentemente nel caso in cui i parametri di successive convenzioni stipulate da Consip S.p.A. siano migliorativi e l'appaltatore non acconsenta alla modifica delle condizioni economiche proposta da Consip s.p.a.

Non è infine da escludere che, anche alla luce della drammatica esperienza della diffusione del Coronavirus che stiamo vivendo, con l'obiettivo di agevolare la ripresa economia vengano in futuro ulteriormente alleggerite e snellite le procedure di aggiudicazione dei contratti pubblici⁷³: a fronte della riduzione di regole cogenti nella fase di scelta del contraente (norme, che per loro natura, offrono protezione a interessi pubblici), quasi a mo' di compensazione, apparirà ancora più urgente dare rilievo a quegli stessi interessi nella fase esecutiva.

⁷¹ V. d.l. 95/2012, conv. nella l. 135/2012, nonché d.l. 78/2015, conv. nella l. 125/2015. Facoltà di riduzione degli importi (salva la possibilità dell'altro contraente di recedere) e di rinegoziazione sono previste pure dall'art. 8, d.l. 66/2014, conv. nella l. 89/2014.

⁷² Corte cost., 12 luglio 2017, n. 169, in tema di razionalizzazione delle spese del Servizio sanitario nazionale, come disposto dal d.l. 78/2015, cit., osserva che «l'operatività della rinegoziazione rimane circoscritta alla sola eventualità che i contraenti raggiungano un nuovo accordo attraverso la ridefinizione in concreto delle loro originarie determinazioni. In definitiva, l'offerta di modifica ex art. 9-ter rimane comunque condizionata dalla verifica che il sinallagma del contratto originario non sia dalla stessa inciso fino a pregiudicarne la convenienza per l'amministrazione e la remuneratività per l'esecutore», così «l'alterazione dell'originario sinallagma non viene automaticamente determinata dalla norma, ma esige un esplicito consenso di entrambe le parti. Ove tale consenso non venga raggiunto, soccorrono [...] le ipotesi alternative [...] del recesso, della nuova gara e della adesione transitoria a contratti più vantaggiosi».

⁷³ Al momento, si considerino, in particolare, gli artt. 72, 75, 86, 120, d.l. 18/2020, nonché la Comunicazione della Commissione – Orientamenti della Commissione europea sull'utilizzo del quadro in materia di appalti pubblici nella situazione di emergenza connessa alla crisi della Covid-19, pubblicata sulla GUCE 2020/C 108 I/01 del 1° aprile 2020.

Tutto questo complesso di focolai pubblicitici è dato per presupposto dal passaggio – citato in apertura del presente lavoro – con cui l’Adunanza plenaria n. 10/2020, pur riferendosi, in modo forse troppo “minimalista”, all’interesse pubblico (al singolare) e non agli interessi pubblici, statuisce che la fase esecutiva «rimane ispirata e finalizzata alla cura in concreto di un pubblico interesse, lo stesso che è alla base dell’indizione della gara e/o dell’affidamento della commessa, che anzi trova la sua compiuta realizzazione proprio nella fase di realizzazione dell’opera o del servizio».

Barry Sullivan - Abstract

Aspetti problematici dell'esecuzione nei contratti nel prisma della nuova giurisprudenza sull'accesso civico

Il lavoro analizza criticamente il tema della costruzione bifasica dei contratti pubblici alla luce della recente decisione del Cons. Stato, Ad. plen. n. 10/2020, sottolineando la pluralità di interessi pubblici coinvolti nella fase esecutiva del contratto e la necessità di non operare artificiali distinzioni all'interno della complessa e unitaria operazione contrattuale.

Problematic aspects of contractual enforcement in the prism of the new jurisprudence on civic access

The work critically analyses the issue of the biphasic construction of public contracts in the light of the recent decision of the State Council, Plenary Session No. 10/2020, stressing the plurality of public interests involved in the executive phase of the contract and the need not to make artificial distinctions within the complex and unitary contractual operation.

