

L'autotutela privatistica della P.A. nell'esecuzione dei contratti pubblici. Recesso e risoluzione: tra disciplina generale del codice civile e speciale del codice appalti.

di Giuseppe Gianni

Sommario: I. Introduzione al tema, inquadramento sistematico e relazioni tra la disciplina generale dettata dal codice civile in materia di scioglimento del contratto e la disciplina speciale del codice appalti; II. Le fattispecie di recesso nel codice civile e nel codice appalti; III Le fattispecie di risoluzione del contratto nel c.c. e nel codice appalti; III.1 La risoluzione del contratto per reati accertati e per decadenza dall'attestazione di qualificazione; III.2 La risoluzione del contratto per grave inadempimento grave irregolarità e grave ritardo; IV. La tutela cautelare ex art. 700 c.p.c tra effettività della protezione dell'esecutore, esigenze pubblicitiche di consegna dell'opera e/o espletamento del servizio o della fornitura, e carattere fiduciario del rapporto.

I. Introduzione

Al pari delle persone giuridiche private, le P.A. sono dotate di una capacità giuridica generale, sebbene ai soli fini del conseguimento delle finalità di pubblico interesse; a quella generale le amministrazioni affiancano la più conosciuta capacità speciale di diritto pubblico (art. 11. c.c.), derivante dalla attribuzione, per legge, di poteri amministrativi necessari alla cura di interessi di rilievo generale (1).

La P.A., pertanto, *“nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato, salvo che la legge disponga diversamente”* (2).

Sulla base di tale premessa, la dottrina e la giurisprudenza concordano sull'assunto che quando l'Amministrazione persegue l'interesse pubblico attraverso i moduli privatistici, come accade con l'attività contrattuale, agisce su un piano di perfetta parità con il privato e non in veste di autorità che esercita una potestà amministrativa, senza che possa assumere rilievo la circostanza che pure nell'attività paritetica le decisioni della P.A. sono in qualche misura procedimentalizzate.

L'attività contrattuale si iscrive, perciò, nella categoria degli atti paritetici così come si iscrivono nella stessa categoria tutti gli atti che la P.A. adotta per sciogliersi da un vincolo contrattuale a prescindere dalla forma giuridica adottata. A tal proposito costituisce orientamento giurisprudenziale consolidato quello che, in presenza di un contratto di diritto privato qualificabile quale contratto di appalto sottoscritto a seguito di aggiudicazione di una procedura ad evidenza pubblica, e in corso di esecuzione, *“non è ammissibile un intervento in autotutela che incida sulla fase amministrativa a monte del contratto stesso”* in quanto *“costituisce una garanzia per il cittadino, che sia controparte contrattuale con la P.A., rispetto ad ogni intervento autoritativo che possa in qualche modo pregiudicarne o condizionarne l'esecuzione, al di fuori dei poteri contrattuali previsti dalla disciplina civilistica o dallo speciale regime, sempre di diritto privato, cui il contratto stesso rimane integralmente sottoposto”*.

In linea con tale orientamento, la stessa giurisprudenza sostiene che *“le controversie in tema di attività negoziale delle pubbliche amministrazioni rientrano nella giurisdizione del*

G.O. se hanno ad oggetto tutti gli atti della serie negoziale successiva alla stipulazione del contratto” (3). L’unica eccezione ammessa dalla stessa giurisprudenza sopra richiamata si configura quando la stazione appaltante è tenuta ad operare una nuova valutazione dell’interesse pubblico sotteso alla realizzazione dell’opera come accade quando un contratto di appalto viene sciolto unilateralmente dalla P.A. in caso di interdittiva antimafia(3.1).

La P.A., pertanto, con la stipulazione del contratto, perde il potere autoritativo di intervenire nuovamente sul rapporto giuridico amministrativo, e ciò perché con l’atto negoziale quella determinata situazione di fatto viene definitivamente sottratta alla potestà e perciò alla funzione e restituita alla volontà delle parti.

Fatte queste brevi premesse, al fine di indagare se il regime del contratto della P.A. è retto esclusivamente da norme di diritto privato o se invece è più corretto ritenere che sia retto anche norme di diritto privato speciale che, perciò, ammettono una forma di autotutela aggiuntiva rispetto a quella riconosciuta ai privati, è bene precisare che il riconoscimento della capacità giuridica generale alla Amministrazione non può giammai essere inteso negli stessi termini della libera capacità negoziale di cui godono i soggetti privati.

Utile terreno di confronto è costituito dalla disciplina dei contratti pubblici racchiusa nel D.Lgs. n. 163/2006 (c.d. Codice dei contratti pubblici, in seguito per brevità codice appalti) e, in particolare, nel capo che contiene le norme dettate in materia di *“programmazione, direzione ed esecuzione dei lavori”*.

Ci si interroga, pertanto, se, con la sottoscrizione del contratto, ogni controversia che dovesse insorgere tra il privato e la P.A. debba essere governata dalle regole contenute nel codice civile (artt. 1372, 1453 e ss.) oppure se l’immanente perseguimento dell’interesse pubblico giustifica l’esistenza di regole comunque privatistiche, ma speciali rispetto alle norme del codice civile.

Ai fini dell’inquadramento normativo va premesso che l’art. 2, co. 4 del codice appalti apre un varco alla disciplina civilistica stabilendo che *“per quanto non espressamente previsto nel presente codice, l’attività contrattuale..si svolge nel rispetto, altresì, delle disposizioni stabilite dal codice civile”*.

Pare opportuno, perciò, stabilire quanto spazio in concreto occupa la disciplina civilistica speciale contenuta nel codice appalti e quale terreno finisce per essere riassorbito nella disciplina generale, tenuto conto che nel codice appalti le norme che assumono una connotazione di diritto privato speciale sono il recesso (art. 134), la risoluzione per reati accertati e per decadenza dall’attestazione di qualificazione (art. 135) e la fattispecie di risoluzione per grave inadempimento grave irregolarità e grave ritardo.

Il rinvio al c.c. richiama, innanzi tutto, la clausola generale sull’efficacia del contratto contenuta nell’art. 1372, co. 1 del c.c., in forza della quale lo scioglimento del contratto non può avvenire *“che per mutuo consenso e per cause ammesse dalla legge”*; tuttavia, già la clausola generale pone una serie di questioni, dal momento che essa è solo astrattamente applicabile alla disciplina dei contratti pubblici, almeno per ciò che riguarda lo scioglimento per mutuo consenso. Infatti, la capillare procedimentalizzazione dell’attività amministrativa, ancorché di natura negoziale, difficilmente consente scelte totalmente libere da parte della Stazione Appaltante, fatta salva la fattispecie dello scioglimento del rapporto dettata

dall'art. 239 codice appalti, in materia di accordi transattivi.

Entrando nel tema, nelle norme contenute agli artt. 134, 135 e 136 codice appalti, la dottrina e la giurisprudenza individuano una forma di autotutela in favore della P.A. c.d. privatistica, sicché va innanzi tutto posta la questione della loro relazione con il codice civile.

Sotto tale profilo è utile osservare che il piano del rapporto gerarchico tra le norme del codice appalti e quelle del c.c. sembra caratterizzato da un rapporto di specialità delle prime sulle seconde.

Dal loro esame sistematico si ricava che le disposizioni sono contenute nel capo del codice appalti dedicato a “programmazione, direzione ed esecuzione dei lavori” e che esse disciplinano, specificamente, il recesso e la risoluzione del contratto pubblico, sembrando perciò, ad un primissimo esame, fattispecie aggiuntive a quelle contenute nel c.c.

Le menzionate disposizioni normative, per specifica previsione dell'art. 297 del regolamento di attuazione al codice (D.P.R., 207/2010), si applicano anche agli appalti di servizi e forniture, con la sola eccezione della disciplina del recesso in ragione del mancato richiamo, da parte della norma regolamentare, dell'art. 134 codice appalti; pertanto, in tali contratti la disciplina del recesso dovrebbe trovare la propria fonte nel regolamento contrattuale se previsto ovvero nel codice civile, e in particolare negli artt. 1373 e 1671 c.c.(4). Pare appena il caso di osservare che il mancato richiamo per gli appalti di servizi e forniture della disciplina dettata in materia di recesso per i lavori pubblici, sembra, all'apparenza, privo di ragionevolezza, stante la difformità e la disomogeneità che ne deriva in punto di disciplina di rapporti negoziali che, seppur non analoghi, non sembrano presentare divergenze tali da giustificare, sotto il profilo dello scioglimento del rapporto, un trattamento differente.

Identiche considerazioni possono, poi, essere mosse rispetto alla disciplina applicabile ai contratti pubblici nei settori speciali; infatti, anche in tale contesto, in mancanza di rinvio agli istituti del recesso e della risoluzione, contenute nel codice degli appalti e relativi agli appalti di lavori, le norme applicabili vanno reperite, ancora una volta, nel capitolato e nel regolamento contrattuale o, in mancanza, nel codice civile. Su questo punto, importanti novità nell'ambito dei settori speciali, da ultimo richiamati, potrebbero, tuttavia, derivare dalla nuova disciplina comunitaria racchiusa nella direttiva 2014/25/UE che, per la prima volta, introduce specifiche norme in materia di risoluzione dei contratti (5).

Nessuna deroga alla disciplina del recesso e della risoluzione è invece dato reperirsi, ai sensi del co.3 dell'art. 142 del codice appalti, all'interno del capo dedicato alle concessioni di lavori pubblici, con la conseguenza che a tale tipo contrattuale sarà applicabile la disciplina degli artt. 134 e ss del codice appalti.

II. Le fattispecie di recesso nel codice civile e nel codice appalti

Come in precedenza accennato, il recesso dal contratto di appalto di lavori trova specifica disciplina nell'art. 134 del codice appalti; al pari della disciplina civilistica dettata dall'art. 1671 del c.c., ma come disciplina privatistica speciale, viene riconosciuto al committente pubblico un diritto potestativo esercitabile *ad nutum*.

La principale differenza tra la disciplina civilistica e quella speciale dei contratti pubblici consiste nelle conseguenze economiche legate alla scelta del committente di sciogliersi unilateralmente dal rapporto negoziale. Nel primo caso l'ammontare dell'indennizzo a favore dell'appaltatore, nella forma del danno emergente (spese sostenute e lavori eseguiti) e del lucro cessante (mancato guadagno) dipenderà esclusivamente dall'assolvimento dell'onere della prova posto a carico dell'appaltatore, nel secondo caso invece è consentito alla P.A., e proprio in ragione dell'interesse pubblico in vista del quale la stessa agisce, procedere a una stima preventiva del costo dello scioglimento del rapporto, essendo l'indennizzo commisurato al valore dei lavori già eseguiti, dei materiali utili esistenti in cantiere ed accettati dal direttore dei lavori, oltre al decimo dell'importo ottenuto dalla differenza tra i 4/5 del valore dell'appalto a base di gara e i lavori eseguiti, al netto dello sconto offerto in sede di gara.

Circa la natura, privatistica o autoritativa, da riconoscere al potere di recesso unilaterale attribuito alla stazione appaltante, la giurisprudenza più recente è oggi incline a ritenere che si tratti dell'espressione del più *generale ius poenitendi* riconosciuto al committente dall'art. 1671 del c.c., con la conseguenza che, una volta intervenuta la stipulazione del contratto di appalto, anche quando la stazione appaltante qualifichi il recesso in termini di revoca, la disciplina applicabile è pur sempre quella del recesso *ex art. 134* del Codice appalti, con relativa giurisdizione del giudice ordinario(6).

III Le fattispecie di risoluzione del contratto nel codice civile e nel codice appalti

Il contratto, secondo la disciplina generale dettata dall'art. 1372 del c.c. ha forza di legge tra le parti, e può essere sciolto solo per mutuo consenso e nelle ipotesi previste dalla legge.

Alla risoluzione del contratto sono invece dedicate le disposizioni contenute negli artt. 1453 e ss del c.c.

La disciplina della risoluzione dei contratti pubblici si arricchisce, tuttavia, di fattispecie aggiuntive fissate negli artt. 2(7) e 135, 136, 138, 139 del Codice dei contratti pubblici.

La prima delle disposizioni richiamate stabilisce, in particolare, ponendosi perciò in coerenza con la clausola generale contenuta nel già citato co. 1 *bis* dell'art. 1 della L. n. 241/1990, che *“per quanto non espressamente previsto nel presente codice, l'attività contrattuale... si svolge nel rispetto, altresì, delle disposizioni stabilite nel codice civile”*(8)

III.1 La risoluzione del contratto per reati accertati e per decadenza dall'attestazione di qualificazione

Con precipuo riguardo all'istituto della risoluzione disciplinata dall'art. 135, codice appalti (9), il legislatore ha previsto due ipotesi al soccorrere delle quali la Stazione appaltante è tenuta a deliberare la risoluzione del contratto: la prima, al comma 1, prevede che di fronte all'accertata (mediante sentenza di condanna passata in giudicato) commissione di uno dei reati ivi elencati e alla disposta applicazione di una misura di prevenzione, la Stazione appaltante, *rectius* il RUP, debba avviare un procedimento al fine di vagliare *“in relazione allo stato dei lavori e alle eventuali conseguenze nei riguardi delle finalità dell'intervento”* la possibilità di risolvere il contratto.

Il successivo co. 1-bis, invece, stabilisce che, in caso di decadenza dell'appaltatore dal possesso dell'attestazione di qualificazione per l'esecuzione di lavori pubblici derivante dall'aver prodotto falsa documentazione o dichiarazioni mendaci, la stazione appaltante procede alla risoluzione del contratto.

L'esegesi della norma evidenzia il carattere di specialità che permea la disciplina dei contratti in cui è parte una P.A., perché seppur è indubbio che i contratti involgono posizioni paritarie, aventi consistenza di diritti soggettivi, e perciò soggette al sindacato del G.O., è altresì vero che le norme riconoscono alla parte pubblica facoltà e poteri straordinari non contemplati dalle norme comuni, nell'ambito di un ordinario rapporto contrattuale(10); e tanto in ragione della funzionalizzazione dell'attività amministrativa che, malgrado la natura contrattuale e anche in assenza di esercizio di potere autoritativo, è, come già detto, informata alla cura dell'interesse generale che, nel caso specifico, risiede nella tempestiva ed economica realizzazione dell'opera pubblica ma anche nella necessità di preservare un rapporto contrattuale *intuitu personae* con un soggetto moralmente affidabile. Il tutto, si tiene particolarmente a rimarcarlo, senza incidere sulla consistenza delle posizioni soggettive coinvolte, e per l'effetto sul plesso giurisdizionale deputato a conoscere della legittimità o meno della deliberata risoluzione del contratto (11).

Ove la Stazione appaltante dichiarò unilateralmente risolto il contratto, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 135, codice appalti(12), essa agisce nell'esercizio di un potere di autotutela che nelle ipotesi di cui al co. 1 *bis* è meramente dichiarativo, mentre in presenza delle fattispecie descritte al co. 1 è connotato da una valutazione di opportunità sul mantenimento in vita del contratto; siffatta deroga alla disciplina civilistica, la quale non ammette il potere di autotutela nei rapporti tra privati, se non negli stretti limiti del 1460 c.c., trova ragion d'essere nella necessità di provvedere alle esigenze dell'interesse pubblico collegato al contratto, nonché ad impedire i danni che dall'osservanza del diritto comune potrebbero derivare. Ci si riferisce, in particolare agli effetti della risoluzione e alle sue conseguenze risarcitorie. (13).

III.2 La risoluzione del contratto per grave inadempimento grave irregolarità e grave ritardo

Premesso che il codice civile prevede tre fattispecie di risoluzione, per inadempimento, per eccessiva onerosità della prestazione e per impossibilità sopravvenuta, mentre la disciplina aggiuntiva contenuta nel codice appalti, in tema di risoluzione, concerne l'inadempimento/irregolarità e il grave ritardo, (con applicazione dell'istituto sia al contratto di appalto di lavori che di forniture e servizi, esclusi invece i contratti di appalto nei settori speciali), la dottrina è divisa tra quanti(14) sostengono che la disciplina generale contenuta nel codice civile in materia di risoluzione non è applicabile alla pubblica amministrazione e quanti(15) invece sostengono che tutte le norme contenute negli artt. 1453 c.c. tornano applicabili anche ai contratti in cui è parte la P.A. La disciplina prevista nell'art. 136 codice appalti sembra costituire una mera fattispecie aggiuntiva che torna applicabile unicamente nelle ipotesi di inadempimento/ irregolarità e grave ritardo dell'appaltatore. In altri termini secondo alcuni la P.A. sarebbe soggetta alle conseguenze delle norme contenute negli artt. 1453 1454 e 1455 c.c. e potrebbe anche subire la risoluzione per impossibilità

sopravvenuta della prestazione e per eccessiva onerosità del contratto. Mentre altri sostengono che non sarebbe configurabile una risoluzione del contratto per inadempimento non di scarsa importanza della P.A..

In altri termini si pone il problema di stabilire se sussista o meno la possibilità di trasporre nella materia dei contratti pubblici gli strumenti previsti dal codice civile (art. 1453 e ss.) in materia di scioglimento del contratto, anche in considerazione della sua natura giuridica di contratto di durata ad esecuzione continuativa che lo sottrae alla disciplina dell'art. 1358 c.c. prima parte, in quanto la risoluzione non dovrebbe mai incidere sulle prestazioni già svolte e quindi assumere efficacia retroattiva(15.1). Per non tacere dei margini di incertezza che caratterizzano la determinazione dei criteri indicati dalla giurisprudenza per determinare il risarcimento del danno da risoluzione illegittima in cui si ridetermina, secondo il valore venale, la prestazione già eseguita anziché risarcire le spese sostenute e non impiegate nella prestazione e il mancato guadagno(16).

Con specifico riferimento alla disciplina della risoluzione del contratto per inadempimento dettata dall'art. 1453 c.c. si potrebbe ipotizzare che la specialità dell'art. 136 codice appalti assorba le ipotesi di risoluzione per inadempimento dell'appaltatore.

A tal proposito, tuttavia, considerando il fatto che la fattispecie contenuta nell'art. 136 codice appalti sembra indirizzata a prevenire un grave inadempimento dell'esecutore che si manifesta nei suoi elementi di oggettivo e concreto pericolo nel corso dell'esecuzione, e che l'appalto è un contratto di durata con esecuzione continuata, sembra preferibile ritenere che la fattispecie contenuta nell'art. 136 del codice appalti potrebbe essere ritenuta aggiuntiva a quella civilistica, salvo dover a questo punto porre il tema delle giustificazioni della condotta della P.A. che, pur verificatisi gli elementi oggettivamente idonei a manifestare un grave inadempimento, non ha azionato la norma contenuta nell'art. 136 codice appalti e ha aspettato la fine dei lavori, rifiutando la consegna dell'opera e invocando la risoluzione del contratto.

Altra questione di rilievo è se l'esecutore possa invocare le norme contenute negli artt. 1453 e ss c.c. se l'inadempimento è contestato, invece, alla amministrazione committente.

A tale proposito si fa osservare che nelle fattispecie relative alla risoluzione per grave inadempimento, ex art. 136 codice appalti, non si rinviene alcun riferimento alle ipotesi in cui inadempiente sia la stazione appaltante; l'unica fattispecie in cui viene preso in esame un inadempimento della stazione appaltante è quello della mancata emissione dei titoli di pagamento nei termini di legge previsti all'art. 133 codice appalti. L'esegesi della norma non consente di ritenere che il mancato pagamento dei crediti possa consentire, automaticamente, all'esecutore di agire per la risoluzione del contratto, apparendo al contrario l'esito subordinato allo specifico procedimento dettato dalla norma in esame che prevede sì la possibilità di opporre l'eccezione di inadempimento, ma con dei presupposti e delle condizioni d'esercizio affatto speciali rispetto all'ordinario istituto ex art. 1460 c.c..

Infatti, sulla scorta di quanto è possibile ricavare dal dettato normativo dell'art. 133 codice appalti, l'esecutore dei lavori *“nel caso in cui l'ammontare delle rate di acconto, per le quali non sia stato tempestivamente emesso il certificato o il titolo di spesa, raggiunga il quarto dell'importo netto contrattuale”* può interrompere i suoi obblighi, ai sensi dell'art. 1460 c.c., e, *“previa costituzione in mora dell'amministrazione aggiudicatrice e trascorsi sessanta*

giorni dalla data della costituzione stessa, i promuovere il giudizio arbitrale per la dichiarazione di risoluzione del contratto”.

Quindi, a differenza di quanto prevista dall'art. 1354 c.c., è di tutta evidenza che l'esercizio dell'eccezione di inadempimento, da parte dell'appaltatore, debba avvenire secondo le regole speciali dettate dall'art. 133 del codice appalti (ovvero inadempimento superiore al quarto dell'importo contrattuale) e che l'eventuale risoluzione possa conseguire solamente all'esito di una sentenza dichiarativa dell'illegittimità dell'inadempimento della P.A., non potendo, certamente, l'appaltatore pretendere che il contratto possa considerarsi risolto di diritto, essendo, anzi, la risoluzione giudiziale subordinata alla valutazione del ritardo come non di scarsa importanza, avuto riguardo alla condotta delle parti, alla situazione di fatto e agli interessi in rilievo.

Per le altre ipotesi di inadempimento della pubblica amministrazione non si rinviene disciplina alcuna nel codice appalti sicché è prospettabile che torni applicabile la disciplina del codice civile, con meno dubbi per quanto riguarda la fattispecie generale della risoluzione del grave inadempimento disciplinata dagli artt. 1453 e 1455 c.c., ma con maggiori perplessità per la fattispecie della risoluzione per impossibilità sopravvenuta della prestazione, la quale trova già una disciplina specifica nel codice appalti quando l'esecutore perde i requisiti di qualificazione; di contro non dovrebbe ritenersi applicabile l'istituto della risoluzione per eccessiva onerosità in considerazione della natura del contratto di appalto e del principio di invariabilità del corrispettivo, fatti salvi i correttivi stabiliti nello stesso codice e cioè per i servizi e le forniture i correttivi di cui all'art. 115 codice appalti e per i lavori quelli previsti all'art. 133, commi 3 e 4, codice appalti .

IV La tutela cautelare tra effettività della protezione dell'esecutore, esigenze pubblicistiche di consegna dell'opera e/o espletamento del servizio o della fornitura e carattere fiduciario del rapporto.

L'applicabilità, o meno, delle norme del c.c. in materia di risoluzione, per quanto non disciplinato in modo speciale nel codice appalti, alla P.A. passa dal considerare paritetiche, o meno, le posizioni tra le parti(17).

Riconosciuta la natura di diritto potestativo all'esercizio della risoluzione del contratto pubblico, come espressione dell'autotutela privatistica della P.A., viene fatto discendere, secondo parte della dottrina(18) e della giurisprudenza che in ipotesi di risoluzione illegittima del contratto perché in contrasto con gli artt. 135 e 136 codice appalti, *“sia impossibile per l'appaltatore agire in giudizio per ottenere una pronuncia ricostitutiva del rapporto contrattuale ormai venuto meno. Nonostante la più recente evoluzione giurisprudenziale sia nel senso dell'ammissibilità della tutela cautelare anticipatoria di sentenze di mero accertamento, si ritiene che l'appaltatore non possa agire in giudizio per ottenere una pronuncia che induca la stazione appaltante a ricostituire il rapporto. Infatti sul piano pubblicistico le norme del codice appalti sono dirette a garantire il soddisfacimento dell'interesse pubblico alla rapida ripresa dei lavori attraverso il loro riaffidamento (esigenza che risulterebbe frustrata dai tempi di un giudizio ordinario di cognizione); sul piano privatistico il carattere fiduciario del contratto di appalto non tollera la prosecuzione del rapporto iussu iudicis, pertanto, si esclude l'ammissibilità della tutela*

cautelare dell'art. 700 c.p.c. (trib. Roma, ord 22 aprile 2014, rep 7966)."

Tale posizione non sembra condivisibile non solo alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale (19) che, al contrario, ammette la tutela anticipatoria di sentenze di mero accertamento, ma anche perché la pronuncia ex art. 700 si risolve *"nell'azione di condanna..all'adempimento dell'ordine di fare...la declaratoria dell'insussistenza del diritto alla risoluzione costituisce pronuncia tipica della fase a cognizione ordinaria, compresa, e comunque e prodromica, rispetto alla richiesta di condanna all'adempimento del contratto non validamente risolto, declaratoria della quale... è possibile compiere una valutazione incidentale, e comunque prognostica rispetto all'instauranda fase di merito. In ragione poi del condivisibile principio giurisprudenziale che ammette la condanna ad un fare infungibile, ulteriormente rafforzato dalla recente innovazione legislativa in materia di esecuzione degli obblighi di fare infungibile o di non far e(art. 614 bis cpc), deve affermarsi l'ammissibilità dell'ordine ex art. 700 cpc.. di dare corso al contratto stipulato. L'indirizzo giurisprudenziale che qui si avalla, ha infatti osservato l'ammissibilità della condanna ad un fare infungibile sul presupposto che non si può escludere che l'obbligato ottemperi volontariamente alla decisione (vedi tra le più recenti Cass. n. 19454/2011 e n. 15349/200)."*(20)

1) M. Clarich, Manuale di diritto amministrativo, ed. Il Mulino; Elio Casetta, Manuale di diritto amministrativo, ed. Giuffrè; Codice degli appalti pubblici a cura di Cancrini, Franchini, Vinti, ed. Utet; Codice dei Contratti commentato a cura di Perfetti, ed. Ipsoa; Manuale dei contratti pubblici relativi a lavori servizi e forniture, R. De Nictolis, Ed. EPC.

2) Art. 1, co. 1 bis, L.241/1990.

3) CdS, sez. V, 27/12/2013 n. 6262; CdS, sez. V, 7/06/2013 n. 3133; Cass.civ.,Sez.Un.14539/2001. Tradizionalmente si afferma che la stipulazione del contratto segna il passaggio dalla fase pubblicistica, volta all'individuazione del contraente della P.A. e retta da norme di diritto pubblico, a quella privatistica, che dalla stipulazione del contratto prosegue fino alla esecuzione dello stesso; tale scissione, formalizzata all'art. 11, co. 7 codice appalti, in forza del quale *"l'aggiudicazione definitiva non equivale ad accettazione dell'offerta"*, trova altresì conferma nel successivo comma 9, che fa salvi, prima della stipulazione del contratto, i poteri di autotutela in capo alla Stazione appaltante. Invero rispetto al provvedimento amministrativo di aggiudicazione, l'Amministrazione può esercitare i tradizionali poteri di autotutela pubblicistica, quali la revoca o l'annullamento, espressioni del tradizionale potere di riconsiderazione dell'interesse pubblico o eliminare un vizio di legittimità, sussistendo comunque le ragioni di tutela dell'interesse pubblico. È, altresì, orientamento consolidato della giurisprudenza amministrativa che mentre è annullabile o revocabile il provvedimento amministrativo di aggiudicazione, una volta stipulato il contratto, la P.A. può ricorrere unicamente a strumenti di autotutela c.d. privatistica, giustificabili dall'immanenza della cura dell'interesse pubblico all'agire amministrativo (CdS, Ad. Plen. 14/2014; CdS, sez. III, 450/2009; sez V, 4455/2008).

3.1) Cfr. CdS, ad.plen.. 33 e 34/2012; CdS, ad.plen., 4/2013; CdS, ad.plen. 14/2014; CdS, ad.plen., ord. 17/2014.

4) Si noti, in tale ultimo caso, che sarà legittima la clausola contrattuale che fissi in misura diversa rispetto a quanto previsto dall'art. 134, co.2 -e in particolare inferiore al 10% dell'importo residuo- il criterio di quantificazione dell'indennizzo.

5) La nuova direttiva comunitaria sui settori speciali (Direttiva 2014/25/UE), al pari di quella sui settori ordinari (Direttiva 2014/24/UE), introduce specifiche norme che riguardano talune ipotesi di risoluzione (rispettivamente agli artt. 90 e 73) che gli stati membri dovranno introdurre nei propri ordinamenti entro il termine di recepimento fissato per il 18 aprile 2016. Tali ipotesi, con carattere di assoluta novità per i settori

c.d. esclusi, privi fino ad ora di qualsiasi disciplina specifica, riguardano:

a) il caso di modifiche sostanziali che avrebbero richiesto l'affidamento mediante nuova procedura di gara;

b) il venire meno, a seguito dell'aggiudicazione, dei requisiti di ordine professionale, tecnico-organizzativi ed economici-finanziari;

c) la grave violazione da parte dell'aggiudicatario degli obblighi derivanti dal Trattato e dalle direttive comunitarie in materia di appalti.

6) Il CdS, Ad. Plen., 20/06/2014, n.14, ha, da ultimo, stabilito chiaramente che nel procedimento di affidamento di lavori pubblici, le pubbliche amministrazioni se, stipulato il contratto di appalto, rinvergono sopravvenute ragioni di inopportunità della prosecuzione del rapporto negoziale, non possono utilizzare lo strumento pubblicistico della revoca dell'aggiudicazione, ma devono esercitare il diritto potestativo regolato dall'art. 134 del codice appalti, con conseguente cognizione del G.O. nel conoscere le relative controversie. In particolare si legge in sentenza che: *<<...In questo contesto 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, 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....La posizione dell'amministrazione nella fase del procedimento di affidamento di lavori pubblici aperta con la stipulazione del contratto è definita dall'insieme delle norme comuni, civilistiche, e di quelle speciali, individuate dal codice dei contratti pubblici, operando l'amministrazione, in forza di quest'ultime, in via non integralmente paritetica rispetto al contraente privato, fermo restando che le sue posizioni di specialità, essendo l'amministrazione comunque parte di un rapporto che rimane privatistico, restano limitate alle singole norme che le prevedono>>.*

La successiva giurisprudenza ha quindi affermato che *"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. f), cod. proc. amm., contemplante le controversie 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'art. 115 del D.L.vo 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 (CdS, sez. V, n 4025 30/07/2014)".*

7) La norma contiene l'elencazione dei principi comuni, di derivazione nazionale e comunitaria, applicabili alle procedure di affidamento e all'esecuzione di tutti i contratti pubblici disciplinati dal codice. Si riporta, per intero, il testo della norma, rubricata, "Principi":

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

1-bis. Nel rispetto della disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici, al fine di favorire l'accesso delle piccole e medie imprese, le stazioni appaltanti devono, ove possibile ed economicamente conveniente, suddividere gli appalti in lotti funzionali. Nella determina a contrarre le stazioni appaltanti indicano la motivazione circa la mancata suddivisione dell'appalto in lotti. I criteri di partecipazione alle gare devono essere tali da non escludere le piccole e medie imprese.

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

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

3. Per quanto non espressamente previsto nel presente codice, le procedure di affidamento e le altre attività amministrative in materia di contratti pubblici si espletano nel rispetto delle disposizioni sul procedimento amministrativo di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modificazioni e integrazioni.

4. Per quanto non espressamente previsto nel presente codice, l'attività contrattuale dei soggetti di cui all'articolo 1 si svolge nel rispetto, altresì, delle disposizioni stabilite dal codice civile.
- 8) L'art. 1, co. 1-bis della legge sul procedimento amministrativo prevede che "La pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente". Anche il co. 3 della norma in esame contiene, invero, un rinvio alle disposizioni sul procedimento amministrativo con riferimento all'espletamento delle procedure di affidamento e alle altre attività amministrative in materia di contratti pubblici, ma soltanto "Per quanto non espressamente previsto nel presente codice".
- 9) Si riporta il testo della norma per intero, rubricata "Risoluzione del contratto per reati accertati e per decadenza dell'attestazione di qualificazione":
- "1. Fermo quanto previsto da altre disposizioni di legge, qualora nei confronti dell'appaltatore sia intervenuta l'emanazione di un provvedimento definitivo che dispone l'applicazione di una o più misure di prevenzione di cui all'articolo 3, della legge 27 dicembre 1956, n. 1423, ed agli articoli 2 e seguenti della legge 31 maggio 1965, n. 575, ovvero sia intervenuta sentenza di condanna passata in giudicato per i delitti previsti dall'articolo 51, commi 3-bis e 3-quater, del codice di procedura penale, dagli articoli 314, primo comma, 316, 316-bis, 317, 318, 319, 319-ter, 319-quater e 320 del codice penale, nonché per reati di usura, riciclaggio nonché per frodi nei riguardi della stazione appaltante, di subappaltatori, di fornitori, di lavoratori o di altri soggetti comunque interessati ai lavori, nonché per violazione degli obblighi attinenti alla sicurezza sul lavoro, il responsabile del procedimento propone alla stazione appaltante, in relazione allo stato dei lavori e alle eventuali conseguenze nei riguardi delle finalità dell'intervento, di procedere alla risoluzione del contratto.
- 1-bis. Qualora nei confronti dell'appaltatore sia intervenuta la decadenza dell'attestazione di qualificazione, per aver prodotto falsa documentazione o dichiarazioni mendaci, risultante dal casellario informatico, la stazione appaltante procede alla risoluzione del contratto.
2. Nel caso di risoluzione, l'appaltatore ha diritto soltanto al pagamento dei lavori regolarmente eseguiti, decurtato degli oneri aggiuntivi derivanti dallo scioglimento del contratto"
- 10) Gli ordinari strumenti civilistici della diffida ad adempiere (art. 1454 c.c.) e del termine essenziale (art. 1457 c.c.) prevedono la risoluzione di diritto del contratto. Si è visto, e si vedrà *funditus* in prosieguo, che la risoluzione del contratto pubblico consegue ad un procedimento in contraddittorio con l'appaltatore.
- 11) "gli atti di esercizio di tale potere (quello di autotutela, ndr) sono atti amministrativi che la P.A. emana come autorità e non come parte: essi pur incidendo su un di rapporto di diritto privato, stanno a sé, non assumendo natura privatistica e non modificando la natura privata del contratto stipulato tra le parti" (Roma, Lodo Arbitrale 14/01/2009, n. 03/2009).
- 12) Così anche il previgente art. 118, D.P.R. n. 554/1999.
- 13) Cfr. Roma, Lodo Arbitrale 14/01/2009, n. 03/2009, dove si è statuito che "il Collegio Arbitrale non può né sospendere, né annullare (cassare) la risoluzione contrattuale disposta unilateralmente, ma, laddove ne venisse ravvisata l'illegittimità, può solo condannare la parte pubblica al risarcimento dei danni, anche in virtù del principio di cui all'art. 4, co. 1 della Legge sul contenzioso amministrativo 20 marzo 1865, n. 2248, ai sensi della quale " quando la contestazione cade sopra un diritto che si pretende leso da un atto dell'autorità amministrativa, i tribunali si limiteranno a conoscere degli effetti dell'atto stesso in relazione all'oggetto dedotto in giudizio" (*ex plurimis* Lodo Arbitrale 09/03/1999, n. 19, in Arch. Giur. - oo.pp. 2001, n. 62)".
- 14) Così A. Cianflone- G. Giovannini, L'appalto di opere pubbliche, Milano, 2012.
- 15) Così E. Gaz, I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, a cura di Villata, Bertolissi, Domenichelli, Sala, ed. Cedam.
- 15.1) L'art. 1458 c.c. stabilisce, come accennato, l'irretroattività della risoluzione nei contratti ad esecuzione continuata o periodica, nei quali le prestazioni già eseguite non potrebbero esser rese precarie dalla caducazione del negozio (Cass.Civ. Sez. III, n. 3019/96). *Contra* Trib. Milano, Sent. n. 13329/2014.
- 16) Cfr. Cass. ss.uu. 26008/2008.
- 17) Secondo l'orientamento giurisprudenziale minoritario (cfr. Cass.SS.UU. n.13033/2006, n.20116/2005), il contratto di appalto con la P.A., una volta stipulato, ha natura di atto negoziale, con posizioni paritarie dei contraenti, che fanno sorgere diritti soggettivi, sottoposti alla cognizione dell'AGO, di talché gli eventuali atti amministrativi assunti al riguardo operano solo nell'ambito di paritetiche posizioni contrattuali, senza assumere alcuna valenza "provvedimentale". Dette considerazioni sono superate da una recente pronuncia del Consiglio di Stato, in sede plenaria (Ad. Plen. 20/06/2014, n. 14) richiama la giurisprudenza (Corte cost., sentt. nn. 53 e 43/2011; Cass. SS.UU. Civ., sent. n. 391/2011; Cons. Stato, Sez. III, sent. n. 450/2009) per elaborare l'assunto per cui "Nella fase privatistica (della procedura ad evidenza pubblica, nella quale la sottoscrizione del contratto dà vita al vincolo sinallagmatico, ndr) l'Amministrazione si pone quindi con la

controparte in posizione di parità che però, è stato anche precisato, è tendenziale, con ciò sintetizzando l'effetto delle disposizioni per cui, pur nel contesto di un rapporto paritetico, sono apprestate per l'Amministrazione norme speciali, derogatorie del diritto comune, definite di autotutela privatistica (Ad. Plen. n. 6/2014); ciò, evidentemente, perché l'attività dell'Amministrazione, pur se esercitata secondo moduli privatistici, è sempre volta al fine primario dell'interesse pubblico, con la conseguente previsione, su tale presupposto, di regole specifiche e distinte”.

Per completezza espositiva, si rammenta che l'invocata Ad. Plen. n. 6/2014 ha definito “autotutela privatistica” il potere previsto dalla legge in casi tassativi, nei quali l'Amministrazione fa valere le conseguenze derivanti dall'inadempimento del privato nell'ambito di un rapporto paritetico. L'atto che costituisce esplicazione dell'esercizio del potere di autotutela privatistica si configura, seppur formalmente è atto amministrativo, come declaratoria di un fatto al quale la legge ricollega l'effetto di determinare la decadenza del privato dal godimento della posizione di vantaggio acquisita; al contrario, l'atto amministrativo di autotutela pubblicistica si sostanzia nel riesame della legittimità o dell'opportunità del provvedimento originariamente adottato e trova ragione nella rinnovata valutazione dell'interesse pubblico in comparazione con gli interessi privati coinvolti.

La giurisprudenza richiamata, e in specie quella della Corte costituzionale (sent. 18/02/2011, n. 53), nell'affermare che durante la fase esecutiva del contratto la P.A. agisce nell'esercizio di autonomie negoziali, precisa che ciò è dato dalla *“esigenza, sottesa al principio costituzionale di eguaglianza, di garantire l'uniformità di trattamento, nell'intero territorio nazionale (tale inciso è giustificato dalla dedotta illegittimità costituzionale di norme regionali in materia di appalti pubblici invasive della competenza legislativa statale esclusiva in materia di ordinamento civile, ndr) della disciplina della fase di conclusione ed esecuzione dei contratti di appalto, avente tra l'altro -per l'attività di unificazione e semplificazione normativa svolta dal Legislatore- valenza sistematica... Questo sin detto non significa, però, che in relazione a peculiari esigenze di pubblico interesse, non possano residuare in capo alla P.A. poteri pubblici riferibili, tra l'altro, a specifici aspetti organizzativi afferenti alla stessa fase esecutiva”.*

18) Tra gli altri D. Gentile, F. Pagliano, Le vicende del rapporto contrattuale e le fattispecie estintive, in Appalti Pubblici, a cura di Galli, Gentile, Paoletti Gualandi, ed. Wolters Kluwer.

19) Cfr. Trib. Milano, 2 /07/3013 e Trib. Bari, sez. III 9/11/2012.

20) Trib. Milano, sez. impresa, ord. 10/10/2013.